

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS**

**FACULDADE DE DIREITO**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA**

**COMO A QUINTA LIBERDADE FUNDAMENTAL:**

**CONTRIBUIÇÃO PARA UM MERCADO COMUM DO SUL**

Augusto Jaeger Junior

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Cláudia Lima Marques.

**PORTO ALEGRE, 4 DE ABRIL DE 2005.**

*Esta tese é dedicada aos meus professores  
que me conduziram até este momento da minha caminhada.*

## AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Cláudia Lima Marques, pela constante confiança que depositou em mim e pelos incentivos, ensinamentos e oportunidades que me foram dados na constância da orientação deste estudo.

Ao Professor Doutor Erik Jayme, pela oportunidade de ter estudado ao seu lado no *Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht*.

Ao Professor Doutor Peter-Christian Müller-Graff, pelo aprendizado oferecido na *Vorlesung* de *Europarecht*.

Ao Professor Doutor Alfonso Luis Calvo Caravaca, pelas acolhidas e discussões em Madri.

À minha mamãe Emilce Mota Jaeger, que foi a um curso do Senac, aos setenta anos, aprender novos conceitos como computador, internet, e-mail, messenger e webcam, para diariamente me transmitir o seu amor, e à Eva da Cruz que cuidaram de si próprias e do meu papai Augusto até ele receber a chamada do Senhor, na minha primeira primavera alemã, não sem conhecer resultados desta investigação e saber que a Alemanha havia me feito compreendê-lo mais.

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul, à *Escuela de Posgrado Ciudad Argentina* e à *Universität Heidelberg*, centros de investigação da minha pesquisa.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, na pessoa da Sra. Eliane Kusbick, por todo o apoio recebido.

Aos financiadores deste projeto, a Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e o *Deutscher Akademischer Austauschdienst* (DAAD).

Em Heidelberg e arredores os agradecimentos são para Christian Schindler, por prazeres como esportes radicais e pela integração na comunidade; a Nikolaus Geiben, pela mesa de estudos no *Institut* e por ter feito seus amigos cantarem *Der Jäger aus Kurpfalz* para me receber; a Carl Friedrich Nordmeier, pelo companheirismo e pelos textos que construímos em conjunto; a Christoph Decker, Bawar Bammarny e Frank Felgenträger, por terem respondido a todas as minhas perguntas e pelo coleguismo; a Flávia Klesel, Johannes Kramer e às famílias de Gisela Gärtner, Karin Hartig-Gräf e do Prof. Dr. Siegfried Kümpel, pelas afetivas recepções; e a Adriane Melo Lorentz, Jorge Cesa Ferreira da Silva e Gustavo Vieira da Costa Cerqueira, pelas visitas e trocas de experiências entre estudantes no exterior.

No Brasil os agradecimentos são para Adalberto Narciso Hommerding, Alexandre Piltz, Antonia Espíndola Longoni Klee, Christoph Fabian, Florisbal de Souza Del'Olmo, Luiz Valdir Andres Filho e Marcelo Segabinazzi, sempre presentes, cujas amizades, carinhos e confortos tornaram menores a distância, os sentimentos antagônicos e as dificuldades que a pesquisa e a vida no exterior apresentam.

A todos, o meu muito obrigado!

## RESUMO

A presente tese examina a contribuição da liberdade de concorrência para o estabelecimento da fase de mercado comum na Comunidade Européia, tendo como objetivo propor alternativas para o Mercosul regulamentá-la e assim possibilitar o alcance do seu verdadeiro mercado comum.

O primeiro capítulo retrata as etapas que a Comunidade superou desde o seu surgimento até o estabelecimento do mercado comum e confirma que a evolução do processo, que envolveu um novo objetivo, o mercado interno, e a importância que para tanto assumiu o direito comunitário da concorrência, presente já nos Tratados constitutivos e tutelador da liberdade de concorrência, determinaram a essa uma nova classificação, qual seja a de quinta liberdade fundamental, o que foi comprovado com entendimentos doutrinários e esforços jurisprudenciais.

O segundo capítulo centra-se nas reformas no direito comunitário da concorrência e nas suas contribuições para a aproximação do sistema da concorrência com o sistema das liberdades fundamentais, para a manutenção do mercado interno na Comunidade Européia e para o desenvolvimento do direito da concorrência em outros processos de integração, bem como no estudo de propostas de regulamentações de ordem internacional do direito da concorrência. No âmbito comunitário, foram consideradas a reforma ocorrida nas regras de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE, com o Regulamento n. 1/2003, a acontecida nas regras do controle das concentrações de empresas, com o Regulamento n. 139/2004, e as mudanças nas regras aplicáveis aos Estados-membros, como, por exemplo, as trazidas pelos Regulamentos ns. 994/98 e 659/99. No âmbito internacional, recebeu atenção o *Draft of International Antitrust Code*, sugerido à OMC.

O terceiro capítulo apresenta os objetivos alcançados e os não-alcançados desde o surgimento do processo de integração do Mercosul e o estágio em que ele atualmente se encontra. O estudo caracterizou o presente momento como o apropriado para o processo confirmar o seu desejo de alcançar a etapa de mercado comum, o que deverá ocorrer com a implantação de um eficaz direito da concorrência e com a conformação das demais liberdades fundamentais.

As conclusões são que a liberdade de concorrência é a quinta liberdade econômica fundamental dos processos de integração que tenham por objetivo alcançar um mercado comum, que as reformas sofridas pelo direito comunitário da concorrência estão em sintonia com essa visão e que oferecem um aval ao sistema previsto para o Mercosul. Além disso, que a garantia da liberdade de concorrência integrou os mercados nacionais e contribuiu para que a Comunidade atingisse o mercado comum e que a visão da liberdade de concorrência como a quinta liberdade fundamental e como permitidora do seu alcance na Comunidade contribui para o estabelecimento de um direito da concorrência e este para o alcance de um verdadeiro mercado comum pelo Mercosul.

## RESUMEN

La presente tesis examina la contribución de la libertad de competencia al establecimiento de la etapa de mercado común en la Comunidad Europea, teniendo como objetivo la propuesta de alternativas para que el Mercosur la reglamente y así posibilitar el alcance de un verdadero mercado común.

El primer capítulo retrata las etapas que la Comunidad superó desde su surgimiento hasta el establecimiento del mercado común y confirma que la evolución del proceso -que envolvió un nuevo objetivo, el mercado interno- y la importancia que para ello tuvo el derecho comunitario de competencia -presente en los Tratados constitutivos y garante de la libertad de competencia-, han otorgado a ésta una nueva clasificación, la de quinta libertad fundamental, lo que fue comprobado a través de entendimientos doctrinarios y esfuerzos jurisprudenciales.

El segundo capítulo se centra en las reformas del derecho comunitario de competencia y en sus contribuciones en la aproximación del sistema de competencia al sistema de las libertades fundamentales, en la manutención del mercado interno en la Comunidad Europea y en el desarrollo del derecho de competencia en otros procesos de integración, tanto como en el estudio de propuestas de reglamentaciones de carácter internacional del derecho de competencia. En el ámbito comunitario fueron estudiadas las reformas en las reglas de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE establecidas por el Reglamento 1/2003, en las reglas del control de concentraciones de empresas establecidas por el Reglamento 139/2004 y en las reglas aplicables a los Estados miembros, como por ejemplo las establecidas por los Reglamentos 994/98 y 659/99. En el ámbito internacional fue considerado el *Draft of International Antitrust Code*, sugerido a la OMC.

En el tercer capítulo se presentan tanto los objetivos alcanzados como los no alcanzados desde el surgimiento del proceso de integración del Mercosur, así como el estadio en que él actualmente se encuentra. El estudio caracterizó al presente momento como el adecuado para que el proceso confirme su deseo de alcanzar la etapa de mercado común, lo que deberá ocurrir con la implantación de un eficaz derecho de competencia y con el establecimiento de las libertades fundamentales.

Las conclusiones son que la libertad de competencia es la quinta libertad económica fundamental de los procesos de integración que tienen por objetivo alcanzar un mercado común; que las reformas sufridas por el derecho comunitario de competencia están en sintonía con esta visión; que estas reformas ofrecen un aval al sistema previsto para el Mercosur; que la garantía de la libertad de competencia integró los mercados nacionales y contribuyó a que la Comunidad Europea alcanzara el mercado común; y que la visión de la libertad de competencia como la quinta libertad y como posibilitadora de su alcance en la Comunidad contribuye al establecimiento de un derecho de competencia y éste al alcance de un verdadero mercado común por el Mercosur.

## ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit analysiert den Beitrag der Wettbewerbsfreiheit für die Schaffung des Gemeinsamen Marktes in der Europäischen Gemeinschaft. Ihr Ziel ist es, Regelungsalternativen in diesem Bereich für den Mercosul vorzuschlagen, damit dieser ebenfalls zu einem echten Gemeinsamen Markt werden kann.

Das erste Kapitel vollzieht die Etappen nach, die die Europäische Gemeinschaft seit ihrer Gründung bis zur Etablierung des Gemeinsamen Marktes durchlaufen hat. Hier bestätigt sich, dass die Entwicklung des Prozesses, der ein neues Ziel, nämlich die Einrichtung eines Binnenmarkts, anstrebt, und die Bedeutung, die das Wettbewerbsrecht für die Gemeinschaft hat, die Annahme einer neuen, d. h. einer fünften Grundfreiheit rechtfertigen. Das Wettbewerbsrecht sichert die Wettbewerbsfreiheit und ist bereits in den EG-Gründungsverträgen vorhanden. Die Idee der fünften Grundfreiheit wird durch die Auswertung von Rechtsprechung und Literatur untermauert.

Das zweite Kapitel konzentriert sich auf die Reformen des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft und seiner Bedeutung für die Annäherung des Systems des Wettbewerbs an das der Grundfreiheiten. Ferner wird die Bedeutung dieser Reformen für die Erhaltung des Binnenmarktes in der Europäischen Gemeinschaft untersucht sowie für die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in anderen Integrationsprozessen. In Betracht gezogen werden auch Vorschläge für Regelwerke in diesem Bereich auf internationaler Ebene. Gemeinschaftsrechtlich werden folgende Reformen analysiert: Die Reform der Anwendungsregeln der Art. 81 und 82 EGV durch die Verordnung 1/2003, die Reform der Regeln über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen durch die Verordnung 139/2004 und die Änderungen der Regeln, die auf die Mitgliedstaaten anwendbar sind, z. B. durch die Verordnungen 994/98 und 659/99. Auf internationaler Ebene wurde insbesondere der im Rahmen der WTO vorgeschlagene *Draft of International Antitrust Code* berücksichtigt.

Das dritte Kapitel beschreibt die im Mercosul erreichten und nicht erreichten Ziele seit den Anfängen dieses Integrationsprozesses; auch wird der heutige Status quo beschrieben. Die Untersuchungen zeigen, dass der jetzige Moment der geeignete Zeitpunkt ist, um den Integrationsprozess zum Gemeinsamen Markt voranzutreiben, was durch die Implementierung eines effizienten Wettbewerbsrechts geschehen sollte und durch die Bestätigung der übrigen Grundfreiheiten.

Als Schlussfolgerungen kann man ziehen, dass die Wettbewerbsfreiheit die fünfte ökonomische Grundfreiheit bei Integrationsprozessen ist, die die Etablierung eines Gemeinsamen Marktes zum Ziel haben. Weiterhin, dass die im Gemeinschaftsrecht durchgeführten Reformen des Wettbewerbsrechts in Übereinstimmung mit dieser Sichtweise stehen und dass sie eine Garantie dafür geben, dass das für den Mercosul vorgesehene System kompatibel ist. Ferner hat die Verbürgung der Wettbewerbsfreiheit die nationalen Märkte integriert und dazu beigetragen, dass die Europäische Gemeinschaft den Gemeinsamen Markt verwirklichen konnte. Die Betrachtung der Wettbewerbsfreiheit als fünfte Grundfreiheit und als wesentlicher Beitrag für die Etablierung des Gemeinsamen Marktes hilft bei der Schaffung eines Wettbewerbsrechts und dieses wiederum beim Erreichen eines echten Gemeinsamen Marktes im Rahmen des Mercosul.

# SUMÁRIO

<b>Lista de abreviaturas .....</b>	<b>11</b>
<b>Casos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias .....</b>	<b>13</b>
<b>Introdução .....</b>	<b>16</b>
<b>Capítulo 1. A liberdade de concorrência como a quinta liberdade fundamental</b>	<b>24</b>
<b>1.1. Aspectos históricos, normativos, organizacionais e principiológicos da Comunidade Europeia .....</b>	<b>25</b>
1.1.a) Dos Tratados fundacionais à Constituição para a Europa .....	25
1.1.b) O direito comunitário .....	35
1.1.c) Órgãos comunitários .....	48
1.1.d) Princípios comunitários .....	52
<b>1.2. Uma quinta liberdade fundamental na doutrina .....</b>	<b>60</b>
1.2.a) O mercado comum .....	60
1.2.b) O mercado interno .....	85
1.2.c) As liberdades econômicas fundamentais .....	99
<b>1.3. Uma quinta liberdade fundamental na jurisprudência .....</b>	<b>140</b>
1.3.a) Sistema comunitário de aproximação legislativa .....	140
1.3.b) O Caso Dióxido de Titânio .....	155
<b>1.4. Consolidação da quinta liberdade fundamental .....</b>	<b>169</b>
1.4.a) A preferência da liberdade de concorrência entre as políticas	169
1.4. b) A inexistência de mercado comum em economias planificadas .....	187
1.4.c) O caráter transfronteiriço da liberdade de concorrência .....	188
1.4.d) A eliminação da linha divisória .....	191
<b>1.5. Conclusão parcial .....</b>	<b>216</b>

<b>Capítulo 2. Reformas no direito comunitário da concorrência .....</b>	<b>224</b>
<b>2.1. Recentes reformas nas regras processuais aplicáveis às empresas .</b>	<b>227</b>
2.1.a) O Regulamento n. 17/62 .....	228
2.1.b) Primeiras observações quanto à reforma .....	240
2.1.c) O regime do Regulamento n. 1/2003 .....	255
2.1.d) Contribuições da reforma .....	271
<b>2.2. Recentes reformas no controle das concentrações de empresas .....</b>	<b>286</b>
2.2.a) O fenômeno concentracionista .....	287
2.2.b) O controle das concentração de empresas pelos artigos 81 e 82 TCE .....	290
2.2.c) O regime do Regulamento n. 139/2004 .....	295
2.2.d) Antecedentes da substituição do Regulamento n. 4064/89 ....	306
<b>2.3. Últimas reformas nas regras aplicáveis aos Estados-membros .....</b>	<b>318</b>
2.3.a) Nexo entre auxílios públicos e concretização do mercado comum .....	320
2.3.b) Regras materiais aplicáveis aos Estados-membros .....	324
2.3.c) Regras processuais aplicáveis aos Estados-membros .....	349
2.3.d) Modernização e descentralização nas regras .....	355
<b>2.4. Propostas e esforços         de unificação internacional do direito da concorrência .....</b>	<b>364</b>
2.4.a) Antecedentes com forte reflexão .....	368
2.4.b) O Código Internacional Antitrust .....	372
2.4.c) Um código mundial à luz do DIPu .....	376
2.4.d) Regulamentações regionais como alternativa .....	381
<b>2.5. Conclusão parcial .....</b>	<b>385</b>



<b>Capítulo 3. A superação do estágio atual do Mercosul .....</b>	<b>394</b>
<b>3.1. O estágio atual do Mercosul .....</b>	<b>396</b>
3.1.a) O Tratado de Assunção .....	397
3.1.b) O Protocolo de Ouro Preto .....	401
3.1.c) O relacionamento com o exterior .....	406
3.1.d) O período do sucesso .....	413
3.1.e) Das crises dos Estados-partes à crise do Mercosul .....	415
3.1.f) A não-aceitação da supranacionalidade .....	420
3.1.g) A solução de controvérsias .....	423
3.1.h) A harmonização das legislações nacionais .....	436
3.1.i) Liberdades fundamentais no Mercosul .....	441
<b>3.2. A regulamentação da concorrência nos Estados-partes .....</b>	<b>444</b>
3.2.a) Brasil .....	446
3.2.b) Argentina .....	454
3.2.c) Paraguai .....	459
3.2.d) Uruguai .....	462
<b>3.3. O direito de defesa da concorrência do Mercosul .....</b>	<b>466</b>
3.3.a) O silêncio do Tratado .....	469
3.3.b) O modelo a seguir .....	472
3.3.c) A Decisão n. 21/94 .....	476
3.3.d) A Decisão n. 18/96 .....	480
3.3.e) A grande ausência .....	499
3.3.f) A aplicação das normas .....	507

<b>3.4. Alternativas para o Mercosul atingir a fase de mercado comum ...</b>	<b>511</b>
3.4.a) A visão de quinta liberdade fundamental .....	517
3.4.b) A regulamentação das ajudas públicas .....	520
3.4.c) O direito como a base garantidora do processo .....	522
3.4.d) Mercosulização do Protocolo e da regra das ajudas públicas	525
3.4.e) Um código internacional ao Mercosul .....	527
<b>3.5. Conclusão parcial .....</b>	<b>529</b>
<b>Conclusão .....</b>	<b>540</b>
<b>Referências bibliográficas .....</b>	<b>549</b>

## LISTA DE ABREVIATURAS

- Aladi - Associação Latino-Americana de Integração
- Alalc - Associação Latino-Americana de Livre Comércio
- Alca - Área de Livre Comércio das Américas
- AUE - Ato Único Europeu
- Benelux - União Econômica formada por Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo
- CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica
- CCM - Comissão de Comércio do Mercosul
- CDC - Comitê de Defesa da Concorrência
- CE - Comunidade Européia
- CEE - Comunidade Econômica Européia
- CEEA - Comunidade Européia para a Energia Atômica
- CIDIP - Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado
- CMC - Conselho Mercado Comum
- CPE - Cooperação Política Européia
- DIAC - Draft International Antitrust Code (Código Internacional Antitrust)
- DIPu - Direito Internacional Público
- EFTA - European Free Trade Agreement (Associação Européia de Livre Comércio)
- EUA - Estados Unidos da América
- EuGH - Europäischer Gerichtshof (Tribunal de Justiça das Comunidades Européias)
- GATS - General Agreement on Tariffs and Services (Acordo Geral de Tarifas e Serviços)
- GATT - General Agreement on Trade and Tariffs (Acordo Geral de Comércio e Tarifas)
- GMC - Grupo Mercado Comum

GWB - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Lei alemã contra limitações à concorrência)

Mercosul - Mercado Comum do Sul

Nafta - North American Free Trade Agreement (Acordo Norte-Americano de Livre Comércio)

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OECE - Organização Européia de Cooperação Econômica

OMC - Organização Mundial do Comércio

ONU - Organização das Nações Unidas

PVÜ - Pariser Verbandsübereinkunft (Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial)

SDE - Secretaria de Direito Econômico

SEAE - Secretaria de Acompanhamento Econômico

Slg. - Sammlung (Coletânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, na versão em alemão)

TCE - Tratado da Comunidade Européia ou Tratado de Roma

TCECA - Tratado para a fundação da Comunidade Européia para o Carvão e o Aço

TCEE - Tratado para a fundação da Comunidade Econômica Européia

TCEEA - Tratado para a fundação da Comunidade Européia para a Energia Atômica

TEC - Tarifa externa única

TJCE - Tribunal de Justiça das Comunidades Européias

TRIPs - Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights (Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio)

TUE - Tratado da União Européia ou Tratado de Maastricht

UNIDROIT - International Institute for the Unification of Private Law (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado)

ZLC - Zona de livre comércio

## **LISTA DE CASOS**

### **DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS**

(A numeração das páginas corresponde à versão em língua alemã da Coletânea)

- Caso Albany International BV, EuGH, Slg. 1999, p. I-5751
- Caso Angonese, EuGH, Slg. 2000, p. I-4139
- Caso Arduino, EuGH, Slg. 2002, p. I-1529
- Caso Asjes, EuGH, Slg. 1986, p. 1425
- Caso Audi, EuGH, Slg. 1993, p. I-6227
- Caso Banco Exterior de España, EuGH, Slg. 1994, p. I-877
- Caso Bélgica c. Comissão (Meura), EuGH, Slg. 1986, p. 2263
- Caso Bosch, EuGH, Slg. 1962, p. 97
- Caso Bosman, EuGH, Slg. 1995, p. I-4921
- Caso Brasserie du Pêcheur (Factortame), EuGH, Slg. 1996, p. I-1029
- Caso British-American Tobacco (Philip Morris) c. Comissão, EuGH, Slg. 1987, p. 4487
- Caso Capolongo, EuGH, Slg. 1973, p. 611
- Caso Cassis de Dijon, EuGH, Slg. 1979, p. 649
- Caso Centrafarm, EuGH, 1974, Slg. 1974, p. 1183
- Caso Centros, EuGH, Slg. 1999, p. I-1459
- Caso Comissão c. Alemanha, EuGH, Slg. 1973, p. 813
- Caso Comissão c. Bélgica, EuGH, Slg. 1988, p. 3271
- Caso Comissão c. Conselho, EuGH, Slg. 1988, p. 5545
- Caso Comissão c. Conselho (Dióxido de Titânio), EuGH, Slg. 1991, p. I-2867
- Caso Comissão c. Dinamarca, EuGH Slg. 1987, p. 4069
- Caso Comissão c. França, EuGH, Slg. 1997, p. I-6959

Caso Comissão c. Itália, EuGH, Slg. 1998, p. I-3851

Caso Consten e Grundig, EuGH, Slg. 1966, p. 321

Caso Continental Can, EuGH, Slg. 1973, p. 215

Caso Costa c. Enel, EuGH, Slg. 1964, p. 1251

Caso Cullet, EuGH, Slg. 1985, p. 305

Caso Dansk Supermarked, EuGH, Slg. 1981, p. 181

Caso Dassonville, EuGH, Slg. 1974, p. 837

Caso Delimitis, EuGH, Slg. 1991, p. I-935

Caso Deufil c. Comissão, EuGH, Slg. 1987, p. 901

Caso Deutsche Grammophon c. Metro, EuGH, Slg. 1971, p. 487

Caso Donà, EuGH, Slg. 1976, p. 1333

Caso Erich Stauder c. Stadt Ulm, EuGH, Slg. 1969, p. 419

Caso Espanha c. Conselho, EuGH, Slg. 1995, p. I-1985

Caso Francovich, EuGH, Slg. 1991, p. I-5357

Caso Ferlini, EuGH, Slg. 2000, p. I-8081

Caso Gaston Schul, EuGH, Slg. 1982, p. 1409

Caso GB-INNO-BM c. ATAB, EuGH, Slg. 1977, p. 2115

Caso Gebhard, EuGH, Slg. 1995, p. I-4165

Caso GEMA, EuGH, Slg. 1981, p. 147

Caso Humblet c. Bélgica, EuGH, Slg. 1960, p. 1163

Caso Keck e Mithouard, EuGH, Slg. 1993, p. I-6097

Caso Leclerc, EuGH, Slg. 1985, p. 1

Caso Leonesio c. Ministério da Agricultura e Assuntos Florestais Italiano, EuGH, Slg. 1972, p. 287

Caso Les Verts, EuGH, Slg. 1986, p. 1339

Caso Lorenz, EuGH, Slg. 1973, p. 1471

Caso Luisi e Carbone c. Ministério do Tesouro, EuGH, Slg. 1984, p. 377

Caso Mannesmann c. Alta Autoridade, EuGH, Slg. 1962, p. 717

Caso Masterfoods, EuGH, Slg. 2000, p. I-11369

Caso Meng, EuGH, Slg. 1993, p. I-5751

Caso Metro-Saba c. Comissão, EuGH, Slg. 1977, p. 1875

Caso Ohra, EuGH, Slg. 1993, p. I-5851

Caso Patê de Bois (Wood Pulp), EuGH, Slg. 1988, p. 5193

Caso Philip Morris Holland c. Comissão, EuGH, Slg. 1980, p. 2671

Caso Reiff, EuGH, Slg. 1993, p. I-5801

Caso República Italiana c. Comissão (Alfa Romeo), EuGH, Slg. 1991, p. I-1603

Caso República Italiana c. Comissão (ENI/Lanerossi), EuGH, Slg. 1991, p. I-1433

Caso Simmenthal, EuGH, Slg. 1978, p. 629

Caso Spediporto, EuGH, Slg. 1995, p. I-2883

Caso Teckal (Boussac), EuGH, Slg. 1999, p. I-8121

Caso van Eycke, EuGH, Slg. 1988, p. 4769

Caso van Gend en Loos, EuGH, Slg. 1963, p. 1

Caso Vlaamse Reisbureaus, EuGH, Slg. 1987, p. 3801

Caso Volkswagen c. Comissão, EuGH, Slg. 2000, p. II-2707

Caso Walrave e Koch, EuGH, Slg. 1974, p. 1405

Caso Walt Wilhelm, EuGH, Slg. 1969, p. 1

Caso Webb, EuGH, Slg. 1981, p. 3305

Caso Wouters, EuGH, Slg. 2002, p. I-1577

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa realizar um estudo sobre a contribuição da liberdade de concorrência para o alcance do mercado comum, em um primeiro momento, e para a atual manutenção do mercado interno na Comunidade Européia e a contribuição que a sua garantia no Mercosul pode trazer para a formação do seu verdadeiro mercado comum. O papel desempenhado pela liberdade de concorrência para o alcance do mercado comum na Comunidade Européia foi fundamental. O grau de importância que ela adquiriu para tanto pode ter lhe conferido uma nova classificação, mais elevada, junto das liberdades fundamentais. Partindo da confirmação da visão da liberdade de concorrência como a quinta liberdade econômica fundamental, o que é realizado no primeiro capítulo, o estudo retrata o reflexo disso nas regras do direito comunitário da concorrência em seu segundo capítulo. A determinação de uma nova posição para a liberdade de concorrência e a contribuição oferecida por ela ao alcance do mercado comum comunitário ensejam a validação desse exemplo e a proposição de alternativas para que o Mercosul atinja o seu, ao que é dedicado o terceiro capítulo.

O Mercosul foi criado pelo Tratado de Assunção, em 1991, tendo como objetivo final alcançar um mercado comum entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, em um período de quatro anos. Neste período foi criada apenas uma área de livre comércio, com certificação da origem dos produtos, redução gradual de tarifas e listas de exceções. No objetivo de mercado comum reside a maior similitude entre os dois processos de integração aqui referidos.

Ante o não-atingimento do objetivo surgiu, em 1994, o Protocolo de Ouro Preto, que representou a primeira idéia de relançamento do processo de integração. Com ele o Mercosul alcançou uma união aduaneira imperfeita, ao estabelecer uma tarifa externa comum. O Mercosul entrou nessa segunda etapa de seu processo sem consolidar, lamentavelmente, de forma adequada, as exigências da fase de zona de livre comércio. Atualmente ele se encontra em um zona nebulosa entre essas duas fases.

Desde então, o processo conheceu um período de sucesso comercial e um de crises cambiais, econômicas, financeiras e até sociais<sup>1</sup> nos Estados-partes, que refletiram fortemente no bloco e se constituíram no núcleo do pessimismo<sup>2</sup> e das incertezas que interromperam o seu andamento normal, gradual e evolutivo até a fase de mercado comum. Afora isso, enfrentou o assédio de outras tentativas de integração. Neste momento, o estudo doutoral aqui apresentado encontrava-se em fase de projeto. Não era difícil encontrar vozes indicativas para o seu abandono. A opção escolhida foi acreditar na integração e buscar alternativas para a superação do estágio atual do Mercosul em um outro processo de integração, o comunitário, que também enfrentou crises, cujo resultado final ora é apresentado.

A questão parecia ser qual o caminho a seguir. Como sabido, este ator coletivo não optou pela característica supranacional e sim pela de órgão de natureza intergovernamental, cujas decisões não têm o poder de produzir efeitos diretos e

---

<sup>1</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Prefácio. In: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de direito da integração e comunitário*, p. 13.

<sup>2</sup> PIMENTEL, Luiz Otavio. Apresentação. In: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de direito da integração e comunitário*, p. 21.



imediatos sobre as ordens jurídicas nacionais. O estudo trabalha com esta visão realista de não-aceitação da supranacionalidade. Portanto, as alternativas e propostas deveriam ser válidas mesmo para uma estrutura intergovernamental.

A cada crise, a idéia de um relançamento do projeto firmado em Assunção é tema presente. Possivelmente, o benefício de uma tal situação seja a constatação da necessidade do surgimento de propostas contra a perda da chance histórica de promover uma real união dos povos da região e que o processo precisa evoluir, inclusive juridicamente, tendo o direito como instrumento pacificador de conflitos e como base propulsora da integração.

De fato, afastados, por ora, momentos de crises institucionais, comerciais e desesperanças mais duras, garantidas de certa forma as democracias, volta-se o Mercosul novamente à busca de alternativas de avanço. O clima é saudável e, ao mesmo tempo angustiante, para reflexão. O caminho a trilhar está aberto e o momento é propício para a retomada de um andamento normal, gradual e evolutivo até o alcance da fase de mercado comum pelo Mercosul.

As alternativas propostas neste estudo passam por um novo relançamento, com a aceitação pelo direito primário do Mercosul da visão da liberdade de concorrência como a quinta liberdade econômica fundamental e do exemplo de sua contribuição à formação do mercado comum na Comunidade Européia.

Desde 1951 vem a Europa desenvolvendo amplo processo de integração, analisado com profundidade, que nos últimos momentos apresentou uma moeda única, um alargamento que absorveu dez novos Estados-membros, uma completa reforma no sistema de concorrência e a assinatura de um Tratado para o estabelecimento de uma Constituição, sendo que a Espanha foi o primeiro membro a submetê-lo a um plebiscito, em 20 de fevereiro último. Anteriormente, havia demonstrado aos processos de integração econômica que se desenvolvem em outras partes do mundo como ela atingiu a fase de mercado comum.

Ante esse contexto, este estudo objetiva conhecer o processo de integração desenvolvido na Comunidade Européia, especialmente como ocorreu a fase de superação das adversidades para o alcance do mercado comum, em um primeiro momento, haja vista desejar o Mercosul semelhante objetivo final, e para a atual manutenção do mercado interno, bem como definir qual foi o papel da liberdade de concorrência para tanto.

Com fundamento nessa contribuição, são propostos caminhos possíveis para o enfrentamento dos desafios emergentes, o que inclui este estudo entre os que desejam uma efetiva integração de caráter amplo no Mercosul. A sua força inovadora reside na avaliação da contribuição da liberdade de concorrência para o alcance do mercado comum e na projeção do ocorrido na Comunidade Européia no Mercosul para que esse processo atinja o seu avanço.

A tese concentra-se na busca por respostas às seguintes questões centrais: se a evolução progressiva do processo de integração comunitário, inicialmente sustentada preferentemente na conformação das liberdades fundamentais, permite que a liberdade de concorrência, no princípio compreendida como uma regra apoiadora do

processo, atualmente apresente uma nova classificação doutrinária e jurisprudencial; se as reformas ocorridas no direito comunitário da concorrência, especialmente as do ano de 2004, estão em sintonia com a nova classificação identificada neste estudo para a liberdade de concorrência, como a quinta liberdade econômica fundamental, e com a aproximação com ela advinda entre os dois sistemas legislativos centrais estudados, o da concorrência e o das liberdades fundamentais; se as reformas, pelas suas características e contribuições mais evidentes, possibilitam afirmar que o sistema que o Mercosul optou para o trato do tema da concorrência é um sistema válido e que permite avanços; se o alcance, num primeiro momento, do mercado comum e atualmente a manutenção do mercado interno na Comunidade Européia é em muito devido à garantia da liberdade de concorrência que o processo comunitário assegurou; e, por fim, sendo confirmado que a liberdade de concorrência apresenta uma nova classificação e que a sua contribuição foi a de permitir o alcance do mercado comum na Comunidade Européia, se a utilização do exemplo comunitário pode ajudar o Mercosul a estabelecer um eficaz direito da concorrência que regule a liberdade de concorrência e se ele, por sua vez, como imprescindível para tanto, pode auxiliar o alcance de um verdadeiro mercado comum.

Para desenvolver os objetivos propostos, a pesquisa foi dividida em três capítulos. Ao final de cada um deles é apresentado um resumo conclusivo, como forma de concretizar os resultados parciais atingidos de forma mais precisa.

O primeiro tem como objetivo central averiguar se a liberdade de concorrência detém atualmente uma nova posição e classificação perante as liberdades econômicas fundamentais no direito comunitário.

Ele inicia com a exposição das bases da Comunidade Européia, focadas em quatro aspectos, quais sejam, a evolução histórica, o direito comunitário, os órgãos que a ela servem e os princípios comunitários.

Após, o estudo se concentra nos passos que a Comunidade deu para o alcance do seu objetivo inicial, um mercado comum, no qual as liberdades fundamentais foram conformadas. A evolução do mercado comum a um mercado interno, abarcador de mais liberdades fundamentais que as tradicionalmente conhecidas, é referida como proporcionadora de uma confusão doutrinária, que veio a dar origem a novas teorias de classificação das liberdades fundamentais e da liberdade de concorrência.

Esse primeiro capítulo também retrata o sistema de aproximação legislativa comunitário. Uma disputa, envolvendo qual seria a regra de competência adequada para a emissão de uma diretiva comunitária que teria implicações na competitividade das empresas, julgada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no Caso Dióxido de Titânio, é trazida ao estudo, visando confirmar se a movimentação apresentada pela doutrina na classificação da liberdade de concorrência seria igualmente sustentável pela jurisprudência.

Por fim, ele focaliza algumas teorias, muitas das quais originadas de interpretações também jurisprudenciais, que auxiliam a consolidar a compreensão de que a liberdade de concorrência está a usufruir de um novo patamar no direito comunitário.

O segundo capítulo apresenta a aplicação da visão da liberdade de concorrência como uma liberdade fundamental no atual direito comunitário da concorrência, a partir das reformas que este vem sofrendo. A pesquisa refere-se às contribuições das reformas para a aproximação do sistema da concorrência com o sistema das liberdades fundamentais, para a manutenção do mercado interno na Comunidade Européia e para o desenvolvimento do direito da concorrência em outros processos de integração que objetivem o alcance de um mercado comum. A concentração nas reformas do direito comunitário da concorrência afastou o estudo das normas materiais dos artigos 81, 82 e 86 TCE, no que reside a delimitação negativa mais sobressalente do trabalho.

As primeiras reformas evidenciadas são as trazidas pelo Regulamento n. 1/2003, sobre as regras de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE, destinados às empresas, que entrou em vigor em 1º. de maio de 2004, no mesmo dia em que a Comunidade sofreu o seu maior alargamento. O estudo é focado numa comparação com a anterior disciplina do Regulamento n. 17/62, nos motivos que ensejaram a reforma, nas opções que o legislador comunitário tinha para tanto, nos posicionamentos contrários e favoráveis que a proposta ensejou, nos princípios e pilares do atual sistema do Regulamento n. 1/2003, em algumas de suas disposições principais e, por fim, nas contribuições dessa reforma para a europeização do direito da concorrência, para a caracterização da liberdade de concorrência como a quinta liberdade fundamental, para a manutenção e funcionamento do mercado interno e para o fornecimento de um aval ao sistema da concorrência escolhido pelo Mercosul.

O segundo campo de reformas trazido é o das advindas com o Regulamento n. 139/2004, sobre o controle das concentrações de empresas, que também entrou em vigor em 1º. de maio de 2004, substituindo os regulamentos ns. 4064/89 e 1310/97. O estudo dessas novas regras, consideradas unificadoras dos procedimentos anteriormente aplicados, inicia com a caracterização do fenômeno concentracionista, segue com a averiguação de como era efetuado o controle antes da existência de um regulamento específico para tanto, depois são repassadas algumas disposições do atual regime e é concluído com o levantamento dos antecedentes que originaram a reforma comentada.

O terceiro grupo de reformas abordado é o das relativas às regras materiais e processuais da concorrência aplicáveis aos Estados-membros, como por exemplo as trazidas pelos Regulamentos ns. 994/98 e 659/99. O estudo dedica-se inicialmente a caracterizar o nexos funcional e teleológico que existe entre a concessão de ajudas públicas e a concretização do mercado comum, que envolve a necessidade da sua regulamentação e correta utilização para a garantia da liberdade de concorrência e os efeitos da utilização incorreta dessas, especialmente quanto ao retardamento do atingimento de tal liberdade e sua conseqüência na conformação da fase de mercado comum, segue com a apresentação das principais regras materiais e das regras processuais aplicáveis aos Estados-membros em particular e é concluído com as contribuições trazidas com o surgimento dos regulamentos citados, entre outros, que foram a modernização e a descentralização da aplicação das regras.

As duas últimas matérias, o controle das concentrações de empresas e o controle da concessão de ajudas públicas, também foram averiguadas porque o seu conhecimento contribuiu efetivamente para o surgimento de legislações para o trato desses temas no

Mercosul, já que eles não restaram presentes no Protocolo de Defesa da Concorrência, além de em normas programáticas, mesmo tratando-se de temas fundamentais.

A investigação se estende às propostas de regulamentações de ordem internacional do direito da concorrência, desde a Carta de Havana, de 1948, passando pelo *Draft of International Antitrust Code*, de 1993, vindo até a criação de fóruns e organizações de defesa da concorrência para a troca de idéias e experiências, como por exemplo os grupos de trabalho da OMC, criados em 1996 e 2001, durante as conferências de ministros em Singapura e Doha, o *OECD Global Forum on Competition*, criado em 2001, em Paris, e ainda o *International Competition Network*, de 25 de outubro de 2001, e o *Merger Review Working Group*, dirigido pelo Deputy Attorney General da Antitrust Division do Departamento de Justiça dos EUA, e às propostas de regulamentações regionais como forma de permitir uma interação entre blocos econômicos. As propostas a serem vistas, de origem majoritariamente européias, comportam princípios aceitos pela Comunidade nas suas reformas e outros de aceitação recomendada ao Mercosul na construção do seu direito da concorrência.

O terceiro capítulo dedica-se a apresentar alternativas para a superação do estágio atual do processo de integração vivenciado pelo Mercosul. Ele inicia com a caracterização de qual é este estágio, o que envolve o estudo do processo de estabelecimento dos propósitos, com o Tratado de Assunção, entre os quais o finalístico é a conformação de um mercado comum, o alcance ou não dos objetivos preparatórios para tanto, o primeiro relançamento do processo, com o Protocolo de Ouro Preto, que trouxe a regulamentação da união aduaneira, a aquisição de personalidade jurídica e completou a estrutura organizacional, a busca por um relacionamento com o exterior, a existência de um período de sucesso, o surgimento de crises nos Estados-partes que tiveram reflexos no Mercosul, a opção pela não-aceitação da supranacionalidade, o estabelecimento de um sistema arbitral de solução de controvérsias, a sua entrada em funcionamento e a emissão dos primeiros laudos, o reforço recentemente dado a ele com a criação de um Tribunal Permanente de Revisão, indo até as tentativas de harmonização de legislações nacionais e de conformação das liberdades fundamentais, entre as quais foi apresentada especialmente a da liberdade de concorrência.

O capítulo avalia a possibilidade de fundamentar um mais rápido alcance da fase de mercado comum na garantia de uma liberdade plena da concorrência no bloco econômico. A regulamentação que o Mercosul já apresenta nesse último campo é baseada na experiência que as regulamentações nacionais existentes emprestam. Por tal, na seqüência, passa a analisar a legislação da concorrência do Brasil e da Argentina e a iminência de alguma legislação no Paraguai e de uma lei especial no Uruguai. O foco é evidenciar as similitudes entre as regras e se elas já não estariam sendo conduzidas a um processo de harmonização por si próprias.

Logo a seguir, trata-se o direito de defesa da concorrência no Mercosul. O tópico inicia com a explicitação do silêncio do Tratado de Assunção quanto ao tema, da posterior definição de um modelo a seguir para a regulamentação, com a Decisão n. 21/94, que estabeleceu as Pautas Gerais, posteriormente aceitas no Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, que é o principal documento existente para o trato da matéria. Com a constatação de lacunas legislativas nas áreas de controle das concentrações de empresas e de controle de concessão de ajudas públicas, este que

somente conta com as normas programáticas da Decisão n. 20/94 e do Protocolo, é finalizado o estudo do arcabouço concorrencial do Mercosul.

Uma vez caracterizado o estágio em que o processo se encontra, o estudo é concluído com o levantamento de alternativas concretas para garantir uma plena liberdade de concorrência no bloco econômico Mercosul a partir do entendimento da liberdade de concorrência como a quinta liberdade fundamental e, ante a contribuição que ela demonstra ter dado na Comunidade, para permitir que o processo de integração que se desenvolve no Cone Sul atinja a sua fase de mercado comum.

Para a realização deste trabalho, utiliza-se o método indutivo e as técnicas de pesquisa histórica, documental e bibliográfica. Através da primeira, construiu-se grande parte do primeiro e terceiro capítulos. Por meio da pesquisa documental e bibliográfica, foram analisados os diversos Tratados e demais documentos do direito comunitário e da integração referidos neste ensaio e as legislações nacionais da concorrência dos Estados-partes do Mercosul. A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias também foi considerada, especialmente nas partes finais do primeiro capítulo e no segundo como um todo. Essa foi consultada na Coletânea do Tribunal em língua alemã, motivo pelo qual as referências aos casos a ela se reportam.

A dificuldade bibliográfica principal, decorrente da opção pelo estudo de uma temática não desenvolvida de forma extensa na literatura nacional, foi suprida com uma estadia de estudos na Universidade de Heidelberg, na Alemanha, que permitiu, e ao mesmo tempo motivou, a utilização de fontes estrangeiras. Entre estas se encontram algumas que externam visões europeias sobre o Mercosul. As traduções das referências bibliográficas citadas ao longo do texto são de responsabilidade do autor. Também o estudo comparativo da experiência apresentada pelo bloco de integração hoje mais avançado do mundo, a União Européia, constituiu importante fonte de conhecimento a este trabalho.

Alguns conceitos empregados no decorrer do estudo não têm a sua definição dada pelo direito comunitário. Veja-se, de antemão, os de concorrência, liberdade de concorrência, direito de concorrência e o de integração que valem para este estudo.

Existem três modelos segundo os quais se pode definir a concorrência. Conforme o primeiro, “a política da concorrência deve assegurar a mais larga difusão do poder económico. As empresas devem ter a maior liberdade de acção e os consumidores a maior liberdade de escolha. No outro extremo, a política da concorrência deve proteger ou reconstituir uma concorrência pura e perfeita (...). Para uma terceira via, mais realista, não há concorrência pura e perfeita. A noção de concorrência não é abstracta. Deve ser vista duma forma evolutiva, aberta a adaptações”<sup>3</sup>. Assim, o que interessa é preservar uma concorrência praticável, efetiva, eficaz, uma vez que a concorrência pura e perfeita é tida como inexistente<sup>4</sup>. Ainda que de grandes benefícios políticos e económicos, esse modelo dificilmente ocorre na realidade.

---

<sup>3</sup> ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, p. 65.

<sup>4</sup> Conceitos e caracterização para uma concorrência perfeita podem ser vistos em CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, p. 9-12; CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, p. 18-19; FARIA, Werter R. *Disciplina da concorrência e controle das concentrações de empresas no Mercosul*, p. 24, nota de rodapé número 15 e em SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da.

O regime, em virtude de operar fatores cumulativos e assimetrias, é, longe de uma concorrência perfeita, o da concorrência entre desiguais. Nesse sentido, “a troca dos produtos e o movimento dos fatores visam a privilegiar as áreas fortes em detrimento das áreas fracas; a distância que daí resulta entre as diversas partes da Comunidade em termos de oportunidades de emprego dos fatores e remunerações, opera uma discriminação entre os cidadãos da Europa, enfraquecendo, desse modo, os fatores de coesão”<sup>5</sup>. Por outro lado, o correto funcionamento dos mecanismos de concorrência passa pela promoção da estabilização das condições de igualdade. Por isso não ser fácil, mesmo com a utilização do sistema de harmonização das legislações, é que a Comunidade também abandonou a busca por um regime de concorrência perfeita.

A prática da Comissão se orienta para um modelo que tenda a salvaguardar “a existência sobre o mercado de uma concorrência eficaz, isto é, uma atividade concorrencial suficiente para fazer que seja respeitada a exigência fundamental e a finalidade do Tratado e, em particular, a criação de um mercado único que ofereça condições análogas àquelas de um mercado interno”<sup>6</sup>. Concorrência eficaz é um grau de concorrência que assegura o dinamismo e a abertura mínima dos mercados. Ela representa a dose de concorrência necessária para que sejam respeitadas as exigências fundamentais e atingidos os objetivos do Tratado e, em particular, a formação de um mercado interno<sup>7</sup>. O que se busca é a proteção contra a supressão da própria concorrência. Essa idéia não pretende assegurar o maior número de empresas independentes, mas preservar um número suficiente delas para que os utilizadores e consumidores tenham uma razoável possibilidade de escolha, já que mais empresas não é sinônimo de melhor concorrência.

Em verdade, é discutível se há uma definição geral válida para concorrência. Uma assim possivelmente não seja encontrável em nenhum texto legal. A dificuldade reside no fato de que a concorrência não tem um objetivo único. Pelo contrário, há vários perseguidos em seu nome<sup>8</sup>, inclusive o de promover um processo de integração. Todavia, para fins deste ensaio, refere-se à concorrência como um processo “no qual, em um determinado mercado, vários (ao menos dois) ofertadores e compradores de um produto tentam, através do uso de ao menos um parâmetro de ação diferente (como preço, serviço, qualidade), com o encargo de um outro sujeito econômico, melhorar o grau do seu almejado objetivo (normalmente lucros)”<sup>9</sup>. Também é possível afirmar que ela é a disputa de agentes econômicos para a satisfação da escolha de um cliente ou adquirente de produtos.

Uma vez visto o que significa o termo concorrência, se torna mais fácil conceituar liberdade de concorrência. Os objetivos perseguidos pelo Tratado, no tocante a ela, são “favorecer a realização do mercado comum para vantagem das empresas e dos

---

*Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, p. 56-57.

<sup>5</sup> BAGELLA, Michele. A experiência da CEE na integração econômica e jurídica. In: PAES LANDIM, José Francisco (Coord.). *Direito e Integração: experiência latino-americana e européia*, p. 102.

<sup>6</sup> CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*, p. 202.

<sup>7</sup> Caso Metro-Saba c. Comissão, EuGH, Slg. 1977, p. 1875.

<sup>8</sup> DREXL, Josef. Wettbewerbsverfassung: Europäisches Wettbewerbsrecht als materielles Verfassungsrecht. In: von BOGDANDY, Armin (Hrgs.). *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, p. 768-769.

<sup>9</sup> BISCHOFF-EVERDING, Peter. *Wettbewerbsrecht im MERCOSUR*, p. 26.

consumidores, impedindo que aquelas criem barreiras econômicas artificiais com acordos de cartéis; desencorajar o abuso do poder econômico (posição dominante) pelas empresas financeira e economicamente mais fortes, em prejuízo das demais do mesmo setor; garantir a competitividade das empresas, permitindo às mesmas realizar a produção, desfrutando das oportunidades de melhoria técnica e profissional”<sup>10</sup>.

Sinteticamente, é possível vislumbrar que liberdade de concorrência é o direito “que as empresas têm de, no âmbito de um bloco, serem submetidas às mesmas regras e exigências para que possam competir em igual condição”<sup>11</sup>. Significa, segundo outro dizer, “o ‘princípio econômico’ segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado”<sup>12</sup>.

Já direito da concorrência é o direito que protege o exercício da liberdade de concorrência. É possível ser dito que tal regramento se trata de uma ordem pública<sup>13</sup>, pois protege um bem jurídico de interesse público. Ele consiste num conjunto de leis que têm por escopo a proteção do mercado contra restrições à concorrência, imputáveis a comportamentos isolados dos sujeitos econômicos ou coligados de grupos de empresas, independentemente de sua forma jurídica. Visa, ainda, à proteção do mercado quanto ao exercício abusivo de posições de domínio por parte de uma empresa ou empresas preponderantes no mercado e, bem assim, o exercício abusivo de controle das operações de concentração<sup>14</sup>.

Também como conceito válido a ser empregado, tem-se que ele “engloba o conjunto das regras que têm por objeto a intervenção do Estado na vida econômica para garantir que a competição das empresas no mercado não seja falseada por meio de práticas colusórias ou abusivas”<sup>15</sup>. Ou, em um ambiente integracionista, as regras da concorrência visam impedir a introdução, pelos Estados-membros, empresas públicas e entidades privadas, de novos obstáculos ao comércio dentro do mercado comum.

Finalmente, emprega-se ao longo dessa pesquisa o conceito de integração, abrangendo o seu sentido regional e como noção que se reporta a um processo que envolve duas ou mais economias dirigidas a constituir um espaço associativo mais amplo, de cooperação e de maior dimensão internacional, segundo extraído das asserções dos autores pesquisados, que envolve a superação de etapas, como as de mercado comum e de mercado interno, a cujas definições, por serem centrais ao estudo, foram dedicados tópicos próprios.

---

<sup>10</sup> FORTE, Umberto. *União Européia: Comunidade Econômica Européia (Direito das Comunidades Européias e harmonização fiscal)*, p. 134.

<sup>11</sup> SILVA NETO, Orlando Celso; MELO, Suzana Soares. Considerações sobre cooperação jurisdicional no âmbito do Mercosul. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei. (Org.). *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*, p. 87.

<sup>12</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988*. p. 110.

<sup>13</sup> FARIA, José Ângelo Estrella. *Aplicação extraterritorial do direito da concorrência*, p. 20.

<sup>14</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito da concorrência*, p. 33-34.

<sup>15</sup> FARIA, Werter R. *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*, p. 7. Segundo o autor, “As práticas colusórias resultam de ajuste ou acordo que tenha por objetivo ou como efeito restringir a concorrência. As práticas abusivas consistem na exploração do poder de mercado em prejuízo da concorrência”. *Idem*, p. 7.

## **CAPÍTULO 1**

### **A LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA COMO A QUINTA LIBERDADE FUNDAMENTAL**

Este capítulo tem como objetivo central demonstrar a elevação da liberdade de concorrência à categoria de liberdade econômica fundamental na Comunidade Européia (CE). Serve de base para o entendimento dos demais, já que o segundo apresenta a aplicação dessa visão no atual direito comunitário da concorrência e o terceiro invoca sugestões, também a partir deste entendimento, para a conformação da fase de integração conhecida como mercado comum no processo de integração que se desenvolve sob o nome de Mercado Comum do Sul (Mercosul).

O capítulo é dividido em quatro partes. A primeira expõe as bases da Comunidade Européia em quatro aspectos, quais sejam, a evolução histórica, o direito comunitário, os órgãos que a ela servem e os princípios comunitários.

A segunda parte estuda detalhadamente o seu principal objetivo, qual seja o alcance de um mercado comum. É nesta fase que as liberdades fundamentais devem ser conformadas. Essa parte expõe a evolução do mercado comum a um mercado interno, abarcador de mais liberdades que as tradicionalmente conhecidas, e a evolução dos entendimentos doutrinários que permitem observar uma nova posição para a liberdade de concorrência no direito comunitário.

A terceira parte apresenta o sistema de aproximação legislativa comunitário. Este sistema pode ter, com os julgamentos fundados em suas disposições, permitido entender-se a liberdade de concorrência como uma liberdade fundamental também em função da jurisprudência.

Teorias contrárias a esse pensamento são abordadas e combatidas na última parte. Assim, nomeadamente, o entendimento da concorrência como uma política em conflito com as outras, o que impediria a sua elevação, a existência de mercado comum em economias planificadas, o que a tornaria dispensável enquanto elemento integrador, o necessário caráter transfronteiriço das liberdades fundamentais, que a liberdade de concorrência não desfrutaria, a existência de uma linha divisória entre os destinatários das regras das liberdades e da concorrência e, em contrário, visões de publicização das normas da concorrência, de privatização das normas das liberdades fundamentais e de uma abrangente complementaridade e aplicação combinada das normas do Tratado de Roma (TCE).



## 1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS, NORMATIVOS, ORGANIZACIONAIS E PRINCIPIOLÓGICOS DA COMUNIDADE EUROPÉIA

### 1.1.a) Dos Tratados fundacionais à Constituição para a Europa

A análise histórica é um caminho possível em busca de uma melhor compreensão<sup>1</sup> dos acontecimentos ocorridos. Ademais, “Um lance de olhos para trás revela o longo caminho percorrido (...)”<sup>2</sup>. A partir desses pressupostos, observa-se que a idéia de associação de Estados europeus não é atual. Na literatura, esse pensamento pode ser encontrado desde a Idade Média<sup>3</sup>. Nesse período vários modelos de integração foram discutidos, inclusive a idéia de uma federação, surgida no Século 15<sup>4</sup>. Os fundamentos, ainda atuais, eram os benefícios que essas idéias poderiam trazer, nominalmente paz<sup>5</sup>, relações comerciais, aumento do bem-estar e reforço do poder dos Estados.

A idéia continuou presente nos séculos que se seguiram. Os principais expoentes do Século 18 foram Abbé de Saint Pierre, Jeremias Bentham, Rousseau e Kant<sup>6</sup>.

O Século 19 também contribuiu para o desenvolvimento da aspiração. Com a derrota de Napoleão Bonaparte em 1815, as potências vencedoras, reunidas no

---

<sup>1</sup> EHLERMANN, Claus-Dieter. *The internal market following the Single European Act*, p. 361.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, p. iii.

<sup>3</sup> Numerosa e rica relação de obras influenciadoras do pensamento da busca pela paz pode ser vista em KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*, p. 12-13. Contudo, MOLINA DEL POZO diferencia o processo atual daquele. Os processos anteriores ao modelo comunitário foram baseados em integrações imperialistas, por difusão, ou nacionalistas. Determinar as origens do fenômeno em épocas tão remotas como os princípios do Século 14 ou no Império Romano é, para o autor, “um grave erro de ótica histórica”. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, p. 43. O modelo atual é um processo nascido nos anos cinquenta e reflete as transformações surgidas no âmbito internacional após a Segunda Guerra Mundial. Comporta um elemento inédito, o de supranacionalidade, que se afasta das vontades nacionais, partidárias e egoístas. Assim o modelo de integração comunitária que “não responde à mesma lógica de ação integradora que mostram as principais formas históricas de unificação (...). Uma Europa comunitária (...), de maneira livre e em um plano igualitário entre seus membros, (...) e que utiliza para isso o método inédito de supranacionalidade, que não deve ser comparado, nem em suas origens e lógica, nem em sua natureza e finalidade, com outras formações políticas que surgiram ao longo da história”. *Idem*, p. 45.

<sup>4</sup> HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 1.

<sup>5</sup> No livro *De recuperatione Terrae Sanctae*, de 1305-1307, o jurista francês Pierre Dubois esboça um sistema de paz europeu sob a chefia do rei da França. Este desejo da busca pela paz interna se fortifica, pois afinal, há “uma tendência geral da espécie humana a integrar-se em unidades sócio-políticas mais seguras”. MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 45.

<sup>6</sup> Os escritos *Mémoire pour rendre la paix perpétuelle en Europe*, de 1713, de Abbé de Saint Pierre, foram comentados por Jean Jacques Rousseau em 1760, de forma muito mais atrativa que seu próprio autor, em seu *Projet pour la paix perpétuelle*. *Idem*, p. 49. O jurista e filósofo inglês Jeremias Bentham escreveu no ano da Revolução Francesa, em 1789, o livro *Plano para a paz perpétua universal*. Mais tarde, em 1795, o filósofo Emmanuel Kant sugeriu em seu livro *Zum ewigen Frieden*, pela primeira vez na história europeia, a criação de uma federação (ou fusão) de Estados europeus, como meio de assegurar o objetivo da paz no interior do território. *Idem, ibidem*. Estes autores apresentaram durante o Século referido uma unidade de pensamento com respeito ao futuro do continente, baseado num desejo de paz perpétua para ele. A referência para a obra de Kant em língua espanhola é KANT, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*, 69 p.

Congresso de Viena, acordaram estabelecer um sistema político de equilíbrio de poderes. Esse sistema regeria as aspirações entre os Estados europeus até a Primeira Guerra Mundial. Com o tempo, o sistema inaugurado em Viena foi enfraquecendo. Os inimigos de Napoleão não mantiveram sua unidade inicial. Surgiram os Estados unificados de Itália e Alemanha, codificando um fortíssimo nacionalismo.

No Século 20, o crescente nacionalismo interrompeu a idéia européia e faz eclodir a Primeira Guerra Mundial. A Europa do pós-guerra é um continente ensanguentado, arruinado e desmoralizado. O presidente norte-americano Woodrow Wilson concebe um ordenamento mundial de manutenção da paz em janeiro de 1918. As idéias de Wilson não encontram o campo fértil esperado. Ademais, o Tratado de Versailles de 1919 impôs pesados sacrifícios para os derrotados<sup>7</sup>. No campo econômico, observou-se uma crise estrutural do sistema liberal capitalista, cujo resultado foi um retorno imediato às posições protecionistas. Veio, então, a Grande Depressão, com profundos efeitos na Europa. Paralelo a isso, a criação de novas fronteiras acentuou a desordem econômica, o que deu margem ao surgimento de novas potências, como Japão e Estados Unidos da América (EUA). Como resposta a essa desordem, foram criados monopólios e, num passo posterior, foi tentada a eliminação das barreiras aduaneiras através de um *Zollverein* de escala continental. Essa união aduaneira é tida, atualmente, como marco importante na construção do edifício comunitário<sup>8</sup>.

A eclosão da Segunda Guerra Mundial colocou por terra todas as tentativas antecessoras de uma integração européia. A idéia novamente foi afastada. Em meio à Guerra, Paul Henri Spaak projetou uma união econômica para três Estados, posteriormente conhecida como União Econômica do Benelux<sup>9</sup>. Finda a Segunda Guerra Mundial, novas idéias surgiram.

Vale lembrar o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), cuja Carta manifesta expressamente uma tendência política em favor do regionalismo e reconhece às instituições um papel importante no âmbito do sistema universal de paz e segurança coletiva. Surgiu também na América uma pluralidade de organizações internacionais de caráter continental ou regional. Algumas destas perseguiram objetivos econômicos e foram instrumentos da reconstrução da ordem econômica internacional, concretizando, posteriormente, a chamada nova ordem econômica internacional.

Em 1947 o ministro das relações exteriores norte-americano George C. Marshall lançou o Plano Marshall para a reconstrução da Europa. A Europa havia saído dos conflitos em ruínas, tanto no campo econômico, como no social e no político. Vivia-se numa extrema miséria. Marshall tornou conhecida a idéia de ajuda que o povo norte-americano estava disposto a realizar, como tentativa de evitar o

---

<sup>7</sup> MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 54-55.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 56-57. Havia também contribuído para uma união política na Alemanha. STOFFEL VALLOTTON, Nicole. *Algunas consideraciones sobre la noción de unión aduanera en el Tratado de la Comunidad Europea*, p. 419 e MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, p. 35. Um outro *Zollverein*, fundado em 1834, havia sido fundamental para a unificação política da Alemanha. KINGREEN, Thorsten. *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 29 e LECHER, Helmut. *Einführung in das Europarecht*, p. 3-5.

<sup>9</sup> MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 61.

renascimento de idéias extremistas. Temia que a parte ocidental fosse cair sob controle por parte da ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e regime comunista. Uma das condições impostas pelos EUA era a colaboração econômica entre os próprios países europeus, a fim de deliberarem sob as ajudas a receber. Os soviéticos rechaçaram o Plano Marshall, pois o consideraram uma intromissão na vida dos Estados europeus. Não longe disso, lançaram um plano próprio, conhecido como Molotov, que contribuiu para a ampliação da divisão interna do continente<sup>10</sup>.

Ambas as iniciativas expostas são precursoras concretas do realizado mais tarde na Europa. Do Plano Marshall derivou a primeira organização do pós-guerra, a Organização Européia de Cooperação Econômica (OECE), de 1947, em 1961 convertida na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), responsável pela administração dos recursos canalizados por ele<sup>11</sup>.

Após medidas contra o acirramento da Guerra Fria, o ministro das relações exteriores francês, Robert Schuman<sup>12</sup>, apresentou o que veio a ser conhecido como Plano Schuman<sup>13</sup>, mas que foi idealizado em conjunto com Jean Monnet, sobre uma integração econômica entre França e Alemanha para a administração supranacional, através de uma Alta Autoridade, dos recursos de carvão e aço em 9 de maio de 1950, no Quai d'Orsay, em Paris. Desde então, esta data é festejada como o dia do aniversário da Comunidade Européia. Na época foi usada a véspera do décimo aniversário da invasão dos Países Baixos, Bélgica e França por parte da Alemanha.

A orientação econômica do projeto de integração é decorrente dessa declaração. Seu último parágrafo esclarecia que em contraste com os cartéis internacionais, que estão dirigidos a dividir e explorar os mercados nacionais, mediante práticas restritivas e manutenção de altos rendimentos, a organização proposta asseguraria a fusão dos mercados e a expansão da produção. Isso implicava na necessidade de controlar os comportamentos das empresas por meio de normas de concorrência e impedir o protecionismo estatal mediante a garantia da livre circulação dos fatores econômicos. A declaração, reproduzida no Preâmbulo do Tratado que viria surgir em 1951, continha os valores e princípios fundamentais de caráter político e econômico do processo de integração. Ademais da influência naquele Tratado, estes influenciaram o Relatório Spaak e acabaram positivados no Tratado de Roma.

Após uma conferência de chefes de Estados, tendo como fundamento o Plano Schuman, em 18 de abril de 1951, em Paris, foi assinado por seis Estados o Tratado

---

<sup>10</sup> *Idem*, p. 68.

<sup>11</sup> MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Op. cit.*, p. 36.

<sup>12</sup> Robert Schuman, oriundo de uma família da região de Lorena, contígua à fronteira franco-alemã e palco de várias batalhas, motivo pelo qual conheceu as atrocidades da guerra, foi um dos principais arquitetos desta fase da integração. ORTIZ DE ZEVALLOS, Gonzalo. Common Market Law and its Influence in the Latin American Andean Region. In: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. *et alli* (Hrsg.). *Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, p. 845-846.

<sup>13</sup> Passagens da declaração de Robert Schuman podem ser vistas em HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 4. O Plano propunha colocar a produção franco-alemã de carvão e aço sob uma autoridade comum, assim, uma organização aberta à participação dos demais países da Europa. Ele ainda tinha como objetivo garantir a segurança da França perante a Alemanha, através do controle da energia utilizada pelas indústrias-chaves daquele tempo. Surgia a idéia de que a fusão das indústrias pesadas evitaria novas guerras no continente europeu. MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 69.

para a fundação da Comunidade Européia para o Carvão e o Aço (TCECA), que viria a ter como sede Luxemburgo. Ele entrou em vigor em 25 de julho de 1952, com o objetivo de, no âmbito dos recursos de carvão e aço, promover a criação de um mercado comum sem fronteiras e sem conturbações da concorrência. Na época representava um bloco econômico de 198,6 milhões de pessoas. Tal organização teve sua existência limitada a cinquenta anos, cujo prazo expirou em 23 de julho de 2002<sup>14</sup>. O trato dos produtos que estavam afetos a sua competência passou para a esfera do Tratado de Roma.

A euforia do surgimento dessa Comunidade teve como conseqüência o surgimento da idéia de uma Comunidade Européia de Defesa em setembro de 1952, fundada em um plano do presidente do Conselho de Ministros francês René Pleven, que não vingou. Insucessos como esse, por certo, desanimaram os idealizadores. A medida contrária foi o surgimento do Relatório Spaak, como uma iniciativa para o relançamento do processo. Posteriormente, em Veneza, em maio de 1956, por ocasião do Conselho de Ministros, o então ministro das relações exteriores da Bélgica Paul Henri Spaak foi encarregado de redigir os tratados para uma comunidade econômica e para uma comunidade de energia atômica e von der Groeben foi elevado, por sugestão de Spaak, à presidência da Comissão para o mercado comum<sup>15</sup>. Temas como concorrência, estabilidade monetária, crescimento econômico e progresso social já eram objeto desse relatório, também conhecido como *Rapport des Chefs de délégation aux ministres des affaires étrangères*.

No âmbito da integração política e econômica, é possível ser dito que a experiência obtida pela Comunidade Européia para o Carvão e o Aço influenciou o surgimento das outras<sup>16</sup>. Especialmente a França tinha grande interesse na utilização pacífica da energia atômica. Além disso, a Crise de Suez havia mostrado para a Europa a necessidade de uma produção de energia independente. Foi a vez de se pensar numa colaboração no âmbito da energia atômica.

---

<sup>14</sup> A doutrina ressalta a importância deste Tratado para o direito comunitário. MATTHIES inicia por considerar a presença dos termos comunidade e supranacionalidade, segue com a contribuição da Comunidade por ele fundada para o alargamento da integração, depois trata da coexistência daquela com as outras Comunidades, às quais serviu de fundamento, e conclui com o levantamento de uma série de procedimentos que não se limitaram aos diplomáticos ou aos vinculados ao direito internacional público. MATTHIES, Heinrich. Die Bedeutung des Montanvertrages für das Gemeinschaftsrecht. In: BAUR, Jürgen F.; MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZULEEG, Manfred (Hrsg.). *Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht: Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag*, p. 233-246. Conceituar supranacionalidade não é o objetivo deste estudo. Para tanto ver CACHAPUZ DE MEDEIROS, que tece considerações sobre a multiplicidade de definições que a doutrina apresenta. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). *Direito Comunitário do MERCOSUL*, p. 162-164. Quanto à presença do termo no Tratado aqui referido, observa o autor que o Tratado de Fusão das Comunidades ab-rogou o artigo 9º. TCECA, tendo com isso ele desaparecido do direito primário. Isso não impediu que a supranacionalidade se tornasse objeto de constante e intensa discussão para a caracterização do fenômeno comunitário. Ainda segundo o autor, “o Tratado de Fusão e o Tratado da União Européia proclamam implicitamente o caráter supranacional das estruturas comunitárias, ao dizerem a mesma coisa sem empregar o termo”. *Idem*, p. 163-164. Para uma conceituação de supranacionalidade ver também STELZER, Joana. *União européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?*, p. 67 e seguintes.

<sup>15</sup> von der GROEBEN, Hans. Die Anfänge der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. In: HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg.). *40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag*, p. 167.

<sup>16</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 14.

Em 1956, Spaak mencionou em um relatório que um mercado comum somente poderia ser pensado através da fusão dos mercados nacionais e da criação de uma união aduaneira. O relatório ainda continha a proposta do alcance de um mercado comum pelo cumprimento de diferentes níveis de integração, para os quais eram previstos períodos de transição. Após, Spaak conduziu uma conferência para o delineamento de novos tratados no âmbito da energia atômica e da economia. Dessas tratativas surgiram dois novos acordos, o Tratado para a fundação da Comunidade Econômica Européia (TCEE)<sup>17</sup> e o Tratado para a fundação da Comunidade Européia para a Energia Atômica (TCEEA).

Após, veio o momento da assinatura dos Tratados, ato que representou o desejo de um bem estar econômico, segurança e um papel construtivo da Europa na política mundial<sup>18</sup>. Em 25 de março de 1957, no Capitólio, em Roma, por isso um deles é conhecido como Tratado de Roma, os dois novos tratados foram assinados e as duas novas comunidades foram fundadas. Criavam-se, com isso, mais duas entidades supranacionais, diferentes das organizações internacionais tradicionais, pois representavam mais que uma simples cooperação interestatal. A primeira foi a Comunidade Européia para a Energia Atômica (CEEA), com o objetivo de promover uma utilização pacífica de tal potencial energético. A segunda foi a Comunidade Econômica Européia (CEE).

Ambos os tratados entraram em vigor em 1º de janeiro de 1958 e previram uma estrutura orgânica semelhante, com uma Comissão independente<sup>19</sup>, um conselho ministerial, uma assembléia parlamentar e um tribunal. Para tanto, simultaneamente com a assinatura dos Tratados, foi assinado um Acordo sobre os órgãos conjuntos para as Comunidades Européias<sup>20</sup>. Apesar da unificação, as três Comunidades permaneceram juridicamente independentes.

Entre as três, a CEE foi a que alcançou um maior significado<sup>21</sup>, pois não estava limitada a um determinado setor econômico, mas sim abrangia todos os ramos da economia entre os Estados-partes e nas suas relações com terceiros Estados. Por tal, esse acordo é considerado um acordo básico, no qual são estatuídos apenas princípios fundamentais. O objetivo dessa Comunidade era o alcance de um mercado comum, através de um período transitório de 12 anos e três etapas, a concluir-se em 1969<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> O TCEE baseou-se no Relatório Spaak e em outros documentos e a união aduaneira está vinculada ao Plano Beyen. von der GROEBEN, H. Die Rolle der Wettbewerbspolitik für die Entstehung des Gemeinsamen Marktes. In: HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg). *40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag*, p. 171. O processo de incorporação das questões que envolviam a concorrência no referido Relatório pelo TCEE pode ser conhecida em von der GROEBEN, H. *Wettbewerbspolitik in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*. p. 373-381.

<sup>18</sup> von der GROEBEN, H. Die Anfänge der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. In: HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg). *40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag*, p. 170.

<sup>19</sup> Walter Hallstein foi o arquiteto do Tratado de Roma e o primeiro presidente da Comissão. RITTNER, Fritz. *Die Wirtschaftsrechtliche Ordnung der EG und das Privatrecht*, p. 839.

<sup>20</sup> FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maik. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*, p. 25.

<sup>21</sup> BISCHOF, Hans Helmut. *Europarecht für Anfänger*, p. 2.

<sup>22</sup> O termo mercado comum foi usado no TCEE, sem ter sido definido. A concepção era a de que envolvia não só as quatro liberdades, mas também a política agrícola, a política da concorrência e a das ajudas públicas. Tal termo foi mantido pelo Ato Único Europeu, pelo Tratado da União Européia e pelo de Amsterdam. A descrição do mercado comum feita pelo Relatório Spaak pode ser vista em

Os três Tratados eram independentes. Todavia, havia pontos em comum, pois eram as mesmas autoridades que aplicavam e interpretavam as regras. Além disso, o TCEE desempenhou o papel de um modelo de referência e veio até a auxiliar a interpretação do TCECA durante a existência dele<sup>23</sup>.

Com o Tratado de Fusão dos Executivos das Comunidades, assinado em 8 de abril de 1965 e em vigor desde 1. de julho de 1967, as três Comunidades passaram a ter um Conselho e uma Comissão conjuntos, o que veio a completar a estrutura delineada em 1957. Portanto, em 1967, as Comunidades possuíam quatro órgãos conjuntos. Isso possibilitou a abertura de uma nova etapa no processo de construção da Europa e permitiu que, com dezoito meses de antecipação ao prazo previsto para o alcance do mercado comum, fosse concluído o processo de eliminação das tarifas ao comércio entre os Estados-membros.

Antes, em 1961 a Inglaterra tentou aderir e foi recusada pela França de De Gaulle, sob a alegação de que ela não tinha maturidade européia para tanto<sup>24</sup>. Outros países seguiram esse caminho entre 1961 e 1962, entre eles Dinamarca, Noruega, Áustria e Portugal. Contudo, o veto francês àquele primeiro pedido, abortou as demais solicitações<sup>25</sup>. Todavia, com a renúncia de De Gaulle em 28 de abril de 1969, foi possível trabalhar na Conferência de Haia um programa para o futuro das Comunidades, esboçado em 1º. de dezembro do mesmo ano. A Conferência “optava de maneira firme por combinar o aprofundamento da Europa comunitária em seus aspectos econômicos e políticos e a coesão interna de seus membros, com a ampliação a todos aqueles Estados democráticos que aceitem as regras comunitárias”<sup>26</sup>.

O próximo acontecimento importante foi o alargamento para o norte em 1º. de janeiro de 1973. Nesta data, Inglaterra, Irlanda e Dinamarca foram finalmente aceitas como Estados-membros. Com o resultado negativo à adesão da Noruega às Comunidades, advindo de um referendo em 1972, este país se viu impossibilitado de ratificar o Tratado de Adesão. A Europa dos Seis passava a ser dos Nove.

Posteriormente sobrevieram o primeiro alargamento para o sul, ocorrido em 1º. de janeiro de 1981, que determinou a entrada da Grécia no bloco, e o segundo, em 1º. de janeiro de 1986, com o ingresso de Portugal e Espanha. O fim das ditaduras e a democratização dos Estados do sul havia tornado possível o encaminhamento de solicitações de adesão, realizadas entre 1975 e 1977. Após 35 anos de caminhada, a Comunidade Européia havia dobrado o número de seus Estados-membros, passando a ser denominada de Europa dos Doze.

O próximo passo foi evoluir em conteúdo. Para tanto, surgiu o Ato Único Europeu (AUE), assinado em 17 de fevereiro de 1986, em vigor desde 1º. de julho de

---

MORTELMANS, Kamiel. *The common market, the internal market and the single market, what's in a market?*, p. 102.

<sup>23</sup> ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, p. 23.

<sup>24</sup> HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>25</sup> MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 86-87.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 91.

1987<sup>27</sup>. Ele introduziu uma nova etapa no processo de integração, substituiu o enfoque funcionalista e constitucional de derivação francesa por um enfoque evolutivo e federalista de derivação alemã<sup>28</sup>, representou o afastamento de um relativo cansaço e promoveu uma das maiores revisões dos Tratados fundacionais, introduzindo artigos específicos no TCEE e estabelecendo especialmente a data de 31 de dezembro de 1992 para a conclusão do mercado interno, que é, como será visto na próxima parte, a fase considerada como decorrente da evolução do mercado comum.

O grande desejo do AUE, a realização do mercado interno, foi em sua grande maioria atingido, mesmo que ainda existissem lacunas e problemas a serem solucionados na data prevista. Em verdade, as iniciativas para o mercado interno, tomadas a partir de 1985, desenvolveram uma reconhecida dinâmica. A entrada em vigor do AUE obrigou os governos dos Estados-membros a promover até o referido prazo a tomada de medidas, especialmente as constantes no Livro Branco para a formação do mercado interno, referentes à remoção das barreiras materiais, técnicas e fiscais. Mas uma lista de pontos críticos permanecia em aberto.

Na seqüência, foi assinado em 7 de fevereiro de 1992 o Tratado da União Européia (TUE, ou de Maastricht). Alguns Estados, devido as suas disposições constitucionais, necessitaram ratificar o acordo. Vencidos os dificultosos plebiscitos na Irlanda e França, a necessidade de um segundo plebiscito na Dinamarca (que restou vencedor após concessões no campo da união econômica e monetária a esse país<sup>29</sup>) e o processo movido perante o Tribunal Constitucional Federal, em Karlsruhe, na Alemanha, que decidiu sobre a queixa constitucional contra a *Zustimmungsgesetz* alemã<sup>30</sup>, o Tratado está em vigor desde 1º de novembro de 1993.

Também o TUE é o resultado da necessidade de um fomento qualitativo na integração, pois o quantitativo já era visível com as sucessivas adesões. Ele alterou a numeração do artigo 8º. a TCEE, introduzido pelo AUE, para 7º. a TCEE, sem mexer no seu conteúdo. Substituiu noutras regras o termo mercado comum pelo de mercado interno, nominalmente no artigo 3º., letras c, d e g TCEE. Tal modificação representa uma alteração de metas que, segundo será exposto, trata-se de uma modificação para cima. A Comunidade Econômica Européia foi ampliada e passou a se chamar somente Comunidade Européia, indo mais além do que o mero objetivo econômico<sup>31</sup>, e o seu documento fundacional somente de Tratado da Comunidade Européia (TCE). Em paralelo, foram definidas regras para uma união econômica e monetária, para o que o Tratado representou a pedra fundamental. Da mesma forma para uma cidadania

---

<sup>27</sup> O seu conteúdo e as modificações promovidas podem ser conferidos em GLAESNER, H-J. *Die Einheitliche Europäische Akte*, p. 119-152 e em GLAESNER, Hans-Joachim. *Die Einheitliche Europäische Akte – Versuch einer Wertung*. In: SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). *Der Gemeinsame Markt Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive*, p. 9-35.

<sup>28</sup> BOSCHERINI, Fabio; KOSACOFF, Bernardo. Prólogo. In: BIANCHI, Patrizio. *Construir el mercado: Lecciones de la Unión Europea – el desarrollo de las instituciones y de las políticas de competitividad*, p. 17.

<sup>29</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>30</sup> Caso Maastricht, Coletânea Oficial do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts*) n. 89, a. 1993, p. 155 e seguintes.

<sup>31</sup> Para BISCHOF, “Na modificação do nome dada pelo Tratado da União Européia de TCEE para TCE vem a tona que agora a União vai para mais além do que somente para a economia. Por isso é também o conceito de cidadãos do mercado, a seu tempo formulado de forma exata por H. P. Ipsen, ultrapassado, pois o cidadão na Europa é agora designado como cidadão da Comunidade Européia”. BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 4.

da União<sup>32</sup>, com participação ativa e passiva dos cidadãos em eleições comunitárias e municipais.

Com mais uma rodada de adesões, concluída em 1º de janeiro de 1995, ingressaram na União Europeia a Finlândia, a Áustria e a Suécia<sup>33</sup>. O ingresso da Noruega fracassou novamente *ad referendum* popular em 1994. A indagação que reinava naquele momento era referente a que caminho conduziriam tantas ampliações, se antes não eram aprofundadas as etapas da integração e solucionados os velhos problemas<sup>34</sup>. Esse questionamento caberia ainda hoje ante o recente quinto alargamento, mesmo que reconhecida a capacidade comunitária de absorver novos membros e manter o impulso de integração.

Na seqüência, o Tratado de Amsterdam, previsto nas disposições do TUE que disciplinavam que a Comissão poderia submeter ao Conselho projetos de revisão dos Tratados em que se funda a União, restou assinado em 7 de outubro de 1997 e está em vigor desde 1º de maio de 1999. Na Irlanda e na Dinamarca foi necessária uma consulta popular para o processo de ratificação interna e na França houve uma alteração constitucional.

Amsterdam foi a última grande revisão do milênio passado<sup>35</sup>. Além de se preocupar com o cidadão comunitário e com os seus direitos, retirou dos Tratados das Comunidades artigos cujas determinações já estavam consumadas<sup>36</sup>. Uma nova numeração dos Tratado de Roma e do Tratado da União Europeia foi determinada pelo artigo 12 do Tratado<sup>37</sup>. O então artigo 7º. a TCEE foi transformado no artigo 14 TCE, cujo n. 1 foi adaptado e ao qual foi acrescentado um n. 3, proveniente do então

---

<sup>32</sup> A cidadania da União contém o direito de livre movimentação e permanência nos Estados-membros da Comunidade. O cidadão comunitário goza da proteção diplomática e consular mesmo em terceiros Estados, nos quais seu país de origem não esteja representado. Além disso, ele passou a ter direito de escolha ativo e passivo para as eleições comunitárias nos respectivos locais de moradia, segundo o artigo 19 TCE. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercosul e a livre circulação de pessoas*, p. 95-101.

<sup>33</sup> Antes e depois deste quarto alargamento, aconteceram três situações particulares e díspares. Primeiro foi a independência da Argélia em 1962 que, ao perder sua posição de território de Estado-membro, deixou de estar conformada no território de aplicação do Tratado. Já diferente ocorreu com a unificação das Alemanhas, pois a parte oriental passou a estar afeta à aplicação do Tratado. A reunificação alemã, em 1990, representou, além de um grande evento político, a incorporação de mais território e 16 milhões de habitantes ao bloco. Naquele momento a Comunidade Europeia passou a contar com 340 milhões. Sobre a unificação alemã e a observação do ordenamento jurídico das Comunidades pelos novos *Länder* ver ARNOLD, Rainer. *La unificación alemana: Estudios sobre derecho alemán y europeo*, 155 p. Por fim, a Groelândia que, mesmo na condição de território autônomo pertencente à Dinamarca, não está incluída no âmbito de aplicação do Tratado, mas comporta um regime especial de aplicação deste em seu território. Protocolo n. 15, relativo ao regime especial aplicável à Groelândia, de 1º de fevereiro de 1985. FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 27-28.

<sup>34</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. *União Europeia: processos de integração e mutação*, p. 109.

<sup>35</sup> As principais modificações podem ser acompanhadas em STREINZ, Rudolf. *Der Vertrag von Amsterdam: Die institutionellen Veränderungen für die Europäische Union und die Europäische Gemeinschaft*, p. 57-65.

<sup>36</sup> FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>37</sup> Os documentalistas, já atordoados com as alterações em mais de 160 dos então 248 dispositivos do TCE feitas pelo TUE, têm o dia da entrada em vigor do Tratado de Amsterdam como, provavelmente, o mais negro da lembrança, devido a esta ampla renumeração que este Tratado promoveu nos demais. Resta saber quem teve a idéia de, anteriormente, ter numerado o TUE com letras, para depois precisar ser renumerado, juntamente com todos os demais, por Amsterdam. Sobre o passado com a numeração, questiona LENZ “Como pode um cidadão se localizar em uma rua, na qual os números das casas sejam trocados com tanta frequência?” LENZ, C. O. *Abschiedsrede*, p. 104.



artigo 7º. b, frase 2 TCEE, este que por sua vez, antes do TUE era o artigo 8º. b, frase 2 TCEE.

O Tratado não objetivava nenhuma fundamental modificação na arquitetura do TUE<sup>38</sup>. Contudo, previu competências adicionais no âmbito da política interna, como as de visto, asilo e imigração. Ainda, agregou inúmeras outras alterações, especialmente nos aspectos sociais, como na questão do desemprego. No que tange especialmente aos trabalhadores, ele assegurou uma completa proteção da saúde e segurança em seus locais de trabalho, a supressão dos obstáculos à livre circulação das pessoas, aplicando as normas comuns em matérias de vistos, asilo e controle de fronteiras exteriores, além de manter avanços até então conquistados. Introduziu a expressão Europa das duas velocidades, ou Europa de um círculo concêntrico<sup>39</sup>, que significava que alguns Estados tinham, em distintos âmbitos da integração, a possibilidade de estabelecer uma colaboração mais forte, isto é, passava-se a permitir uma integração flexível. Contudo, o ambicioso objetivo de já naquela época preparar as estruturas institucionais para o alargamento para o leste não foi alcançado<sup>40</sup>.

No novo milênio, o Tratado de Nice, assinado em 26 de fevereiro de 2001, entrou em vigor em 1º. de fevereiro de 2003, após a necessidade de um segundo referendo por parte do povo irlandês em outubro de 2002. Também não objetivava nenhuma fundamental modificação na arquitetura do TUE. Envolveu assuntos relacionados à preparação da União Européia para o alargamento para o leste, como a definição do peso da votação dos Estados-membros no Conselho, o tamanho que a Comissão deveria ter e o alargamento das previsões de decisão por maioria qualificada<sup>41</sup>.

Um dos mais importantes assuntos do último ano foi a questão do alargamento da União Européia<sup>42</sup>. Este se diferencia em muito dos anteriores, tanto pelo elevado número de países, como pelas diferenças heterogêneas de suas políticas, economias e culturas. Adesões para a União só são permitidas em conjunto. Não é possível aderir a apenas uma das Comunidades remanescentes. Para tanto, necessita ser o peticionário um Estado que cumpra os princípios enunciados no artigo 6º., n. 1 TUE, isto é, o Estado candidato deve ter a sua ordem jurídica fundada nos princípios de liberdade, democracia, defesa dos direitos do homem e do estado de direito, bem como sua ordem econômica deve ser compatível com a da Comunidade, ainda que sem contigüidade territorial<sup>43</sup>, que é o caso de Chipre.

Com efeito, na Conferência de Copenhague de junho de 1993, o Conselho Europeu fixou pressupostos políticos e econômicos para adesões. Esses critérios envolvem a aceitação do *acquis communautaire* e a disposição para o cumprimento das obrigações de um Estado-membro<sup>44</sup>. Assim, em 1998 foram recebidas as propostas da Polônia, Hungria, República Tcheca, Eslovênia, Estônia, e Chipre e em

---

<sup>38</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>39</sup> FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 27 e JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 85.

<sup>40</sup> HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>41</sup> STREINZ, R. *Europarecht*, p. 22-24.

<sup>42</sup> Particularidades do momento podem ser conferidas em DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A ampliação da União Européia*, p. 77-83.

<sup>43</sup> FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>44</sup> Para mais detalhes ver HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 7-8.

2000 as da Bulgária, Eslováquia, Letônia, Lituânia, Romênia e Malta para o alargamento ao leste. Por fim, o Conselho Europeu, em 12 de dezembro de 2002 votou a adesão de dez novos membros, o que ocorreu em 1º de maio de 2004. Com o ingresso de Polônia, Hungria, República Tcheca, Eslovênia, Estônia, Chipre, Eslováquia, Letônia, Lituânia e Malta, a União Européia passou a envolver 482 milhões de pessoas. As adesões de Bulgária e Romênia ficaram previstas para uma segunda rodada, a ocorrer no ano de 2007. A Turquia, a quem foi destinado um status de país candidato à adesão, foi aconselhada a levar adiante energicamente os seus processos de reforma, para que, uma vez cumpridos os critérios, sem demora o seu processo de adesão possa ser acolhido<sup>45</sup>.

Essa recente adesão tem implicações diferentes nas relações comerciais com os demais blocos, especialmente com o Mercosul, pois é a primeira que incorpora países de ampla tradição agrícola, como a Polônia. Isso pode vir a representar mais entraves que os já tidos atualmente na disputa pelos mercados europeus.

Esse momento histórico também é importante para este estudo, pois foi durante ele que novos regulamentos alteraram profundamente o direito comunitário da concorrência, como será visto no capítulo seguinte.

Outro tema de relevância na atualidade é a discussão sobre uma Constituição<sup>46</sup>. Ela girou em torno de um “texto jurídico-político que contivesse todas as regras fundamentais do sistema político de integração de Estados e povos: os direitos e garantias dos cidadãos frente às instituições européias e à organização dos poderes e o funcionamento destas”<sup>47</sup>. Para o futuro, foi lançada a proposta do ministro das relações exteriores alemão Joska Fischer de ter-se um Estado federal com a Comissão tendo o papel de um forte executivo e o Conselho como uma segunda câmara parlamentar ao lado do Parlamento Europeu<sup>48</sup>. Em 29 de outubro de 2004, em Roma, os chefes de Estado e de governo dos 25 Estados-membros da União Européia firmaram o tratado que estabelecerá uma Constituição para a Europa<sup>49</sup>. Esse foi encaminhado à aprovação dos parlamentos nacionais. A previsão é de que, ainda que aprovado por todos os parlamentos e superados os referendos que venham a ser convocados por alguns deles, ele não entre em vigor antes de 2006 ou 2007<sup>50</sup>. O

---

<sup>45</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>46</sup> Para maiores detalhes ver MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian. *Europäische Verfassungsordnung: Notwendigkeit, Gestalt und Fortentwicklung*, p. 206-216; LECHELER, H. Braucht die ‘Europäische Union’ eine Verfassung? In: RANDELZHOFFER, Albrecht; SCHOLZ, Rupert; WILKE, Dieter (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, p. 393-407; LECHELER, H. *Einführung in das Europarecht*, p. 41-44; TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*, p. 19-22; PECHSTEIN, Matthias; KOENIG, Christian. *Die Europäische Union: die Verträge von Maastricht und Amsterdam*, p. 263-285; RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos. *Zur ‘Verfassung’ der Europäischen Gemeinschaft*, p. 23-44; GRIMM, Dieter. *Braucht Europa eine Verfassung?*, p. 581-591; WEBER, Albrecht. *Zur künftigen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft*, p. 325-330; SEIDEL, Martin. *Zur Verfassung der Europäischen Gemeinschaft nach Maastricht*, p. 125-144; ALBER, Siegfert. *Die Entwürfe des Europäischen Parlaments für eine europäische Verfassung*, 46 p. e RUFFERT, Matthias. *Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft: Grundrechte, Institutionen, Kompetenzen, Ratifizierung*, p. 165-201.

<sup>47</sup> MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>48</sup> HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 9 e MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Op. cit.*, p. 208.

<sup>49</sup> Os trabalhos do Grupo de Trabalho formado em 15 de dezembro de 2001 para a elaboração do texto podem ser conferidos em MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Der Europäische Verfassungskonvent*, 42 p.

<sup>50</sup> MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Op. cit.*, p. 55.

primeiro Estado-membro a submetê-lo a um plebiscito, entre os onze que optaram por esta forma de referendo, foi a Espanha, em 20 de fevereiro de 2005. Espera-se que venha a significar o fim da divisão da Europa e que seja um elemento básico para abordar o futuro do continente.

Desse levantamento histórico cabe ressaltar o objetivo de formação de um mercado comum e o próprio surgimento das Comunidades Europeias. Essas Comunidades possuem um direito, que as rege, que envolve regras de concorrência, assunto que segue agora.

### **1.1.b) O direito comunitário**

A doutrina classifica o direito europeu como em sentido amplo e em sentido estrito<sup>51</sup>. Segundo a visão de KOENIG e HARATSCH, o em sentido amplo envolveria o Conselho Europeu, fundado em 5 de maio de 1949, com sede em Estrasburgo<sup>52</sup>, e a Convenção Europeia para os Direitos do Homem<sup>53</sup>, bem como a Associação Europeia de Livre Comércio (EFTA), criada em 4 de janeiro de 1960 por seis Estados na época não-participantes das Comunidades Europeias<sup>54</sup>. Já para FASTENRATH e MÜLLER-GERBES, o direito europeu em sentido amplo representa o direito de todas as organizações internacionais europeias e o direito europeu em sentido estrito abrange apenas o direito das Comunidades Europeias<sup>55</sup>. Esse é caracterizado como direito comunitário (europeu) e se subdivide em direito comunitário primário e secundário.

Vista essa primeira classificação, a análise que inicia agora trata de matéria complexa, pois determina também a convivência entre direito constitucional interno e direito comunitário, “uma vez que estes dois ramos provêm de ordens jurídicas distintas (...), com primazia das normas jurídicas comunitárias sobre a ordem jurídica nacional, conforme a jurisprudência do TJCE, com destaque para o Caso Costa c. Enel”<sup>56</sup>. Nela serão abordados aspectos relevantes da natureza da Comunidade Europeia e de seu ordenamento jurídico, constituído essencialmente de Tratados constitutivos e atos normativos diversos, da interpretação e aplicação deles e do papel de algumas instituições na criação de princípios constitucionais comunitários. Devido ao fato de o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) ter desempenhado papel relevante na construção jurisprudencial garantidora da supremacia do direito na Comunidade Europeia, será igualmente apresentado um rol sensível de princípios do ordenamento comunitário originados dos seus acórdãos.

Através do Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (TCECA) seis países europeus abriram mão, voluntariamente, de parcela de suas soberanias, em benefício de uma autoridade supranacional, dando início ao que se convencionou chamar de direito comunitário. A natureza desse direito implica que suas medidas

---

<sup>51</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 1-2.

<sup>52</sup> Ver mais sobre esse órgão em KOENIG e HARATSCH. *Idem*, p. 7-8.

<sup>53</sup> Ver mais sobre essa Convenção em KOENIG e HARATSCH. *Idem*, p. 8-9.

<sup>54</sup> Em reação ao avanço das Comunidades, sete países-membros da OEEC firmaram a Convenção de Estocolmo, instituindo a EFTA (por sua nomenclatura inglesa), que nunca chegou a converter-se em uma competidora para a Comunidade Europeia. MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 82.

<sup>55</sup> FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>56</sup> CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*, p. 136-137. Caso Costa c. Enel, EuGH, Slg. 1964, p. 1251.

terão efetiva precedência sobre as medidas nacionais. Assim, a Comunidade Européia experimentou a formação de um direito novo, cogente e supranacional, o direito comunitário<sup>57</sup>. Além de tratados, o direito comunitário se manifesta através de regulamentos e diretivas, que são seus principais e preferenciais instrumentos para impor, no caso dos primeiros, ou sugerir, no caso das segundas, normas materiais<sup>58</sup>, embora também tenha se valido de convenções e de outros instrumentos do direito internacional público clássico. No sistema comunitário, a função legislativa recai sobre três instituições, quais sejam o Parlamento, a Comissão (encarregada de proceder o desenvolvimento da normativa comunitária derivada) e o Conselho.

Com a assinatura, um Tratado constitutivo, fonte do direito comunitário, torna-se parte integrante dos sistemas jurídicos dos Estados-membros, cujos tribunais são obrigados a aplicar. O TCECA e os que o seguiram são diretamente aplicáveis, vinculando as instituições comunitárias e os Estados-membros. Dessa forma, o sistema jurisdicional desenhado para a Comunidade Européia, de caráter permanente e legalista, é superior, ao contrário do de caráter mercosulista, por exemplo, que é *ad hoc* e diplomático. Segundo SEITENFUS, a Comunidade criada pelo Tratado “Será independente dos governos pois, ao receber prerrogativas, tornou-se capaz de impor suas decisões e vontade aos Estados”<sup>59</sup>.

Para CASELLA, através da “assinatura dos Tratados constitutivos criou-se novo ordenamento jurídico, direta e necessariamente aplicável em todos os Estados-membros, por meio do qual estes limitaram, voluntariamente, suas respectivas soberanias, efetuando a transferência de determinadas competências jurídicas às autoridades comunitárias”<sup>60</sup>. Para o autor, com o qual se inicia a conceituação desse novo ramo da Ciência Jurídica<sup>61</sup>, o direito comunitário é o “ramo do direito cujo objetivo é o estudo dos Tratados constitutivos da Comunidade Européia, bem como, a evolução jurídica resultante da regulamentação de caráter derivado, combinada com a aplicação jurisprudencial progressiva dos dispositivos desses mesmos Tratados”<sup>62</sup>. Já para FORTE, o novo ramo se constitui no “conjunto de normas vinculantes para as instituições comunitárias e para os Estados-membros, sancionadas principalmente pelos Tratados, e, de outro, como o conjunto de normas contidas em alguns atos qualificados das instituições comunitárias”<sup>63</sup>. Para SEITENFUS e VENTURA, trata-se de “um ente complexo, na medida em que as matérias sob sua mira atinem tanto ao direito público como ao direito privado. Não se trata de mero direito interno dos Estados-membros, mas longe está de constituir um simples braço do direito

---

<sup>57</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 – notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor*, p. 56.

<sup>58</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>59</sup> SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Manual das organizações internacionais*, p. 227.

<sup>60</sup> CASELLA, P. B. *Op. cit.*, p. 307.

<sup>61</sup> FRADERA também assim o considera porque ele tem como centro o homem e releva valores de liberdade, igualdade e solidariedade, o que vem sustentado em análise jurisprudencial, além de dar atenção às liberdades fundamentais, completadas, na sua visão, pela livre concorrência, “que nada mais é do que uma expressão do princípio da igualdade, no sentido de possibilitar a todos o acesso ao mercado em idênticas condições”, mas também porque se sobrepõe aos nacionais. FRADERA, Véra Maria Jacob de. A Jurisprudência Européia como orientadora do novo Direito. In: RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto (Org.). *Mercosur: Unión Europea*, p. 385-387.

<sup>62</sup> CASELLA, P. B. *Op. cit.*, p. 248-249.

<sup>63</sup> FORTE, Umberto. *União Européia: Comunidade Econômica Européia (Direito das Comunidades Europeias e harmonização fiscal)*, p. 31.

internacional, seja este público ou privado. Criação original que espanca princípios clássicos do direito moderno, o direito comunitário é nitidamente um instituto *sui generis*<sup>64</sup>. Por fim, OLIVAR JIMENEZ lembra as suas características, que são a especificidade dessa nova ordem, sua primazia em relação às ordens jurídicas internas e o efeito direto de uma série de disposições<sup>65</sup>.

O objeto do direito comunitário é promover ações de significado econômico, provindas da relação entre os Estados-membros e com Estados-terceiros. Contudo, a Comunidade Européia não é limitada ao setor econômico, mas abrange ações de serviços públicos e compreende outras matérias que tenham influência no tráfego econômico<sup>66</sup>. Em síntese, o direito que é supremo na Comunidade Européia<sup>67</sup>, é ramo que não somente impõe obrigações aos indivíduos, senão que está destinado a conferir-lhes direitos que formam parte de seu patrimônio jurídico. Vista a conceituação, a seguir, far-se-á uma explicitação das fontes primárias e secundárias.

O direito comunitário é formado por um conjunto de normas oriundas dos tratados constitutivos, ou institutivos (direito comunitário originário ou primário), e pelos atos normativos emanados das instituições comunitárias com característica legislativa (direito comunitário derivado ou secundário), que assumem diversas roupagens jurídicas<sup>68</sup>. Pelo fato dos Tratados possuírem aplicabilidade, a maior parte do tópico que segue será centrada nos atos, especialmente regulamentos e diretivas.

O complexo ordenamento comunitário está sustentado em diferentes fontes. O direito primário das Comunidades provém de seus três tratados de fundação, dos Tratados de adesão de novos Estados-membros, bem como dos anexos, protocolos e posteriores modificações e complementações, sobretudo o Ato Único Europeu e o Tratado de Maastricht. Agregam-se a esses os Tratados de Amsterdam e de Nice. Assim, direito comunitário primário é o que está contido nos tratados de fundação dessas organizações e que, para FASTENRATH e MÜLLER-GERBES abrange os tratados entre os Estados-membros<sup>69</sup>, como visto. Esses documentos instituíram um ordenamento jurídico próprio, integrado ao sistema jurídico dos Estados-membros desde a sua entrada em vigor, impondo-se com primazia à jurisdição estatal.

Por direito secundário se compreende aquele oriundo dos órgãos da Comunidade, emanado em função do exercício de competências determinado pelos próprios tratados a esses órgãos, assim especialmente o constado dos instrumentos

---

<sup>64</sup> SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *Introdução ao Direito Internacional Público*, p. 184-185. Sobre a natureza jurídica do direito comunitário, inclusive as teorias que não o conhecem como *sui generis*, ver STELZER, J. *Integração Européia: dimensão supranacional*, p. 116-123.

<sup>65</sup> OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur. In: BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros*, p. 35-48.

<sup>66</sup> FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*, p. 24.

<sup>67</sup> Um estudo sobre a supremacia do direito comunitário na Comunidade Européia frente aos direitos internos dos Estados-membros pode ser visto em JAEGER JUNIOR. No referido, o autor tratou de apresentar que na Comunidade Européia a supremacia do direito reside no direito comunitário, e que vem garantida por instituições comunitárias às quais cabe aplicar e interpretar o ordenamento, cujas normas, no caso da Comissão, e os acordãos, no caso do TJCE, servem a igual propósito. JAEGER JUNIOR, A. *Temas de direito da integração e comunitário*, p. 182-212.

<sup>68</sup> CASELLA, P. B. *Op. cit.*, p. 122.

<sup>69</sup> FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 23.

previstos no artigo 249 TCE, que são os regulamentos, diretivas<sup>70</sup>, decisões, recomendações e pareceres, entre outros<sup>71</sup>. Todos são atos unilaterais ou autoritários, usados na maioria das vezes para tampar as lacunas dos Tratados. Para assegurarem suas aplicações pelos Estados-membros assumem o caráter de normas necessárias e diretamente aplicáveis em todos os Estados-membros, normas essas de caráter supranacional, autônomo e irreversível<sup>72</sup>.

O estudo dessa divisão normativa doutrinária é importante pois o Tribunal, órgão que será visto mais adiante, apresenta processualística diferenciada a cada uma delas. Para STELZER, “Se for direito originário, o TJCE somente poderá interpretar suas regras, mas não controlar a sua legalidade. Por outro lado, em se tratando de direito derivado, o Tribunal das CE, consoante o permissivo do artigo 234 TCE, está habilitado a controlar a legalidade das normas”<sup>73</sup> e a interpretação.

Antes da análise das fontes secundárias, principalmente o regulamento e a diretiva, que vêm na seqüência, vale abrir um espaço para afirmar que tão interessante quanto as classificações vistas é o papel do direito como elemento integracionista. O mais importante meio de integração é o direito.

O papel do direito como elemento integracionista pode ser observado por dois ângulos. O primeiro é o papel das normas em si, no caso as disposições dos Tratados, os regulamentos e as diretivas, principalmente. O segundo é a visão do sistema como um todo, isto é, a presença das instituições, a importância do Tribunal na solução das lacunas jurídicas e na interpretação das regras<sup>74</sup>. Ambas as óticas podem ser ressaltadas para determinar a importante contribuição do direito ao processo de integração comunitário.

No caso deste estudo, de antemão se observará o papel das cinco liberdades econômicas fundamentais para o desenvolvimento do mercado interno. Assim é que ao Mercosul uma proposta de observância de uma quinta liberdade econômica fundamental pode fazer com que o direito sirva para se atingir mais rápido o verdadeiro Mercado Comum do Sul.

---

<sup>70</sup> Entre 1958 e 1980 foram emitidos 42.450 regulamentos e diretivas, dos quais em 1981 estavam em vigor ainda 3.161 regulamentos e 661 diretivas. BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>71</sup> Bem como BISCHOF acrescenta a estes os acordos tidos com terceiros Estados. *Idem*, p. 41. Com o que concordam TAMAMES e LÓPEZ, que por sua vez incluem nessa categoria de atos os acordos da Comunidade Européia com organizações internacionais, a jurisprudência do Tribunal e os princípios gerais do direito, tais como os direitos fundamentais da pessoa e o democrático. Entre muitos, ver essa afirmação em TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mônica. *La Unión Europea*, p. 185-187; RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo. In: *ANUARIO de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 36 e em MATHIJSSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*, p. 422-423. Para SEITENFUS e VENTURA, “De origem jurisprudencial, são também fontes do direito comunitário os princípios que resultam da interpretação continuada dos tratados constitutivos”, motivo pelo qual serão individualmente tratados mais adiante neste estudo. SEITENFUS, R. A. S.; VENTURA, D. de F. L. *Op. cit.*, p. 188.

<sup>72</sup> CASELLA, P. B. *Op. cit.*, p. 256.

<sup>73</sup> STELZER, J. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>74</sup> FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 194.

Mas inicialmente é imperioso observar qual o papel do direito para e na Comunidade Européia<sup>75</sup>, ainda que em linhas gerais. EHLERMANN, em artigo em que fala sobre a Comunidade Européia e o direito, explica como funciona o sistema jurídico da Comunidade e no que ele se diferencia das organizações internacionais e dos Estados em geral, na tentativa de estabelecer em quais desses processos o papel dessa ciência serviu mais e foi mais importante. Segundo o autor, a Comunidade deve sua existência ao direito. É criação do direito<sup>76</sup> e não da economia, como se pode pensar. Esta pode ser o objetivo, mas o regulador e permitidor é o direito.

EHLERMANN também vê a Comunidade como fonte de direito e neste aspecto é onde elenca uma série de problemas e tensões, como por exemplo os tidos pelas diretivas. Apenas poucas regras jurídicas materiais são fixadas pelos Tratados. No mais assumem importância as decisões dos órgãos. Para tanto, a Comunidade desenvolveu já nos primórdios de sua existência uma atividade legislativa admirável. Valeu-se de instrumentos específicos, tais como as diretivas. Essa opção ensejou determinados problemas, especialmente relacionados com a necessidade de transposição, que é uma característica desse modelo de norma. Outros se referem à estrutura federativa da Comunidade<sup>77</sup>.

Outras questões apreciadas pelo autor para explicar o papel do direito tratam da limitação da competência entre a Comunidade e os Estados-membros, da limitação da competência entre os órgãos comunitários, das modalidades de votação dentro dos órgãos, seja unanimidade ou maioria qualificada, da relação do direito comunitário com o direito nacional, bem como da importante questão da aproximação do direito que, para o autor, é uma das mais nobres tarefas da Comunidade<sup>78</sup>.

Também o estudo do papel do direito na Comunidade envolve a interpretação do direito secundário. Nesse campo, EHLERMANN fundamenta cinco questões problemáticas, quais sejam, a pluralidade de línguas<sup>79</sup>, que faz com que uma palavra descreva coisas distintas, a enorme complexidade da legislação comunitária, que não permite uma clarificação, o fato de que quanto mais difícil é a discussão ou negociação, maior é a tentação de vencer antagonismos com compromissos formais, o que, por sua vez, enseja mais legislação, dificuldades relacionadas à natureza federativa, especialmente o poder de bloqueio dos Estados-membros em matérias de competência concorrente e, por fim, a necessidade que as lacunas do direito comunitário têm de serem completadas, especialmente o fato de nem sempre se saber quem deve completá-las, se o direito nacional ou os princípios do direito comunitário<sup>80</sup>. Mas por certo o direito!

---

<sup>75</sup> Ressaltado também pela doutrina do Mercosul em BALBOA, Omar Alberto. *Los procesos de integración y el derecho*, p. 324-325 e em CARVALHO, Evandro Menezes. *A integração econômica e o controle das ajudas estatais: uma evolução do direito da concorrência nos países do Mercosul*, p. 11-16.

<sup>76</sup> EHLERMANN, C.-D. Die Europäische Gemeinschaft und das Recht. In: BÖRNER, Bodo; JAHRREIB, Hermann; STERN, Klaus (Hrsg.). *Einigkeit und Recht und Freiheit: Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag am 14. Dezember 1984*, p. 83.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 85.

<sup>78</sup> *Idem*, p. 86-88.

<sup>79</sup> O pluralismo lingüístico como questão da proteção da identidade cultural é visto em JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, p. 192-193.

<sup>80</sup> EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 89-90.

O papel do direito na construção da Comunidade Européia transcende esta, à primeira vista parcialmente negativa ótica, que vê tensões, conflitos, problemas em geral, problemas na transposição de regras e atinge o fato de ter exatamente servido para regular esta série de questões, ter dado caráter à Comunidade e ter sido a base científica para a definição de conceitos como o de mercado comum, mercado interno, concorrência e ajudas públicas, de empresa comunitária, bem como de tantos outros princípios, apenas para citar alguns exemplos. Em exaltação, lembra LENZ que “O direito comunitário é o que de mais precioso a Comunidade possui”<sup>81</sup>.

Também SCHWARZE, ao se ocupar com a questão, observa que “o direito comunitário europeu desempenhou e ainda desempenha um saliente papel como elemento de construção”<sup>82</sup>. Em seu artigo, ele caracteriza métodos, caminhos e formas que são intrínsecos do direito comunitário e que ajudaram a Comunidade a ter a forma jurídica atual. Assim, o direito comunitário proporcionou uma infra-estrutura e com isso conduziu uma nítida contribuição para a formação e coesão da Comunidade<sup>83</sup>.

Não se trata apenas de uma ordem jurídica à disposição para decidir disputas, mas sobre ela recai uma função instrumental de estabelecimento de condições para a integração. Isto é, não deve servir apenas para a segurança de uma ordem política e econômica, mas também cumprir sua função como instrumento de integração a serviço do desenvolvimento da Comunidade<sup>84</sup>.

Quase em sede de conclusão, SCHWARZE questiona qual papel futuro terá o direito no sistema comunitário. Para ele, será o de garantir a situação jurídica da Comunidade, isto é, a *acquis communautaire*, garantir que a defesa dos direitos fundamentais e dos direitos subjetivos de proteção não recue, o de não se permitir ser alterado em tempos de crise econômica, que a eficácia do direito não se limite a um padrão minimalista ou que a integração não venha a ter um caráter mais estreito determinado pela jurisprudência, que estaria, assim, optando por uma alternativa incorreta e que a Comunidade não renuncie, em fase de reorganização, alargamento ou tempos de antagonismos econômicos ou sociais ao sistemático e controlado papel do direito como instrumento da integração. Uma concepção minimalista do direito, em momentos como esse, para o autor, não ofereceria a necessária proteção para modificações estruturais e aprofundamentos. Tal papel do direito não deve ser roubado<sup>85</sup>. Não é, contudo, atualmente, de se temer um retrocesso.

Uma outra linha de raciocínio seria ressaltar, além do papel do direito em geral, também o específico papel do direito da concorrência<sup>86</sup>. Ainda que na época

---

<sup>81</sup> LENZ, C. O. *Op. cit.*, p. 104.

<sup>82</sup> SCHWARZE, Jürgen. Das Recht als Integrationsinstrument. In: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. *et alli* (Hrsg.). *Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, p. 637.

<sup>83</sup> *Idem*, p. 638-641.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 641-643.

<sup>85</sup> *Idem*, p. 646-650.

<sup>86</sup> Como fazem CARVALHO, E. M. *Op. cit.*, p. 16-21; WAELBROECK, Michel; FRIGNANI, Aldo. *Derecho Europeo de la competencia*, p. 24; von der GROEBEN, H. EG-Wettbewerbsregeln und Wettbewerbspolitik als Instrumente der europäischen Integration. In: *WETTBEWERBSORDNUNG im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft: Festschrift für Gunther Hartmann*, p. 105-122; von der GROEBEN, H. *Die Aufgaben der Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt und in der*



não entendida como uma liberdade econômica fundamental, o TCECA regulamentava a liberdade de concorrência nos artigos 60 a 67. Os artigos 60 a 64 regulamentavam a fixação de preços. Determinações correspondentes ao então TCEE estavam contidas nos artigos 65 a 67 do Tratado. Os artigos 65 e 66 versavam sobre os acordos e concentrações de empresas, enquanto o artigo 67 tratava das infrações às condições de concorrência<sup>87</sup>. A aplicação do TCECA, diferentemente da do TCEE, era independente de afetação sensível do comércio entre os Estados-membros<sup>88</sup>. Para tanto, ele substituiu todas as legislações nacionais relativas à concorrência aplicável ao setor de carvão e aço, o que eliminou os problemas da relação entre normas nacionais e comunitárias<sup>89</sup>. Outra diferença sensível entre o TCECA e o TCEE é que aquele dispunha de regras quanto a concentração de empresas no artigo 66 e este teve inicialmente de desenvolver uma aplicação subsidiária de outros artigos, vindo a contar somente muito tempo depois com uma legislação própria a regular tal fenômeno.

Já o TCEEA não contém disposições específicas no âmbito da concorrência. Para tanto, valem as do hoje TCE. Todavia, no TCEEA há três artigos que se referem marginalmente à concorrência. Nenhuma outra referência se fez com exceção dos artigos 67 a 69 relativos à formação dos preços.

O TCE traz atualmente em seus artigos 81 a 89 a principal normatização concorrencial da Comunidade. As regras dos artigos 81 e 82 são mais severas que as do TCECA, pois elas não prevêem exceção alguma para os casos de abuso de posição dominante, por exemplo. A importante contribuição deste direito ao mercado comum e à integração das economias será deduzida do próprio trabalho aqui apresentado.

---

*Atlantischen Partnerschaft*, p. 1001-1015 e EHLERMANN, C.-D. *The contribution of EC competition policy to the single market*, p. 257-282.

<sup>87</sup> GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine. *Derecho Comercial Europeo*, p. 692-694.

<sup>88</sup> CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, p. 30 e WELBROECK, M.; FRIGNANI, A. *Op. cit.*, p. 146.

<sup>89</sup> Para ALVES, a assinatura do TCE anos após demonstrou uma inversão desta tendência de supranacionalidade. Naquela oportunidade, os Estados-membros não quiseram abdicar de uma parte da soberania. Muitos Estados recém tinham aprovado leis de concorrência. Ademais, o TCECA envolveu apenas um setor com cerca de 400 empresas, no qual foi mais fácil obter uma renúncia às competências soberanas nacionais. ALVES, J. de J. F. *Op. cit.*, p. 22. Ver ainda CAMPELLO, D. *Op. cit.*, p. 140-141. Atualmente, todavia, o processo de europeização parece demonstrar um retorno à inicial tendência, como será visto no segundo capítulo deste estudo.

Demonstrada a relevância do direito para um processo de integração, retorna-se agora à apresentação das fontes secundárias. O direito secundário é produzido pelas instituições da Comunidade dotadas de poder legislativo, tal como o Conselho e a Comissão<sup>90</sup>, e se apresenta primordialmente sob a forma de regulamentos e diretivas.

Os regulamentos são considerados os atos jurídicos mais importantes. Por intermédio desses diplomas legais as instituições podem interferir eficazmente nas ordens nacionais<sup>91</sup>. Assim, uma primeira diferença dos regulamentos para os demais diplomas é que eles possuem caráter geral, são obrigatórios em todos os seus elementos e diretamente aplicáveis, sem a necessidade de qualquer intervenção ou aprovação nacional, em todos os Estados-membros, e os outros obrigam somente destinatários certos e determinados. Isso significa que eles não precisam da colaboração dos órgãos legislativos nacionais, seja esta em forma de transformação, adoção, ratificação, incorporação ou recepção para gozarem de seus efeitos, ou de qualquer outro ato de transposição ou lei de execução<sup>92</sup>. Por obrigatoriedade se entende que as instituições comunitárias podem impor a observância desses diplomas legais. Por fim, a aplicabilidade direta, que será melhor tratada adiante, enquanto princípio do direito comunitário que é, está diretamente ligada ao poder normativo conferido a este novo ramo do direito. O princípio leva em conta que o ato não seja apenas formalmente um regulamento, mas que assim seja também por seu conteúdo material.

É, dito de outra forma, ato que estabelece regra, estipula obrigação ou confere direito a todos os que se incluam na categoria de destinatário que o regulamento fixa. Diferentemente, como se verá, das diretivas, o regulamento é um instrumento rígido de uniformização jurídica.

Um regulamento pode também criar direitos e deveres diretos aos cidadãos. Eles são destinatários dos regulamentos, ao lado dos órgãos comunitários e dos Estados-membros<sup>93</sup>. Os regulamentos criam uma vinculação jurídica direta entre os

---

<sup>90</sup> O artigo 249 determina que o Conselho e a Comissão, para o desempenho de suas atribuições e nos termos do Tratado, adotam regulamentos e diretivas. A divisão interna entre os órgãos para o exercício desta competência legislativa é encontrada nos artigos 202 e 211 TCE. Assim, o Conselho assegura a coordenação das políticas econômicas gerais dos Estados-membros e a Comissão tem a competência em quatro grandes âmbitos, quais sejam o controle da aplicação do direito comunitário primário e secundário, formulação de recomendações e pareceres sobre matérias que são objeto do Tratado, poder de decisão próprio na formação dos atos do Conselho e do Parlamento Europeu e exercício da competência que o Conselho lhe atribua para a execução das regras por ele estabelecidas. De acordo com o artigo 94 TCE, as diretivas para a aproximação das disposições legislativas são adotadas pelo Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão. Assim, a Comissão é que tem o direito de iniciativa na questão da propositura de diretivas deste tipo. Mas o Conselho tem o dever de ouvir o Parlamento Europeu e o Comitê Econômico e Social. Tal procedimento, se não realizado, causa a nulidade da diretiva. Caminho diferente seguem as diretivas destinadas à efetivação do mercado interno, como por exemplo as previstas nos artigos 14 e 95 TCE. Elas podem, segundo o artigo 251 TCE, ser deliberadas pelo Conselho, por maioria qualificada e após parecer do Parlamento Europeu. Uma compreensão básica deste sistema é necessária para o melhor entendimento da terceira parte deste capítulo. BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>91</sup> STELZER, J. *Op. cit.*, p. 105.

<sup>92</sup> Para STELZER, “Em decorrência desta especificidade, o regulamento é equiparado à lei nacional, estabelecendo obrigações ou conferindo direitos a (...) todos sob sua égide. A natureza jurídica do regulamento (...) representa verdadeira *lei européia*”. *Idem*, p. 106. Neste mesmo sentido ver KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>93</sup> ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*, p. 52-53.

cidadãos dos Estados-membros, também<sup>94</sup>. Por tal, eles não são mais exclusivamente sujeitos de direito dos Estados, mas, paralelamente, sujeitos do direito comunitário, isto é, cidadãos comunitários. Isso demonstra aos cidadãos o sensível caráter supranacional do direito comunitário. Por conter um efeito direto, o regulamento autoriza ou obriga indivíduos e pode ser invocado perante tribunais e órgãos da administração nacionais.

Ele tem preferência a uma norma nacional contrária. O direito nacional é inaplicável, se não compatível com o regulamento. A sua aplicabilidade direta torna incompatível o emprego de medidas legais dos Estados-membros a ele contrárias. Também em função dela, todos os Estados são obrigados ao disciplinado nele, a respeitarem o poder de bloqueio e a não tomarem medidas que possam afetar o alcance de tal ato. Leis internas dos Estados, em contrariedade ao disposto em um regulamento, em função da preferência do direito comunitário sobre estas, perdem a aplicabilidade<sup>95</sup>. Ele é, ainda, mais forte que a constituição de um Estado-membro<sup>96</sup>. Esta preferência perante o direito dos Estados-membros foi determinada pelo Caso Costa c. Enel<sup>97</sup>.

Por fim, contém uma validade geral. Esta característica o diferencia das sentenças, por exemplo, pois estas somente possuem validade individual. Ele, por sua vez, regula geral e abstratamente um indefinido número de matérias, motivo pelo qual tem qualidade de regra jurídica<sup>98</sup>. Perante uma lei, a diferença que pode ser apontada ao regulamento é que ele não advém de um parlamento, mas, na visão alemã, de um Conselho não diretamente democraticamente legitimado<sup>99</sup>.

O segundo mais importante instrumento comunitário de direito secundário é a diretiva. A sua concepção encontra-se no artigo 249, n. 3 TCE. Trata-se do mais interessante instrumento da Comunidade<sup>100</sup>. A diretiva é ato emitido pelo Conselho ou pela Comissão que vincula os Estados-membros quanto ao resultado a ser alcançado. Deixa, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios de implementação do seu conteúdo no ordenamento interno.

Como se observou, o regulamento busca uma uniformização jurídica. As diretivas, por sua vez, são mais flexíveis, e buscam apenas uma espécie de harmonização comunitária das várias legislações dos Estados-membros, promovendo uma aproximação legislativa<sup>101</sup>. Não é, como os regulamentos, diretamente aplicável, conforme se lê no artigo 249 TCE, necessitando, pois, de transposição.

---

<sup>94</sup> BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 45.

<sup>95</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>96</sup> Caso Leonasio c. Ministério da Agricultura e Assuntos Florestais Italiano, EuGH, Slg. 1972, p. 287.

<sup>97</sup> Caso Costa c. Enel, EuGH, Slg. 1964, p. 1251.

<sup>98</sup> BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 43.

<sup>99</sup> *Idem*, p. 44. Tal argumentação pode ser vista no Caso Maastricht, do Tribunal Constitucional Federal alemão, onde contrariedades constitucionais dos tratados da Comunidade com o pensamento alemão serviram para a condução de queixas judiciais contra as determinações deles. Caso Maastricht, Coletânea Oficial do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts*) n. 89, a. 1993, p. 155 e seguintes.

<sup>100</sup> BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>101</sup> Por todas estas características, que são mais maleáveis que as dos regulamentos, mas, sobretudo, pela identificação das diretivas com o propósito de harmonização, entre outros processos que poderiam ter sido preferidos, é que se julga ter o Conselho acertadamente optado pela elaboração de uma diretiva em vários aspectos a harmonizar. Sobre uma confusão até mesmo nos Tratados em relação às técnicas

Nesse caso, os governos nacionais podem escolher o método de aplicação, forma e meios de implementação do seu conteúdo no ordenamento interno. São leis flexíveis, espécies de leis-objeto, cuja incorporação nos ordenamentos nacionais é relativa quanto ao instrumento e obrigatória quanto ao objetivo<sup>102</sup> para os Estados-membros. Esse mecanismo concede ao legislador nacional um certo espaço de tempo quando da transformação em norma interna do assunto nela disposto.

Ao deixar aos Estados-membros a escolha das formas e dos meios de implementação no seu território, os Tratados entenderam que estes estão mais capacitados a decidir pela melhor maneira de conciliar as questões comunitárias com as nacionais<sup>103</sup>. Na verdade, essa faculdade de escolha da forma e meio de implementação, que foi limitada pelo Tribunal com a imposição de duas observações, quais sejam, a de que a forma e o meio escolhidos devem ser os mais próprios para a garantia do efeito útil da diretiva e as normas devem corresponder às utilizadas até então para o trato das correspondentes matérias<sup>104</sup>, fez com que os Estados-membros

---

em geral ver MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 61, nota 52. Em muitas situações, a utilização do ato de direito comunitário configurado como diretiva na busca de uma harmonização de normas protetivas do consumidor, foi estratégia e decisão do Conselho acertadas. Extensa lista de diretivas comunitárias no âmbito da proteção ao consumidor pode ser vista em BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 16 e 120. Em verdade, observa-se uma opção do legislador comunitário por um documento com características de uma diretiva por considerar que ela apresenta a melhor maneira de harmonização de um tema na busca de uma segurança mínima em escala europeia. Por exemplo, o papel da diretiva na regulamentação da proteção ao consumidor se limita a estabelecer um mínimo indispensável de regras materiais, desde que suficiente para proteger o consumidor. Assim a publicação oficial COMUNIDADES Europeias: Comissão. *Os direitos dos consumidores no mercado comum*, p. 7. Um detalhado estudo sobre a Diretiva n. 85/374/CEE do Conselho em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos pode ser visto em JAEGER JUNIOR. Nele, o autor aborda os motivos que levaram o Conselho da então Comunidade Econômica Europeia a optar por uma diretiva com vistas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros. Três são os grandes objetivos da Diretiva que podem ser apontados: o primeiro deles é o de aproximar as legislações dos Estados-membros, através da técnica da harmonização. Este propósito está proximamente ligado à emissão de diretivas em geral. O segundo objetivo é o de assegurar um elevado grau de proteção aos consumidores comunitários e, por fim, fica evidente que a Diretiva ainda pretendeu reduzir as disparidades legislativas fundadas em ordenamentos nacionais próprios e distintos entre si em matérias tão importantes. JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 213-257. Esta qualidade de técnica de legislação que a diretiva apresenta foi outro fator que pesou na sua escolha pelo Conselho. Segundo MARQUES, este caráter minimal garante um mínimo de segurança e adequação dos serviços e produtos, nacionais ou importados, comercializados nos mercados abertos de hoje, nunca patamares máximos. Para a autora, “A legislação europeia nunca tentou ser geral, sempre foi tópica e parcial, hoje é mesmo um patamar mínimo para os países”. MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 55-62. Até para preservar os casos em que as normas nacionais são mais protetivas, e se trata de uma válvula de escape dos conflitos pós-modernos. MARQUES, C. L. *A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo*, p. 20. Para conhecer os conflitos pós-modernos nesta área ver JAYME, E. *Op. cit.*, p. 9-268.

<sup>102</sup> MARQUES, C. L. *A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral*, p. 705.

<sup>103</sup> Segundo a lição de STELZER, “Por forma entendam-se as técnicas legislativas, regulamentares ou administrativas concernentes a cada Estado-membro das CE. O meio, por sua vez, significa quais as instituições suscetíveis de implementar o objetivo delineado na diretiva”. STELZER, J. *Op. cit.*, p. 110.

<sup>104</sup> A transposição deve ser suficiente para assegurar a segurança e clareza do direito. Para tanto são necessárias normas internas vinculativas. Não se trata de efetiva transposição a realizada por mera medida administrativa nacional que possa ser a qualquer momento modificada. O Tribunal exige uma transposição não duvidosa, para o que geralmente se precisa de uma lei material. KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 99.

apresentassem variações sensíveis, atitudes muito diferentes entre si no processo de consolidação das leis da Comunidade.

A análise desse instrumento normativo envolve a questão da transposição<sup>105</sup>, muito embora presente, em certas condições, segundo jurisprudência do Tribunal, o efeito direto<sup>106</sup>. A transposição pode se dar por diversas maneiras. O Estado-membro, desde que não esteja atrelado a algum mecanismo em específico por seu ordenamento interno, pode decidir entre decreto do executivo, lei do parlamento, medidas práticas da administração federal ou estatal, etc.<sup>107</sup>. O mais comum para esclarecer esse processo é dizer que a diretiva é um instrumento afeto a dois níveis. Primeiro é emitida e depois os Estados-membros aos quais ela é dirigida devem transpô-la. As mesmas só dispõem de aplicabilidade direta quando os Estados-membros não promoverem a transformação no prazo estipulado<sup>108</sup> e se os seus termos forem suficientemente precisos e imperativos<sup>109</sup>.

Um outro efeito que as diretivas comportam, ademais do de transposição, é o dirigido aos órgãos judiciais nacionais. Segundo este, os tribunais são obrigados a uma interpretação do direito nacional em conformidade com o direito comunitário, isto é, no caso, conforme a diretiva<sup>110</sup>.

Por fim, é de se acrescentar que o grau de detalhamento de uma diretiva também é um mecanismo de limitação da liberdade dos Estados-membros, já que a obrigação de transposição, nessas hipóteses, entende-se como uma transcrição da diretiva. Se a regra disciplinada na diretiva for detalhada, os Estados-membros devem

---

<sup>105</sup> CASELLA, P. B. *Op. cit.*, p. 134. Como as diretivas não contêm normas exclusivas, elas oferecem aos Estados, por ocasião da transposição em direito interno, uma margem de decisão, com limites máximos e mínimos para a disposição interna conter, dentro dos quais os Estados devem promover todas as medidas adicionais que sejam necessárias para o atingimento dos objetivos propostos. BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>106</sup> MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Op. cit.*, p. 399.

<sup>107</sup> MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 705. A título de exemplo, a inclusão de disposição no Código Civil é uma das formas de transposição das diretivas, cuja opção, como visto, é do Estado-membro. A Itália, por exemplo, para a transposição de diretivas relacionadas ao consumidor optou por modificar pontualmente a parte especial de seu *Codice Civile* em matérias de direito do consumidor. A França preferiu organizar o *Code de la Consommation*. A Alemanha optou, entre outras medidas, por incluir na parte geral de seu código de 1896, entre os sujeitos de direito (da pós-modernidade) o consumidor e o empresário/fornecedor. Assim, segundo MARQUES, as relações de consumo são desde junho de 2000 direito civil geral na Alemanha. MARQUES, C. L. *Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 – notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor*, p. 76-77.

<sup>108</sup> As diretivas contêm um prazo, dentro do qual devem ser transpostas pelos Estados-membros em direito interno, sendo que este deve ser criado, modificado ou removido, conforme a necessidade. Eles não podem alegar determinações, práticas ou circunstâncias internas para o não-cumprimento desta obrigação. Caso Comissão c. Bélgica, EuGH, Slg. 1988, p. 3271, apartado 7.

<sup>109</sup> MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Op. cit.*, p. 402.

<sup>110</sup> GEBAUER, Martin. *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts: Eine Untersuchung nationaler Ansätze unter Berücksichtigung des italienischen und des deutschen Rechts*, p. 179-201; GRUNDMANN, Stefan. *Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts – insbesondere: der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze?*, p. 399-424; EHRICKE, Ulrich. *Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts vor Ende der Umsetzungsfrist einer Richtlinie*, p. 553-559; PFEIFFER, Thomas. *Richtlinienkonforme Auslegung im Privatrecht*, p. 171-194 e MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Op. cit.*, p. 415-420.

diretamente observar a norma. Então, a liberdade de decisão que os Estados-membros possuem se reduz a um “dever de perfeita transcrição”<sup>111</sup>.

Em síntese, os regulamentos são atos jurídicos primordiais, que prevalecem sobre todos os demais. Já as diretivas, também são obrigatórias, mas somente se aplicam aos Estados-membros aos quais sejam destinadas e deixam a eles margem de escolha quanto à forma e modo de implementarem os objetivos nelas determinados. Em algumas situações assumem aplicabilidade direta, especialmente se o conteúdo se apresentar de forma clara e incondicionada, quando favoreça um cidadão, haja expirado o prazo de transposição ou esta tenha se dado de maneira ilegal, assumindo, assim, por obra do Tribunal, natureza jurídica igual a dos regulamentos.

Em verdade, quanto aos efeitos, as diretivas recebem as mais variadas considerações. Vale lembrar que as diretivas da Comunidade são dirigidas aos Estados-membros. Mesmo assim, a presença cada vez mais constante de diretivas detalhadas ensejou o surgimento de três questões: se podem tais diretivas criar direitos dos cidadãos contra o Estado, criar deveres dos cidadãos perante o Estado<sup>112</sup> e se podem criar direitos e deveres entre os cidadãos<sup>113</sup>. Em síntese, a questão gira em torno de saber se as diretivas encontram aplicabilidade direta e efeito direto. O tema é extremamente importante e tem sido discutido acirradamente<sup>114</sup>.

Vale referir que a mais vibrante questão refere-se ao efeito direto horizontal das diretivas, isto é, aos deveres e direitos dos cidadãos entre si<sup>115</sup>. A doutrina diz que uma diretiva que cria obrigações individuais também é empregada na relação horizontal entre indivíduos<sup>116</sup>. Ainda, quando uma diretiva possui um âmbito de decisão completamente limitado, ela tem aplicabilidade direta e não precisa de transposição, nem em relação às obrigações criadas. Nesse sentido, cidadãos comunitários poderiam, entre si, invocar aplicabilidade direta de diretiva detalhada<sup>117</sup>. Mas o Tribunal negou um efeito horizontal<sup>118</sup>. A regra, que comporta exceções<sup>119</sup>, é que ele não existe<sup>120</sup>.

---

<sup>111</sup> ARNDT, H.-W. *Op. cit.*, p. 54. Para BISCHOF, a prática nesta questão mostra que a intenção do criador dos Tratados em muitos casos não é observada. As matérias tratadas pelas diretivas são complexas e numerosas, o que faz com que as destinadas à aproximação de normas para o funcionamento do mercado comum necessitem ser detalhadas, o que, segundo o autor, representa um desenvolvimento do direito contrário à intenção original da íntegra do artigo 249 TCE. Para ilustração, BISCHOF citou quatro exemplos envolvendo diretivas detalhadas, entre os quais a demanda da Comissão c. Dinamarca, EuGH Slg. 1987, p. 4069, fundada nas Diretivas n. 67/548 e n. 79/831. BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 50-51.

<sup>112</sup> JARASS, Hans D.; BELJIN, Saša. *Grenzen der Privatbelastung durch unmittelbar wirkende Richtlinien*, p. 725-736.

<sup>113</sup> BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 53 e MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Op. cit.*, p. 403-410.

<sup>114</sup> Pode ser conferido em JARASS, H. D.; BELJIN, S. *Op. cit.*, p. 714-737, que apresenta julgamentos do Tribunal de 2004; ARNDT, H.-W. *Op. cit.*, p. 55-57; BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 53-56; BLECKMANN, Albert. *Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der EG-Richtlinien*, p. 774; KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 99-100 e em REICH, Norbert. *Binnenmarkt als Rechtsbegriff*, p. 209-210.

<sup>115</sup> JAYME, E. *Haustürgeschäfte deutscher Urlauber in Spanien: Horizontale Wirkungen der EG-Richtlinien und internationales Vertragsrecht*, p. 220-222; JAYME, E. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, p. 83-84; BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 56 e MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Op. cit.*, p. 410-412.

<sup>116</sup> BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>117</sup> BLECKMANN, A. *Op. cit.*, p. 774 e BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>118</sup> No que foi apoiado em JAYME, E. *Op. cit.*, p. 84.

Todavia, desenvolveu um outro caminho, no qual criou uma pretensão de indenização baseada no direito comunitário a favor do envolvido e contra o Estado moroso<sup>121</sup>. É de se ressaltar que este é, também, um argumento contra a extensão do efeito horizontal às diretivas entre os cidadãos. Além deste, a argumentação do Tribunal é no sentido de que, segundo o artigo 249 TCE, as diretivas somente vinculam os Estados-membros aos quais são dirigidas. E uma terceira a ser lembrada é que se tal efeito quisesse ser estendido, o órgão comunitário teria optado por um regulamento, este sim, obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-membros.

Em síntese, um efeito direto entre privados, isto é, um efeito direto horizontal de diretivas, foi negado. Para o Tribunal, não pode a diretiva criar direitos perante outros particulares, apenas perante os Estados, e ainda reforçou que às obrigações, neste sentido, servem os regulamentos. Outro fundamento de que não haja efeitos entre particulares é que um não pode ser castigado e o outro beneficiado, o que seria o resultado de dar direitos a uma parte e impor obrigações a outra<sup>122</sup>.

Por fim, uma correta transposição de diretivas pelos Estados-membros é condição para o controle e eliminação das práticas restritivas da concorrência. O movimento de construção jurídica do processo de integração não fica completo sem isso ser observado. Os prejuízos oriundos dessa deficiência também foram causa da origem de uma pretensão de indenização contra diretiva não transposta ou de defeituosa transposição.

A questão da pretensão de responsabilidade estatal por ato contrário ao direito comunitário vem tratada mais a seguir como princípio comunitário desenvolvido pelo Tribunal. Todavia, o assunto tem uma vinculação inafastável com as diretivas, pois foi numa delas que o caso que deu origem ao princípio foi apoiado<sup>123</sup>. Resumindo, tomando em conta que o tema será aprofundado, o Tribunal determinou uma interpretação do direito nacional em função das diretivas, não permitiu nenhum efeito horizontal das mesmas, mas determinou indenização contra os Estados pela não-transposição adequada<sup>124</sup> ou dentro do prazo<sup>125</sup>.

Além de regulamentos e diretivas, o artigo 249 TCE prevê outros instrumentos. Assim, o Parlamento Europeu e o Conselho em conjunto, bem como o

---

<sup>119</sup> JARASS, H. D.; BELJIN, S. *Op. cit.*, p. 722-725.

<sup>120</sup> *Idem*, p. 721-722.

<sup>121</sup> HAILBRONNER, Kay. *Staatshaftung bei säumiger Umsetzung von EG-Richtlinien*, p. 284-289.

<sup>122</sup> Ver CLASSEN, Claus Dieter. *Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen*, p. 83-87; GUNDEL, Jörg. *Neue Grenzlinien für die Direktwirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien unter Privaten*, p. 143-149; MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo. *Efecto directo limitado de las Directivas: alcance y significado – En qué medida los particulares pueden sufrir perjuicios derivados de una Directiva?*, p. 37-61 e RICHTER, Stefan. *Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien zu Lasten Einzelner*, p. 394-405.

<sup>123</sup> Caso Francovich, EuGH, Slg. 1991, p. I-5357, apartado 38 e seguintes.

<sup>124</sup> Mais sobre o assunto pode ser encontrado em KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>125</sup> Mais sobre o assunto pode ser encontrado em BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 61-67.

Conselho e a Comissão sozinhos podem prolatar decisões, promover recomendações, oferecer pareceres e comunicações<sup>126</sup>.

Para a execução dos atos, a Comissão pode recorrer ao Tribunal. Também os indivíduos podem, perante os tribunais nacionais, invocar o efeito direto de uma diretiva ou decisão dirigida aos Estados-membros, sem falar na pretensão de indenização já comentada. O direito comunitário primário escrito contém poucas regras para a direta execução do direito comunitário, como por exemplo, a necessidade das sentenças serem fundamentadas<sup>127</sup>. Também o direito comunitário secundário trata só esporadicamente<sup>128</sup> da execução, por exemplo, através do pioneiro Regulamento n. 17/62 ou de seu sucessor Regulamento n. 1/2003, no âmbito do direito da concorrência. E para a colmatação dessas lacunas o Tribunal desenvolveu princípios gerais do direito, que serão vistos logo a seguir, após o estudo dos órgãos comunitários de aplicação do direito.

### 1.1.c) Órgãos comunitários

Uma vez estudados os principais atos normativos da ordem jurídica comunitária, passar-se-á à disposição dos órgãos comunitários. Na Comunidade Européia, quatro órgãos podem ser designados de instituições<sup>129</sup>, quais sejam a

---

<sup>126</sup> Uma decisão da Comissão retrata as novas opções dela e pode até vir avante ao desenvolvimento jurisprudencial. A decisão é um ato único, dirigida a um Estado-membro ou a uma pessoa natural ou jurídica, ou aos Estados-membros e instituições, isto é, aos destinatários que ela designar, para os quais todas as suas partes têm caráter vinculativo. Para o cumprimento de seus efeitos não é exigido nenhum ato de transposição adicional. Possui validade individual. Por isso as pessoas a quem ela é dirigida devem ser expressamente nominadas ou individualizáveis. A decisão é um ato comum em direito da concorrência e neste âmbito tem significativa importância. As recomendações são atos que não vinculam. Possuem, na maioria das vezes, função política ou de apelação. Surgem pela iniciativa dos órgãos da Comunidade. Sugerem comportamentos a serem observados, mas sem obrigatoriedade jurídica. Algo que pode ser entendido como conselhos. Os pareceres, assim como as recomendações, são atos que não vinculam. Também possuem, na maioria das vezes, mera função política ou de apelação. Com grande frequência a Comunidade é solicitada a oferecer um parecer. Apesar de não serem vinculativos, recomendações e pareceres nem por isso são irrelevantes. Os Estados têm o dever de levar tais instrumentos em consideração quando da interpretação de normas internas, especialmente a feita pelos tribunais nacionais. As comunicações não possuem o caráter de norma jurídica, já que com elas não é objetivada nenhuma produção de regras. No caso do direito comunitário da concorrência, por exemplo, onde são instrumentos muito utilizados, servem para informar as empresas da posição jurídica da Comissão em determinado momento. Têm, ainda, a função de auxiliar na interpretação das normas e mesmo de regulamentos. O catálogo do artigo 249 não é exaustivo. Além dos atos formais que os órgãos da Comunidade podem promulgar lá disciplinados, há uma lista de atos jurídicos de outros tipos. Neles se incluem as comunicações de programas, exposição de motivos e atos para a regulação das relações com terceiros Estados e organizações internacionais. Ainda devem ser mencionados atos de efeito interno e atos de efeito externo. Dentre estas categorias são encontrados determinações e despachos e deliberações e resoluções. Afora estes, há os atos para o exercício do poder administrativo. Assim, cada órgão tem a autorização de emitir ordens de serviço, estatutos pessoais ou normas processuais. Segundo a disciplina do Tratado de Nice para o artigo 10 TCE, o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão podem acordar convênios interinstitucionais, o que depende, claro, da concordância dos três órgãos. Mais informações podem ser obtidas em KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 102-103; BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 68; BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 122-124 e em TESAURO, G. *Op. cit.*, p. 154-159.

<sup>127</sup> FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 194.

<sup>128</sup> *Idem*, p. 194.

<sup>129</sup> Para STELZER, “uma instituição distingue-se dos outros órgãos comunitários em virtude de poder tomar decisões obrigatórias para os Estados-membros, para as suas próprias instituições e para as



Comissão, o Conselho, o Parlamento e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. A estas estruturas institucionais compete zelar pela efetivação dos princípios acordados. Entre eles, destacam-se dois, com especial pertinência a este estudo, assim a Comissão e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

A Comissão encontra-se regulada pelos artigos 211 a 219 TCE. É órgão integrado por nacionais dos Estados-membros que, ao mesmo tempo, são pessoas independentes que não se reportam aos seus governos.

À Comissão compete a função executiva e a iniciativa normativa<sup>130</sup>. Entre suas competências encontram-se as de iniciar e impulsionar a política comunitária, velar para que as disposições dos Tratados e os princípios do mercado comum sejam cumpridos, “dá a conhecida expressão de ser guardião dos Tratados”<sup>131</sup>, e executar o direito comunitário. Com a atribuição de atuar como verdadeira guardião dos Tratados e da ordem jurídica comunitária, a Comissão zela pela boa aplicação das disposições dos Tratados, bem como das decisões das instituições comunitárias. À Comissão compete, ainda, verificar as suspeitas do incumprimento das obrigações impostas aos Estados-membros, e, no caso de confirmar, sua comunicação poderá implicar num processo perante o Tribunal<sup>132</sup>.

Por fim, para o atingimento dos objetivos, a Comissão tem o direito de recolher informações, aplicar sanções e agir sobre os Estados-membros, as instituições comunitárias e os particulares, consoante o disposto no artigo 213 TCE.

Por outro lado, a criação da Comunidade fez nascer um direito novo, autônomo, chamado de comunitário, que goza de primazia e por tal é supremo na sua relação com o direito nacional, que vem subdividido em originário e derivado, como visto. Esse ordenamento necessita ser uniformemente compreendido por todos os Estados-membros. Para tanto, uma jurisdição especializada foi encarregada de ser a última instância para determinar a correta interpretação e aplicação do Tratado, tendo se tornado base da edificação do direito comunitário. Essa jurisdição é o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o segundo importante órgão comunitário tratado aqui.

Ele desempenha o controle, na condição de guardião da interpretação e aplicação, tanto dos Tratados constitutivos quanto do direito derivado. Assim, o artigo 220 TCE, da regulamentação que se prolonga até o artigo 245, estipula a condição do

---

peças físicas e jurídicas”. STELZER, J. *Op. cit.*, p. 36. Ver também MATHIJSEN, P. S. F. R. *Op. cit.*, p. 27-28.

<sup>130</sup> Para OLIVEIRA, por ser “Considerada o motor da política da União, tornou-se conhecida como o ponto nevrálgico da vida comunitária, porque desse Órgão partem as iniciativas legislativas e sobre seu corpo funcional recaem as atividades de controle da União Europeia”. OLIVEIRA, O. M. de. *Op. cit.*, p. 153. Sobre a competência de iniciativa legislativa do órgão ver NASS, Klaus Otto. Eine Institution im Wandel: Die Europäische Kommission. In: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag*, p. 411-432.

<sup>131</sup> OLIVEIRA, O. M. de. *Op. cit.*, p. 160.

<sup>132</sup> Qualquer pessoa pode pôr em causa um Estado-membro, apresentando uma denúncia junto à Comissão relativa a uma medida ou uma prática imputáveis a um Estado-membro que considere contrária a uma disposição ou a um princípio do direito comunitário, através de formulário disponível na internet para ser imprimido, preenchido e fundamentado, que não é de uso obrigatório, no endereço [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/lexcomm/index\\_pt.htm](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/lexcomm/index_pt.htm), por simples carta para a Comissão, ou por entrega pessoal.

Tribunal como garantidor do respeito do direito na interpretação e aplicação do ordenamento. Com suas decisões, “vai estruturando o *corpus* do direito comunitário europeu”<sup>133</sup>, aplicável, entre outros, aos Estados-membros e aos particulares. Faz ser respeitado o conjunto normativo compreendido no direito comunitário, até mesmo no que tange à aplicação interpretativa uniforme por parte das jurisdições nacionais.

Seu papel é tão importante<sup>134</sup> que não se limitou a interpretar e aplicar as disposições do direito comunitário, vindo a definir e impor um conjunto de princípios fundamentais, que, na visão de CAMPOS, “permitiram edificar uma verdadeira ordem jurídica comum aos Estados da Comunidade”<sup>135</sup>, criando mesmo um certo federalismo jurídico europeu. Ainda para o autor, algumas das decisões deste órgão com sede em Luxemburgo têm força executória nos territórios dos Estados-membros. Como jurisdição constitucional, garante o integral respeito das regras dos Tratados de Paris e Roma, bem como na condição de responsável pela interpretação e aplicação uniformes do direito comunitário assegura a unidade do *corpus juris* comunitário<sup>136</sup>.

Como já afirmado, sua jurisprudência é fonte do direito comunitário<sup>137</sup>, e é ela quem garante a uniformidade desse direito e da vigência e aplicação. O órgão, em si, tem competência tão ampla que chega ao ponto de abranger todos os domínios onde a intervenção dos tribunais de qualquer Estado-membro possa afetar, de qualquer modo, o funcionamento da Comunidade.

Para o exercício das competências lhe conferidas, foram instituídas diversas formas de processo, que a legislação distingue entre comum e especiais. As espécies de ações são a por incumprimento, o recurso de anulação, a por omissão, a fundada na responsabilidade civil e o recurso ordinário<sup>138</sup>. Ainda haveria que se tratar do Tribunal de Primeira Instância, mas o espaço não permite<sup>139</sup>.

---

<sup>133</sup> CASELLA, P. B. *Op. cit.*, p. 119.

<sup>134</sup> O papel do Tribunal é ressaltado na doutrina em STOFFEL VALLOTTON, N. El Tribunal de Justicia como órgano de impulso de la Unión Europea. In: PÉREZ GONZÁLES, Manuel *et alli*. *Desafíos del Mercosur*, p. 25-42 e em TOTH, A. G. *The Authority of Judgments of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects*, p. 1-77.

<sup>135</sup> CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário*, p. 300, v. 1.

<sup>136</sup> *Idem*, p. 307.

<sup>137</sup> FRADERA afirma, sem temor de errar, que o direito comunitário é, em grande parte, um produto jurisprudencial. Este trabalho criador seria de extrema riqueza. A eficiência da jurisprudência seria sensível em campos como interpretação dos objetivos da Comunidade e criação do direito. Sobre a importância do TJCE e o papel de uma jurisprudência européia criadora na elaboração e interpretação de um direito novo, *sui generis*, ver FRADERA, V. M. J. de. *Op. cit.*, p. 383-396.

<sup>138</sup> SAMTLEBEM, Jürgen. A solução de controvérsias na União Européia e no Mercosul. In: HOFMEISTER, Wilhelm; TREIN, Franklin. *Anuário Brasil-Europa 2002: solução de controvérsias, arbitragem comercial e propriedade intelectual*, p. 70-74. Sobre o recurso por incumprimento ver SILVA, Karine de Souza. O recurso contra os Estados-membros da Comunidade Européia por violação ao direito supranacional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Direito Internacional e da Integração*, p. 492-496.

<sup>139</sup> Resumindo, vale dizer que ele foi instituído em 24 de outubro de 1988, com base em aprovação que se deu no Ato Único Europeu. Este tribunal tem sua origem na necessidade de solucionar o problema do aumento progressivo das demandas ajuizadas no Tribunal, causado pelo alargamento da Comunidade, ampliação das competências do Tribunal e pela crescente inclinação dos tribunais nacionais e dos sujeitos de direito comunitário em geral para recorrer a ele, especialmente em questões como função pública européia e temas de concorrência. Observa CACHAPUZ DE MEDEIROS que a partir da metade da década de 80, o número de processos chegou a quatrocentos por ano. Outra referência para dimensionar o problema é o número de quase 9 mil processos julgados até o final dos anos 90. CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *Op. cit.*, p. 165. Contudo, o Tribunal poderá revisar suas

Concluindo esta seção, viu-se que de acordo com o Tratado, o Tribunal garante o respeito do direito na aplicação do ordenamento comunitário e que a jurisprudência do referido órgão supranacional veio a se constituir em uma importante fonte do direito comunitário, motivo pelo qual será analisada na seqüência.

Em verdade, desde a fase inicial da integração é sentida a importância do Tribunal, especialmente pela imposição às jurisdições nacionais dos princípios da primazia, da aplicabilidade direta e pela uniformidade de interpretação e apreciação da validade das normas. Com isso ele exerceu uma notável influência no processo, tendo inclusive contribuído para o equilíbrio no plano institucional, quanto às relações entre o Conselho, a Comissão e o Parlamento Europeu<sup>140</sup>. Outra contribuição sentida é a que apresentou no trabalho de colmatar as lacunas das regras das liberdades fundamentais e da liberdade de concorrência<sup>141</sup>. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal contribuiu fundamentalmente para a concretização jurídica dos institutos do direito comunitário<sup>142</sup>.

O contributo da jurisprudência também pode ser medido pelos seus exemplos. Uma específica importância de um tribunal supranacional pode ser sentida na rica e abundante jurisprudência em matéria de direito da concorrência<sup>143</sup>. Pelo trabalho da jurisprudência, ao examinar e decidir acerca dos casos concretos que lhe são apresentados, o direito comunitário passou a tomar formas claras e definidas. Para

---

decisões, e por tal se observa haver, no caso, uma dupla instância na Comunidade Européia. Da mesma forma que o Tribunal, tem sua sede em Luxemburgo. A essa nova jurisdição estão afetas certas categorias de recursos interpostos por pessoas físicas ou jurídicas, sem prejuízo de recurso ao Tribunal, como visto. Mais sobre o Tribunal de Primeira Instância e sobre a intervenção de juizes especializados e a criação de tribunais comunitários autônomos, os quais se denominam salas jurisdicionais, para conhecer, em primeira instância determinadas categorias de recursos interpostos em matérias específicas, ver em MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Op. cit.*, p. 216-223; em CRAIG, Paul; de BÚRCA, Gráinne. *EU law: text, cases, and materials*, p. 90-93 e em BALLARINO, T. *Op. cit.*, p. 63-66. Esta novidade da possibilidade de formação de câmaras para determinadas categorias de pedidos, segundo o artigo 225 a TCE, quanto aos reflexos no trato de questões envolvendo o direito da concorrência, foi reportada em WEITBRECHT, Andreas. *Rechtsschutz in Wettbewerbssachen durch das Gericht erster Instanz*, p. 124-127.

<sup>140</sup> SANTOS, Nildo Nery dos. Direito Comunitário – 45 anos. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (Coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional*, p. 94.

<sup>141</sup> Sobre o TJCE ter desenvolvido princípios gerais do direito para completar as lacunas remanescentes, ver FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 194.

<sup>142</sup> Ver esta contribuição em FRADERA, V. M. J. de. *Op. cit.*, p. 383-396; em RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. Die Bedeutung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für die Errichtung des Binnenmarktes. In: SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). *Unverfälschter Wettbewerb für Arzneimittel im europäischen Binnenmarkt*, p. 9-21 e em LENZ, C. O. *Op. cit.*, p. 103-105.

<sup>143</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, p. 100. Mais sobre o papel da jurisprudência nas questões de direito da concorrência pode ser visto em WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A. *Op. cit.*, p. 520-521; PAPPALARDO, Aurelio. Der Europäische Gerichtshof auf der Suche nach einem Kriterium für die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf staatliche Maßnahmen. In: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). *Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag*, p. 303-314; BÖRNER, Bodo. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Gemeinschaften zur Bedeutung der allgemeinen Ziele der Europäischen Verträge für den Wettbewerb. In: *MISCELLANEA W. J. Ganshof van der Meersch*, p. 29-56 e em EVERLING, Ulrich. *Zur Wettbewerbskonzeption in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften*, p. 995-1009.

tanto, basta referir que a doutrina dos efeitos, o critério do investidor privado e a teoria de que a mera potencialidade da afetação é suficiente para a existência de infração são todas construções jurisprudenciais de grande relevância para o direito comunitário. Vê-se, ainda, que a sua jurisprudência produziu um importante grupo de sentenças dedicado à definição da noção comunitária de empresa<sup>144</sup>. Ademais, elaborou uma rigorosa e corajosa<sup>145</sup> jurisprudência que limitou a capacidade dos Estados-membros de adotarem medidas protecionistas contra as liberdades fundamentais. E tudo isso sem ter a Comunidade adotado o sistema da *common law*<sup>146</sup>. Finalizando, o papel do TJCE também pode ser pensado através de sua importância para a integração negativa<sup>147</sup>, isto é, a integração que ocorre por meio do processo de desregulamentação.

Quem também desempenhou um relevante papel, que deve ser mencionado, foram as cortes nacionais<sup>148</sup>. Além das autoridades locais de concorrência, as cortes nacionais empregam diretamente as normas de defesa da concorrência, para citar o tema aqui mormente trabalhado. A execução das regras está limitada àquelas regras com aplicabilidade direta, como os artigos 81, agora em sua totalidade, e 82, assim como os artigos 86, n. 1, e 88, n. 3 TCE. Os procedimentos e requisitos a serem seguidos perante os tribunais nacionais determinam-se pelas leis nacionais. Como será visto, a aplicação do direito de defesa da concorrência pelos órgãos administrativos e judiciários nacionais vem adquirindo cada vez mais importância, devido, principalmente, à quantidade excessiva de serviço tido pela Comissão, fato sempre apontado como ensejador das reformas ocorridas. As cortes tiveram uma importante função na aplicação das regras da concorrência, seja pela descentralização da aplicação ou pela aplicação das leis nacionais de concorrência, que na maioria dos Estados se parece próxima a da Comunidade<sup>149</sup>. Em decorrência disso, é possível visualizar um papel da descentralização da aplicação das regras da concorrência como instrumento de uma maior participação das instâncias nacionais, mesmo que por condições forçadas.

#### 1.1.d) Princípios comunitários

O último tópico da parte introdutória deste estudo refere-se aos princípios comunitários, que também é tema que acompanha todo o estudo. As características

---

<sup>144</sup> Contudo, para CASSOTTANA e NUZZO, este grupo de sentenças se trata de “jurisprudência essencialmente concentrada em torno da questão do âmbito de aplicação da norma comunitária à tutela da concorrência”. CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*, p. xxi-xxii. Assim, segundo se depreende, entende-se que as sentenças referidas não tinham como objetivo a definição da noção, mas indiretamente foram levadas a tal, o que não pode vir a desconsiderar a importância do trabalho do Tribunal.

<sup>145</sup> WEILER, J. H. H. *The transformation of Europe*, p. 2457.

<sup>146</sup> CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*, p. 19-20 e 80.

<sup>147</sup> MORTELMANS, K. *Op. cit.*, p. 120.

<sup>148</sup> Ver mais em ZULEEG, Manfred. *Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration*, p. 1-8 e em MORTELMANS, K. *Op. cit.*, p. 126-128. Sobre o papel, a descentralização e a responsabilidade dos tribunais nacionais e sobre o juiz nacional como juiz comunitário ver RUIZ-JARABO COLOMER, Damaso. *El juez nacional como juez comunitario*, p. 51-202. O papel do juiz nacional na matéria das ajudas de Estado pode ser visto em CHÉROT, Jean-Yves. *Les Aides d'Etat dans les Communautés Européennes*, p. 295-342. O papel dos tribunais nacionais na aplicação do artigo 86 TCE pode ser visto em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 142-143.

<sup>149</sup> MORTELMANS, K. *Op. cit.*, p. 127.

que definem a supremacia nas relações existentes entre o direito comunitário e o direito interno estão contidas na própria jurisprudência comunitária. Por tal, esse tópico abordará os princípios retores que presidem a relação<sup>150</sup>, quais sejam os de efeito direto, primazia, segurança jurídica, aplicabilidade imediata<sup>151</sup> e responsabilidade pela violação do direito comunitário<sup>152</sup>.

Alguns julgamentos permitiram ao Tribunal estabelecer, progressivamente, um número sensível de princípios básicos que hoje guiam as instituições, os Estados-membros e os cidadãos da Comunidade. Os princípios, constantes dos Tratados ou não, possuem força executiva própria ou são implementados pelos atos das instituições. Eles impõem obrigações e conferem direitos aos Estados-membros e aos seus cidadãos. Afasta-se aqui de fazer referência ao princípio da liberdade econômica, bem como ao democrático<sup>153</sup>, para dar preferência a outros, como o da segurança jurídica, o qual se põe a analisar por primeiro. Ainda, por si só o princípio da subsidiariedade justificaria outro tópico<sup>154</sup>.

O princípio referido exige a eliminação do direito nacional incompatível com o direito comunitário. Ele “impõe aos Estados-membros uma integração do direito comunitário não só *de fato*, mas também *de direito*, e que implica que não basta que os cidadãos possam invocar o direito comunitário no marco de litígios internos e que os juízes e tribunais estejam obrigados a rodear o direito comunitário de plena efetividade através dos princípios de primazia e eficácia direta, o que, em palavras do Tribunal, constituiria tão somente uma ‘garantia mínima’. É necessário, ademais, que estes cidadãos estejam em situação de poder invocar o direito comunitário, situação que não ocorre, segundo o Tribunal, quando existe direito interno contraditório com o comunitário”<sup>155</sup>. Através de interação<sup>156</sup>, os Estados-membros exercem, verticalmente<sup>157</sup>, uma execução interna do direito gerado pelas instituições

---

<sup>150</sup> CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *Op. cit.*, p. 168.

<sup>151</sup> Ver também sobre estes princípios OLIVAR JIMENEZ, M. L. *Op. cit.*, p. 35-48.

<sup>152</sup> Analisados também sob a esfera do Tratado de Assunção, cujos Estados-partes determinam a hierarquia das normas da integração, em SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 102-115.

<sup>153</sup> Numa inicial incursão doutrinária, CASELLA cita três grandes princípios do ordenamento jurídico comunitário, quais sejam o democrático, o de liberdade econômica e o de primazia do direito comunitário. O democrático abrange o reconhecimento dos direitos fundamentais, o princípio da legalidade e o do equilíbrio institucional. Não consta explicitamente nos Tratados comunitários, mas, para o autor, é parte daquele que se poderia denominar direito constitucional não escrito da Comunidade. Implica que os Estados-membros tenham regime político de democracia pluralista, que garanta a representação da diversidade das correntes de opinião na organização constitucional dos poderes e os processos necessários à proteção dos Direitos do Homem, respeitando e mantendo a democracia representativa e constituindo elementos essenciais para a integração da Comunidade Européia. CASELLA, P. B. *Op. cit.*, p. 293.

<sup>154</sup> Ou mesmo um livro, devido a sua importância. Está retratado em QUADROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Européia*, 79 p. Sobre a aplicação deste princípio em outros processos de integração regional ver KAKU, William Smith. O princípio da subsidiariedade: fundamentos e perspectivas de seu uso na integração regional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Direito Internacional e da Integração*, p. 609-615.

<sup>155</sup> ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Derecho Comunitario y Derechos Nacionales: autonomía, integración e interacción*, p. 54.

<sup>156</sup> O sentido do termo interação pode ser encontrado na obra de ALONSO GARCÍA, que tem como linha de raciocínio uma “permanente interação jurídica” entre os ordenamentos, onde encontra manifestação de uma certa homogeneização jurídica. *Idem*, p. 16, 17 e 53.

<sup>157</sup> Exercício horizontal seria a participação dos Estados-membros na elaboração da própria normativa comunitária. *Idem*, p. 53.

comunitárias, contribuindo para a eliminação das situações de incerteza jurídica provocadas pela existência de direitos incompatíveis.

Outro princípio é o da primazia. Equivale à determinação de valor prevalente ao ordenamento comunitário frente a qualquer norma contrária de direito interno e advém de adoção resultante da própria existência da Comunidade. Reflete e condiciona a lógica do sistema, bem como o seu funcionamento, e as relações do sistema jurídico comunitário frente aos sistemas jurídicos nacionais.

Inicialmente se depreende que em caso de conflito as disposições comunitárias primam sobre as nacionais. A definição e as bases do reconhecimento da primazia do direito comunitário é trabalho jurisprudencial, já que não constou dos Tratados. Por tal é possível reiterar que a supremacia do direito comunitário na Comunidade Européia foi buscada, construída de forma lenta, progressiva e jurisprudencial<sup>158</sup>. Três

---

<sup>158</sup> Já nos Estados-membros, o princípio demorou para que fosse reconhecido. O pensamento preponderante na doutrina sustenta a primazia do direito comunitário primário e secundário sobre o direito nacional. Caso Costa c. Enel, EuGH, Slg. 1964, p. 1251. Esta preferência não tem por objetivo uma nulidade da norma nacional, mas quer dizer que a norma comunitária apenas se coloca em primazia na oportunidade da aplicação de uma norma em um conflito. Esta primazia é de ser observada não apenas pelos tribunais, mas também pelas administrações em geral. Todavia, esta relação de preferência apresenta particularidades segundo a visão de alguns Estados-membros. Na Alemanha, por exemplo, o Tribunal Constitucional Federal tinha dúvidas sobre o padrão do direito comunitário no âmbito da proteção dos direitos fundamentais. Particularmente interessante nesta questão é o histórico desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal alemão. Ele desenvolveu posições diferentes, que se modificaram tanto em princípio teórico como em resultados práticos com o decurso do tempo. Primeiro, em 1967, o Tribunal Constitucional Federal aceitou uma primazia fática do direito comunitário secundário. Depois, em 1971, o Tribunal Constitucional Federal fundou a preferência do direito comunitário materialmente. Em 1974 surge a famosa decisão Solange I. O Tribunal deveria julgar se um regulamento da Comunidade Européia havia infringido contra os direitos fundamentais da Lei Fundamental alemã. Assim, fundada no artigo 24 da Lei Fundamental, a decisão limitava a possibilidade de validade direta do direito comunitário que revogasse, pela quebra de estruturas constitutivas constadas do artigo 79 da Lei Fundamental, a identidade da Lei Fundamental. E o mesmo era válido para o direito comunitário secundário que também afetasse estruturas essenciais da Lei, cuja essência era o catálogo dos direitos fundamentais. Nesse caso, os tribunais e órgãos estatais alemães eram obrigados a não-aplicação do direito comunitário. Assim, um controle (reserva de exame, averiguação) pelo Tribunal seria admissível e necessário nos casos em que a interpretação comunitária colidisse com um direito fundamental da Lei Fundamental, enquanto o processo de integração da Comunidade não fosse tão avançado ao ponto de conter um catálogo de direitos fundamentais válido e votado por um parlamento, que fosse adequado ao catálogo de direitos fundamentais da Lei Fundamental. E, para a sentença comentada, na época a garantia dos direitos fundamentais das Comunidades Européias não era vista como bastante segura. Faltava, sobretudo, um parlamento democraticamente legitimado e um catálogo de direitos fundamentais codificado. Em 1979, com a decisão Vielleicht, o Tribunal Constitucional Federal precisou a sua competência probatória. Foi o primeiro passo para a mudança do pensamento do Tribunal, pois ele expôs que não estaria preso a todas as circunstâncias da decisão Solange I. Em 1983, com a sentença Mittlerweile, o Tribunal alemão considerou como garantida, contrariando a decisão Solange I, uma suficiente proteção aos direitos fundamentais em nível comunitário, em particular através do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. Em 1986, o Tribunal Constitucional Federal revisou em sua decisão Solange II os limites à aplicação do direito comunitário, antes impostos com fundamento no artigo 24 da Lei Fundamental. Para BISCHOF, o Tribunal alemão asseverou em definitivo a renúncia à jurisprudência até ali prolatada, mas esta interpretação não é unânime. Neste meio tempo, houve uma extensão da proteção dos direitos fundamentais no território das Comunidades Européias, que devia ser comparada, segundo a concepção, conteúdo e campo de aplicação, ao padrão dos direitos fundamentais da Lei Fundamental. Assim, em inversão à anterior formulação constada da decisão Solange I, o Tribunal alemão sentenciou que enquanto as Comunidades Européias, em especial a jurisprudência do TJCE, garantissem uma eficaz proteção dos direitos fundamentais perante o território de soberania das Comunidades, ele não

---

mais exerceria sua jurisdição sobre a aplicabilidade do direito comunitário derivado e não examinaria este direito pela norma dos direitos fundamentais da Lei Fundamental. Nem mesmo a ausência de legitimação parlamentar para a promulgação de direito comunitário secundário foi novamente considerada. BISCHOF tem esta decisão como a definitiva para a conclusão do desenvolvimento da jurisprudência alemã, haja vista que nela o Tribunal alemão se deparou com a pergunta de se o Tribunal comunitário era considerado como juiz legítimo e declarou que tal Tribunal era considerado como juiz legítimo perante a Lei Fundamental, tendo ainda aceito a qualidade de julgador dele, pois era um órgão soberano de proteção ao direito criado pelos tratados comunitários, sua competência estava fixada, ele decidia segundo critérios de normas de direito e medidas jurídicas, suas sentenças eram definitivas, seus membros eram obrigados a ser independentes e não-filiados a partidos e ele possuía um direito processual. Mesmo com esta nova interpretação, ainda pode o Tribunal alemão averiguar, no caso de diretivas não-concretas e definidas, a compatibilidade destas com a Lei Fundamental. Em 1987 o Tribunal alemão em nova decisão refere-se à Solange II e conclui que as repartições públicas da República Federal da Alemanha não eram obrigadas a examinar a compatibilidade dos atos dos órgãos das Comunidades Europeias com as garantias dos direitos fundamentais da Lei Fundamental. Também no mesmo ano foram decididos os casos Kloppenburg e Denkavit. Neste último o Tribunal alemão novamente afirmou que o comunitário era juiz legítimo no sentido do artigo 101 da Lei Fundamental e citou e valorizou pormenorizadamente a sua sentença Solange II. Já em 1989 é julgado o caso Tabak - Diretiva de Etiquetagem (ou Solange III), onde permanece dito que o Tribunal Constitucional Federal pode ser invocado caso uma diretiva afete o padrão dos direitos fundamentais do direito comunitário e este direito não seja garantido pelo Tribunal europeu. Esta decisão foi vista como uma retomada, pelo Tribunal alemão, de sua competência de limitação da aplicação do direito comunitário nas hipóteses já conhecidas. Por fim, em 1993, por ocasião da decisão do Caso Maastricht sobre a queixa constitucional a respeito da lei de ratificação do Tratado da União Europeia, o Tribunal alemão novamente fixou posição. Nela ficou dito que o Tribunal garante, através de sua competência, que uma proteção efetiva dos direitos fundamentais para os habitantes da Alemanha seja assegurada também perante o poder soberano das Comunidades. Caso Maastricht, Coletânea Oficial do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts*) n. 89, a. 1993, p. 155 e seguintes. Acontece que a aceitação pela Alemanha do Tratado da Comunidade Europeia tornou este Tratado e o direito dele derivado uma parte do ordenamento jurídico interno alemão e por tal deveria ser observado, interpretado e aplicado pelos Tribunais nacionais. Assim, quando o Tribunal comunitário tem algo a decidir, ele se torna um competente juiz alemão legítimo no sentido do artigo 101 da Lei Fundamental. Não por isso é visto como um órgão da República Federal da Alemanha, mas permanece um órgão da Comunidade Europeia, com as tarefas de um juiz alemão legítimo. Assim, segundo a visão alemã, o Tribunal alemão exerce sua jurisdição sobre a aplicação do direito comunitário derivado na Alemanha numa relação de cooperação com o Tribunal europeu, na qual este garante a proteção dos direitos fundamentais no âmbito das Comunidades Europeias. Ainda, a doutrina classifica as diversas posições doutrinárias sustentadas em função da sentença Maastricht. Os autores se dividem entre os que dizem que permanece em aberto o que o Tribunal alemão quis dizer, os para quem o Tribunal alemão limitou nitidamente a sentença Solange II e os que asseveram que o Tribunal alemão confirmou a sentença Solange II com a sentença Maastricht. Esta retomada histórica e as diferentes posições doutrinárias estão em BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 105-114 e em FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 185-192. Mais detalhes sobre a decisão podem ser vistos em IPSEN, Hans Peter. *Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil*, p. 1-21 e em EVERLING, U. *Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach dem Maastricht-Urteil*. In: RANDELZHOFFER, Albrecht; SCHOLZ, Rupert; WILKE, Dieter (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, p. 57-75. Evoluções desta jurisprudência, com os casos Alcan e Bananenmarkt, ambos de 2000, podem ser conhecidas em NICOLAYSEN, Gert; NOWAK, Carsten. *Teilrückzug des BVerfG aus der Kontrolle der Rechtmäßigkeit gemeinschaftlicher Rechtsakte: Neuere Entwicklungen und Perspektiven*, p. 1233-1238. Em síntese, a primazia do direito comunitário não é mais questionada. O Tribunal Constitucional Federal alemão reforçou que a Comunidade atingiu um patamar de proteção aos direitos fundamentais que é comparável à concepção, conteúdo e eficácia da Lei Fundamental. Esta proteção dos direitos fundamentais em toda a Comunidade é garantida pelo Tribunal de Justiça. Assim, não é mais temida uma diminuição da proteção em nível comunitário. O patamar comunitário é suficiente, motivo pelo qual o Tribunal alemão não mais exerce a sua jurisdição sobre questões de aplicabilidade do direito comunitário. O princípio atualmente em uso é o de relação cooperativa entre as jurisdições. Todavia, a competência do Tribunal alemão pode ser reanimada sempre que uma eficaz proteção dos direitos fundamentais e dos princípios fundamentais do direito não mais for assegurada pela aplicação do direito comunitário. Uma análise da relação entre o direito comunitário e os direitos nacionais, não

são os paradigmáticos acórdãos que evidenciaram vários princípios do direito comunitário, a saber: Humblet c. Bélgica<sup>159</sup>, de 1960, Van Gend en Loos<sup>160</sup>, de 1963 e Costa c. Enel<sup>161</sup>, de 1964. A partir desses julgados é que o Tribunal definiu os elementos caracterizadores, entre eles a primazia daquele em relação aos ordenamentos internos. Desde então, a não-observância da primazia, princípio também amparado na reciprocidade do reconhecimento<sup>162</sup>, atenta contra a própria noção de Comunidade.

Outro principal acórdão sobre o princípio da primazia é o do Caso Simmenthal, de 1978, que autoriza o juiz nacional a não aplicar a lei nacional, de qualquer hierarquia, se ela contrariar o direito comunitário, podendo, inclusive, ignorar as regras nacionais que limitam a sua própria competência. Ou ainda levantar a questão da constitucionalidade ante seu tribunal constitucional. Por Simmenthal, “qualquer tribunal nacional, no âmbito de sua competência, tem a obrigação de aplicar integralmente o direito comunitário e de proteger os direitos que este confere aos particulares, não aplicando qualquer disposição eventualmente contrária da lei nacional, quer esta seja posterior ou anterior à norma comunitária”<sup>163</sup>.

Uma questão especialmente delicada sobre a primazia é a que envolve os direitos fundamentais, ou melhor, o fato dos Tratados comunitários fundamentais serem ausentes de decálogos de direitos diretamente dirigidos aos particulares. Ao apenas reconhecerem princípios isolados, como o de não-discriminação, coube ao Tribunal ir desenvolvendo, lenta e progressivamente, até mesmo em caráter tardio, a construção jurisprudencial dos direitos fundamentais<sup>164</sup>, também. Vale tentar explicar se a proteção consagrada em ordenamento nacional poderia entender-se diminuída em virtude da troca do protagonista na ação pública, agora comunitário. Em verdade, o ordenamento jurídico comunitário não possuiu originalmente um catálogo escrito de direitos fundamentais. O Tribunal enfrentou essas questões especialmente na década de noventa. Então, “Na ausência de um *Bill of Rights*, foi o Tribunal de Justiça que, progressivamente e a golpe de sentença, configurou os direitos fundamentais próprios do ordenamento jurídico comunitário”<sup>165</sup>, sempre de forma muito sutil<sup>166</sup>.

---

apenas entre a Alemanha, onde ela apresentou características próprias, mas também como ela evoluiu na França e na Itália e nos outros Estados-membros, pode ser conferida em OLIVAR JIMENEZ, M. L. *Op. cit.*, p. 49-64 e em CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *Op. cit.*, p. 169-170.

<sup>159</sup> Caso Humblet c. Bélgica, EuGH, Slg. 1960, p. 1163.

<sup>160</sup> Caso Van Gend en Loos, EuGH, Slg. 1963, p. 1.

<sup>161</sup> Caso Costa c. Enel, EuGH, Slg. 1964, p. 1251.

<sup>162</sup> CASELLA, P. B. *Op. cit.*, p. 313.

<sup>163</sup> Caso Simmenthal, EuGH, Slg. 1978, p. 629.

<sup>164</sup> STEIN, Torsten. El papel del Tribunal Europeo de Justicia de la Comunidad Europea en el proceso de integración europea y la confirmación de un orden jurídico europeo. In: *ANUARIO de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 61-62. A construção, pelo Tribunal, de princípios gerais, incluídos os direitos fundamentais, é o máximo expoente da interação de ordenamentos em que consiste o fenómeno comunitário, como visto em ALONSO GARCÍA, R. *Op. cit.*, p. 301. Ver mais sobre esta evolução em CRAIG, P.; de BÚRCA, G. *Op. cit.*, p. 317-370; MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Op. cit.*, p. 555-584; FRENZ, Walter. *Handbuch Europarecht: Europäische Grundfreiheiten*, p. 19-22 e em WALTER, Christian. *Geschichte und Entwicklung der Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten*. In: EHLERS, Dirk (Hrsg.). *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, p. 1-19.

<sup>165</sup> ALONSO GARCÍA, R. *Op. cit.*, p. 170.

<sup>166</sup> *Idem*, p. 183.



Os Casos Van Gend en Loos e Costa c. Enel consolidaram ainda o princípio da aplicabilidade imediata, pelo qual a ordem comunitária não se incorpora, mas sim está integrada às ordens nacionais. Segundo SEITENFUS e VENTURA, pouco importa se os Estados-partes adotam o monismo ou o dualismo<sup>167</sup>, pois “Quando o direito comunitário está em causa, uma ordem jurídica, *própria e específica*, se impõe, excluída toda possibilidade de escolha de parte dos Estados. Assim, as regras comunitárias integram-se abstratamente às ordens internas sem a necessidade de nenhuma medida nacional de incorporação. Este fenômeno é designado como *aplicabilidade imediata* do direito comunitário”<sup>168</sup>.

Por esse princípio se entende a incorporação do direito comunitário na ordem jurídica dos Estados-membros, tornando obrigatórias (vinculativas) para os cidadãos as disposições comunitárias. Portanto, determinar aplicabilidade à diretiva é lhe dar poder de modificar o direito interno, sem necessidade de transposição, ou qualquer outra intervenção dos ordenamentos jurídicos nacionais, e não lhe conferir aplicabilidade é fazê-la necessitar de complementos normativos por parte do legislador nacional. Por outro lado, a aplicabilidade da diretiva, lembrando que os regulamentos a possuem de forma total, pode ser parcial, ou limitada “aos dispositivos redigidos com clareza, contendo cláusulas de não-discriminação, e que não exijam medidas ulteriores dos Estados, ou caso o exijam, não deixe a estes qualquer margem de discricionariedade”<sup>169</sup>.

A aplicabilidade, que tem sua origem na própria razão de ser do direito comunitário, não deve ser confundida com o efeito direto, outro princípio de origem jurisprudencial. Por este princípio se permite ao particular reivindicar a realização do direito fundado na norma comunitária ou impedir a aplicação da regra nacional contrária à ordem comum. A criação de direitos das normas comunitárias em favor dos particulares pode ser invocada perante os órgãos jurisdicionais nacionais, com vistas a proteger os direitos que esse direito confere. O entendimento desse princípio é especialmente importante para a compreensão de todas as recentes reformas no direito comunitário da concorrência, analisadas no segundo capítulo.

Para que uma norma crie direitos e imponha obrigações para os cidadãos e autoridades nacionais ela deve ser suscetível de produzir este efeito direto, não depender de qualquer condição e não estar sujeita a qualquer medida complementar. Assim, não gozam de efeito direto as disposições que deixem margem de apreciação ou discricionariedade aos aplicadores. Na prática, contudo, as dificuldades são inevitáveis.

Na decisão do paradigmático Caso Van Gend en Loss ficou claro que o papel destinado ao Tribunal, pelo artigo 234 TCE, cujo objetivo é assegurar a unidade da interpretação do Tratado pelos órgãos jurisdicionais nacionais, foi confirmar que os Estados reconheceram ao direito comunitário uma autoridade suscetível de ser

---

<sup>167</sup> Um estudo sobre as teorias monistas e dualistas que explicam a relação entre o direito internacional e o direito interno como base para uma melhor compreensão da semelhante relação que ocorre em ambientes comunitários pode ser visto em JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 182-184 e em PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*, p. 103-114, em especial a nota de rodapé número 116, da página 107.

<sup>168</sup> SEITENFUS, R. A. S.; VENTURA, D. de F. L. *Op. cit.*, p. 191-192.

<sup>169</sup> CASELLA, P. B. *Op. cit.*, p. 127.

invocada por seus cidadãos perante seus órgãos jurisdicionais. Mas não somente ao Tratado foi garantida a eficácia direta, também ao direito derivado, em especial às diretivas, nos casos de falta de execução ou execução incorreta, uma vez finalizado o seu prazo de execução<sup>170</sup>.

Contudo, nem sempre se obtém a efetiva eficácia direta. A insuficiência na aplicação do princípio, em particular no caso das diretivas, é especialmente relacionada aos casos em que a norma comunitária deixa margem de apreciação na sua execução pelos Estados-membros. Então, alguns mecanismos auxiliam a compensar essa falta. São eles a eficácia interpretativa e a responsabilidade do Estado-membro por infração do direito comunitário, na verdade um princípio, que logo será analisado.

A consagração do princípio complementar<sup>171</sup> da responsabilidade dos Estados-membros pelo incumprimento do direito comunitário se deu com o Caso Francovich<sup>172</sup>, de 1991, mencionado por ocasião do estudo das diretivas, pelo qual os Estados-membros são obrigados a reparar os prejuízos causados aos particulares pelas violações do direito comunitário que lhes sejam imputáveis<sup>173</sup>. Com isso criou-se ao particular a possibilidade de buscar um direito à indenização. Assim, a não-observância da supremacia do direito comunitário gera conseqüências ao Estado-membro infrator.

Esse princípio foi chamado a desempenhar papel essencial na execução do direito comunitário por parte dos Estados-membros, atuando como via alternativa à falta de reconhecimento do efeito direto e mesmo na presença dele, preenchendo suas insuficiências para fazer frente aos danos que a infração pelo Estado-membro de suas obrigações de execução do direito comunitário provocaram. Por ele, também as instituições comunitárias podem ser responsabilizadas pelos prejuízos aos particulares a que derem causa. Posteriormente, uma outra espécie de responsabilidade foi criada pelo Tribunal. É a que se dá no caso de legisladores nacionais legislarem em

---

<sup>170</sup> ALONSO GARCÍA, R. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>171</sup> Segundo RODRÍGUEZ IGLESIAS, este princípio representa um complemento da proteção efetiva dos direitos dos particulares baseados no ordenamento comunitário. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo. In: *ANUARIO de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 28. Ainda, atualmente o processo sofre uma europeização e uma convergência cada vez maiores dos ordenamentos jurídicos nacionais. *Idem*, p. 27 e 48. Esta tendência só é limitada pelos princípios de competência de atribuição e de subsidiariedade, que fazem com que algumas parcelas de direito, como a penal, a de família e a de sucessões, ainda sejam regidas pelo direito interno. Ver a utilização do termo europeização também em DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M. A Reestruturação Global e o Direito. In: FARIA José Eduardo (Org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*, p. 53 e no seguinte capítulo deste estudo.

<sup>172</sup> Caso Francovich, EuGH, Slg. 1991, p. I-5357.

<sup>173</sup> O assunto se apresenta de forma ampla e esclarecedora em RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado. *Da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário*, 213 p. Sobre a responsabilidade e a seqüência que o assunto teve com os Casos Brasserie du Pêcheur (Factortame), British Telecommunications, Lomas, Dillenkofer e Denkavitver ver as obras ALONSO GARCÍA, R. *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, 114 p. e MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Op. cit.*, p. 442-447. A ótica de um italiano sobre a influência do caso no seu direito pode ser vista em TESAURO, G. *Op. cit.*, p. 349-353. Sobre a aplicação do princípio no Mercosul ver BARRA, Rodolfo. Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias: el caso “Francovich” – una experiencia para el Mercosur. In: PÉREZ GONZÁLES, Manuel *et alli*. *Desafíos del Mercosur*, p. 413-453.

contrariedade ao direito comunitário, cujo principal caso sobre o assunto é *Brasserie du Pêcheur*, de 1996<sup>174</sup>.

A responsabilização começa pela definição das condições substantivas e processuais para o exercício da ação. Então, nem toda infração do direito comunitário é suscetível de gerar responsabilidade. Só a que se refira a direitos conferidos e definidos pelo próprio ordenamento comunitário, que se traduza em uma violação suficientemente caracterizada, e que permita um nexo causal entre a infração e o prejuízo sofrido pelo particular<sup>175</sup>.

A supremacia do direito comunitário na Comunidade Européia é garantida pela jurisdição do Tribunal que, em seus acórdãos, vem estabelecendo princípios uniformizadores da interpretação do ordenamento jurídico comunitário, que é autônomo, produtor de direitos e efeitos mesmo nos cidadãos. Em particular, viu-se que o efeito direto é reconhecer que uma norma prescreve em favor dos particulares uma série de direitos que podem ser buscados ante os tribunais, e primazia é a determinação da incorporação do direito comunitário ao direito interno, mas com valor prevalente. Ainda, que quando o juiz nacional não se abster de aplicar direito contrário ao ordenamento comunitário diretamente aplicável, pode o Estado ser responsabilizado a reparar os prejuízos aos particulares.

Antes, foi visto que o objetivo final dos tratados fundacionais, com cujo estudo foi iniciada a parte de compreensão geral, era a conformação de um mercado comum. O que é, então, um mercado comum e o que é um mercado interno? O estudo seguirá com a discussão travada entre esses fundamentais conceitos e com o esclarecimento dos seus significados, bem como retratará a principal implicação de tais mercados, a conformação das liberdades econômicas fundamentais.

---

<sup>174</sup> Caso *Brasserie du Pêcheur* (Factortame), EuGH, Slg. 1996, p. I-1029.

<sup>175</sup> ALONSO GARCÍA, R. *Derecho Comunitario y Derechos Nacionales: autonomía, integración e interacción*, p. 208.

## 1.2. UMA QUINTA LIBERDADE FUNDAMENTAL NA DOUTRINA

A presente parte da tese se dedica a retratar o alcance do principal objetivo dos tratados comunitários fundacionais, qual seja a fase de integração conhecida como mercado comum. No Mercosul, atingir essa fase também é o objetivo final perseguido. Na Comunidade Européia, ele foi parcialmente alcançado no prazo, tanto que posteriormente, um novo objetivo intermediário foi determinado, o de mercado interno. Hoje, mesmo essa fase se encontra superada. Com a entrada em vigor da moeda comum, o euro, foi alcançado um estágio posterior de integração, qual seja a união econômica e monetária. Doutrinas contrárias a essa visão de evolução igualmente serão observadas, especialmente a que indica que mercado interno é uma fase menos desenvolvida que a de mercado comum. Também é um objetivo central desta parte o estudo das liberdades econômicas fundamentais, aqui retratadas especialmente sob as teorias de dogmática e convergência. A doutrina apresenta várias classificações e não é mais unânime em afirmar que as liberdades fundamentais se restringem às quatro consideradas tradicionais, quais sejam as de bens, pessoas, serviços e capitais. Essa abertura do pensamento dá margem a ser vislumbrada uma ampliação do rol. O observado na Comunidade Européia é a inclusão nele da liberdade de concorrência. Essa visão pode ser útil para o alcance da fase de mercado comum pelo Mercado Comum do Sul.

A seguir, serão vistos os modelos de integração mais difundidos nos processos de integração conhecidos. Dentre eles, um é fruto de gradual e progressiva evolução, qual seja o de mercado comum, e é neste que se fazem presentes as chamadas liberdades econômicas fundamentais. Numa inversão dessa colocação, é possível estabelecer que é a presença das liberdades que possibilita o alcance da fase de mercado comum. Ambas as variações da idéia serão vistas. Ver-se-á, também, a conceituação de integração econômica, em particular a regional.

### 1.2.a) O mercado comum

O objetivo de um mercado comum é o resultado de um processo de aproximação, fundado no fenômeno da integração regional<sup>1</sup>, que impele a países a associação com outros. Assim, surgem os blocos econômicos de caráter regional, que como tal negociam em nível global a busca por mercados. Segundo FARIA, “Pode-se falar de dois tipos de integração na economia moderna: a integração *internacional* e a integração *regional*. O primeiro termo é mais genérico, empregando-se usualmente para descrever características e tendências da economia capitalista global, impulsionada pela *interação* e pela *interdependência* (...). Diferentemente, a integração regional (...) surge como resultado de acordos políticos entre países geograficamente próximos, com vistas à obtenção das vantagens típicas do processo”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Estudado em SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, p. 17-22.

<sup>2</sup> FARIA, José Ângelo Estrella. *O Mercosul: princípios, finalidade e alcance do Tratado de Assunção*, p. 25-26.

A integração regional, à qual aqui será dada mais atenção, é fruto da ação dos Estados em formularem acordos políticos regionais. Um conceito<sup>3</sup> mais operativo de integração foi desenvolvido na economia<sup>4</sup>. Mais precisamente, segundo a teoria da integração econômica em sentido estrito, o tipo de integração econômica regional pode apresentar-se sob desenhos diferenciados, denominados de zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica e monetária e integração total<sup>5</sup>. Para alguns autores, esses modelos ou graus de integração dividem-se em três grupos básicos: zona de livre comércio, união aduaneira e mercado comum. A maioria dos organismos de integração elege uma dessas formas como seu objetivo final<sup>6</sup>. Outros apresentam um tipo intermediário de zona de preferência na evolução desse processo e mercado interno após o alcance das primeiras fases.

É conveniente, antes do seguimento deste estudo, serem abordadas noções dessas fases, que se encontram consolidadas no processo de integração comunitário. Zona de livre comércio<sup>7</sup> é a eliminação, através de um acordo, dos obstáculos tarifários e não-tarifários às exportações e importações comerciais dos produtos originários dos Estados-membros integrantes desta livre zona. Estabelece-se uma liberdade, mantendo cada um dos Estados sua própria política tarifária com respeito

---

<sup>3</sup> Alguns conceitos de integração são encontrados na doutrina. Para GARRÉ COPELLO, “A integração internacional é um aspecto da dinâmica da sociedade internacional que tende a entrelaçar e até fundir entidades políticas menores em outras maiores através da realização de atos internacionais de diversa natureza, dos mais simples aos mais complexos. A integração regional ao contrário, se refere a um processo que tem lugar entre dois ou mais Estados em uma escala geograficamente limitada e em um plano inferior ao da integração global”. GARRÉ COPELLO, Belter. *El Tratado de Asunción y el Mercado Común del Sur: los megabloques económicos y América Latina*, p. 18. RUIZ DÍAZ LABRANO entende que a integração econômica propriamente dita é “o status jurídico no qual os Estados entregam, cedem ou trasladam alguma de suas prerrogativas soberanas com o fim de construir uma área dentro da qual, pela eliminação das barreiras, circularão livremente as pessoas, os bens, os serviços e os capitais, mediante a harmonização das políticas correspondentes e sob uma égide supranacional”. RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. *Mercosur: Integración y Derecho*, p. 60. STAHRINGER DE CARAMUTI entende a integração “como um processo multidimensional, cuja intencionalidade excede a simples reestruturação de mercados em busca de economias de escala, e que inclui tanto a dimensão da construção de instituições, como a formação de uma autêntica cultura da integração, assentada no respeito e na convivência federativa das culturas nacionais e locais. Esta concepção da integração apresenta uma maior complexidade para seu estudo, mas também a viabilidade de facilitar necessidades históricas, vinculando o econômico, o social, o político e o cultural”. STAHRINGER DE CARAMUTI, Ofélia. Introducción. In: STAHRINGER DE CARAMUTI, Ofélia (Coord.). *El Mercosur en el nuevo orden mundial*, p. 15. Sobre uma modificação ocorrida no conceito de integração atualmente em vigência na América Latina ver GARRÉ COPELLO, B. *Op. cit.*, p. 29 e MIDÓN, Mario. A. R. *Derecho de la Integración: Aspectos institucionales del Mercosur*, p. 37.

<sup>4</sup> BEHRENS, Peter. *Integrationstheorie: Internationale wirtschaftliche Integration als Gegenstand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung*, p. 50.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 25-37 e BALASSA, Bela. *Teoria da Integração Econômica*, p. 13.

<sup>6</sup> Assim, em 26 de março de 1991, “como resultado de intensas negociações levadas a cabo durante os meses precedentes, os Presidentes da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai puderam firmar o Tratado de Assunção, que passou a reger as relações econômico-comerciais dos quatro países no regime transitório 1991/1994, antecedendo à plena conformação do Mercado Comum do Sul”. ALMEIDA, Paulo Roberto. *Mercosul no contexto regional e internacional*, p. 79.

<sup>7</sup> OLESTI RAYO fornece um exemplo esclarecedor de seu conceito: “Um produto exportado por uma empresa do Estado X ao Estado A pagará uma tarifa de aduana diferente daquela que se tenha que pagar no país B ou no país C. Ao contrário, não haverá nenhuma tarifa de aduana no intercâmbio comercial entre os Estados A, B e C”. OLESTI RAYO, Andreu; DEL RÍO PASCUAL, Amparo. *Las libertades Comunitarias (I)*. In: ABELLÁN HONRUBIA, Victoria; VILÀ COSTA, Blanca (dirección). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, p. 174.

aos terceiros Estados. Não envolve uma tarifa externa comum. Porém, formulam-se as regras que definem a origem dos produtos comercializados<sup>8</sup>. É o estágio mais elementar da integração econômica, um verdadeiro esquema básico<sup>9</sup>, e tem como exemplos a Associação Européia de Livre Comércio (EFTA), a integração Austrália-Nova Zelândia e o Acordo Norte-Americano de Livre Comércio (Nafta).

Dentre os obstáculos a serem removidos estão os diretos, constituídos de tarifas e quotas de importação. As tarifas são tributos cobrados sobre o valor de uma mercadoria na sua importação ou exportação, sem que um tributo correspondente incida sobre as mercadorias nacionais. Já as quotas são determinações governamentais praticadas durante um certo tempo, no qual somente um valor ou uma quantidade determinada de um produto poderá ser importado, traduzindo assim uma impossibilidade absoluta de importação, quando vencidos estes patamares. Por esse motivo, as quotas são apresentadas como políticas comerciais mais danosas, já que mesmo que o consumidor deseje adquirir uma mercadoria, ele não poderá fazer uso de seu direito de escolha<sup>10</sup>.

A segunda fase da integração econômica é a contemplada por uma união aduaneira que implica, e esta é a sua principal característica diferenciadora, na definição de uma tarifa externa comum (TEC)<sup>11</sup>. A TEC é uma determinada alíquota de imposto cobrado por um grupo de países sócios que exigem o mesmo tratamento tarifário na entrada de mercadorias provenientes de terceiros países. Além disso, há o regime de exceção, um mecanismo que libera da aplicação um número limitado de produtos provenientes de terceiros países. Em geral, esse regime é utilizado por um país para proteger setores de sua economia. Ela serve para que todos os integrantes do bloco dêem o mesmo tratamento aos produtos estrangeiros. A idéia básica é que os sócios ofereçam preferência uns aos outros na compra de produtos. A consequência é que uma vez paga a tarifa, os bens podem acessar a todos os países, isto é, circular da mesma forma que os bens produzidos nestes países<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Conforme as diretrizes do artigo XXIV, n. 8, alínea b, do GATT, compreende-se como zona de livre comércio um grupo de dois ou mais territórios aduaneiros entre os quais são eliminadas as taxas aduaneiras e as outras regulamentações comerciais restritivas para a parte essencial das trocas relativas aos produtos originários dos territórios constitutivos da referida zona. O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio pode ser lido em RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 35-65. Outras definições podem ser vistas em BALASSA, B. *Op. cit.*, p. 13, 44 e 110-123; CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul: exigências e perspectivas*, p. 43; CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes; CHIARELLI, Mateo Rota. *Integração: direito e dever*, p. 53; STELZER, Joana. *Integração Européia: dimensão supranacional*, p. 185 e em VACCHINO, Juan Mario. *Integración Latinoamericana: de la Alalc a la Aladi*, p. 54.

<sup>9</sup> RUIZ DÍAZ LABRANO, R. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>10</sup> A importância deste é ressaltada em AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. *A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor*, p. 27-49; em PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Bem-estar dos consumidores e repressão a cartéis liderados por associações e sindicatos*, p. 14 e em CARPENA, Heloisa. *O direito de escolha: garantindo a soberania do consumidor no mercado*, p. 154-171.

<sup>11</sup> Conforme as diretrizes do artigo XXIV, n. 8, alínea b, do GATT, compreende-se como união aduaneira a substituição de um só território aduaneiro por dois ou mais territórios aduaneiros, quando tal substituição tenha por consequência a eliminação das taxas aduaneiras e das outras regulamentações comerciais restritivas para a parte essencial das trocas comerciais entre os territórios constitutivos da união, congregadas estas medidas com a adoção de uma tarifa externa comum. O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio pode ser lido em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *Op. cit.*, p. 35-65.

<sup>12</sup> OLESTI RAYO, para quem, nessa fase, os Estados criam um “cordão exterior”, traz um exemplo esclarecedor: “Um produto proveniente do país X pagará as mesmas tarifas mesmo que se introduza

Cada etapa, observa FARIA, “compreende a anterior e mais algum aspecto, pelo que elas compõem uma escala de intensidade crescente”<sup>13</sup>. Também é possível dizer que cada estágio procura evitar o déficit do estágio anterior<sup>14</sup>. Completa CASELLA com a afirmação de que “exigências estruturais crescentes e cumulativas vão sendo colocadas”<sup>15</sup>. Nesse sentido, cada passo é sempre acrescido de um grau mais intenso e complexo de integração econômica. A união aduaneira, além do já atingido pela zona de livre comércio, estabelece uma TEC, ou pauta aduaneira comum<sup>16</sup>, na qual os produtos provenientes de terceiros Estados se subordinam, independentemente por qual Estado-membro seja introduzida a mercadoria. O exemplo mais conhecido é o Benelux. O único estágio que não tem nada a ser completado é o último, qual seja a integração (econômica ou política) total.

Ademais do atingido nos estágios anteriores, um mercado comum requer a liberalização não apenas da circulação de bens, mas também de todos os demais fatores de produção<sup>17</sup>, isto é, as pessoas, os serviços e os capitais, para os quais, a partir de então, não existam obstáculos para entrada e saída no interior de cada Estado-membro. Essa fase representa o momento apropriado no qual devem ocorrer as supressões das barreiras aos intercâmbios dos referidos fatores. Mas a expressão mercado comum tem mais implicações que a mera eliminação das barreiras às liberdades. Ela representa um estágio de evolução mais avançado<sup>18</sup>. É a fase do processo de integração que prevê as liberdades fundamentais como meta, como ambiente natural, quais sejam estas, segundo a visão que aqui se busca concluir, a livre circulação de bens, capitais, pessoas, livre circulação de serviços e livre concorrência. Essas liberdades permitirão que exista uma integração plena entre as sociedades envolvidas. O mercado comum também implica em coordenação de políticas macroeconômicas. Segundo FARIA, ao mercado comum é “indispensável uma administração permanente”<sup>19</sup> e para RUIZ DÍAZ LABRANO ele se caracteriza por uma “aproximação legislativa”<sup>20</sup>, embora não haja um rol de atividades precisas, “que a ausência de uma ou a substituição por outra, levaria a tirar-lhe a identidade”,

---

pelo Estado A, B, ou C, já que os três têm a mesma tarifa externa comum. Evidentemente, tal como ocorria com a zona de livre comércio, o intercâmbio intrazonal não está sujeito ao pagamento de tarifas”. OLESTI RAYO, A.; DEL RÍO PASCUAL, A. *Op. cit.*, p. 175. Para um estudo amplo sobre a noção de união aduaneira e as diferenças entre esta e as noções de livre circulação de mercadorias e de união tarifária (*arancelaria*) ver STOFFEL VALLOTTON, Nicole. *Algunas consideraciones sobre la noción de unión aduanera en el Tratado de la Comunidad Europea*, p. 415-445. Um estudo sobre como funciona uma união aduaneira do ponto de vista econômico é apresentado em BIANCHI, Patrizio. *Construir el mercado: Lecciones de la Unión Europea – el desarrollo de las instituciones y de las políticas de competitividad*, p. 59-63. Entre a doutrina clássica ver o tema em BALASSA, B. *Op. cit.*, p. 13 e 39-90.

<sup>13</sup> FARIA, J. A. E. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>14</sup> BEHRENS, P. *Op. cit.*, p. 31, 33 e 34.

<sup>15</sup> CASELLA, P. B. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>16</sup> FARIA, J. A. E. *Op. cit.*, p. 27 e CARVALHO, Isabel Maria Felgueiras T. *Circular Livremente na Europa: as mercadorias, as pessoas e as empresas*, p. 53-59.

<sup>17</sup> Ver o significado da expressão em MARQUES, Cláudia Lima. Liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços no Mercosul: Instrumentos Legislativos sobre Formação de Recursos Humanos. In: MOROSINI, Marília (Coord.). *Mercosul/Mercosur: Políticas e Ações Universitárias*, p. 30 e em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercosul e a livre circulação de pessoas*, p. 116-117.

<sup>18</sup> LANGEHEINE, Bernd. *Le rapprochement des législations nationales selon l'article 100 a du Traité CEE: l'harmonisation communautaire face aux exigences de protection nationales*, p. 350.

<sup>19</sup> FARIA, J. A. E. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>20</sup> RUIZ DÍAZ LABRANO, R. *Op. cit.*, p. 62.

como afirmam CHIARELLI e CHIARELLI<sup>21</sup>. Por tudo isso, a passagem que ocorre depois da união aduaneira é tida como a mais difícil em um processo de integração<sup>22</sup>.

Na Comunidade Européia, um mercado comum deveria ser atingido a partir de um processo a ser desenvolvido em três etapas, de quatro anos cada, que se estenderia de 1º. de janeiro de 1958 a 31 de dezembro de 1969. Este foi o objetivo fixado em 1957, pelos seis Estados de então, que representavam uma Comunidade amplamente mais homogênea que a de hoje<sup>23</sup>. Todavia, não foi completamente estabelecido no prazo fixado de 12 anos.

O objetivo era a criação de um mercado comum. O modelo de mercado pensado não é um modelo fundamental, sob o qual se poderia imaginar uma economia de mercado socialista. O modelo pensado é muito mais. Envolve o fenômeno do processo de troca entre os particulares, a eliminação de barreiras, fronteiras aduaneiras e outras limitações à exportação, importação e à concorrência<sup>24</sup>. Tratava-se de meta que constava no artigo 8º. TCEE e que, inobstante a revogação deste (quando já era o artigo 7º. TCEE, em função das alterações advindas com o Tratado da União Européia) pelo Tratado de Amsterdam, o termo mercado comum permanece em muitas outras disposições do Tratado<sup>25</sup>.

Vistas essas iniciais configurações, o seguimento do estudo centrar-se-á na fase de mercado comum. A primeira questão a ser tratada é a sua noção<sup>26</sup>. Posteriormente será visto como ocorreu o seu estabelecimento. O Tratado de Roma não define o seu conceito. A utilização generalizada do termo no Tratado revela a sua imprecisão. O mesmo aconteceu com o termo mercado interno. Aquela pode ser decorrente do fato de o conceito ser uma noção chave para o Tratado. Por não haver uma definição expressa, alguns autores tentaram defini-lo.

O conceito será aqui estudado a partir das idéias de doutrinadores da época da formação das Comunidades e outros mais contemporâneos. O objetivo deste levantamento doutrinário é poder comparar, posteriormente, a fase de mercado comum com a de mercado interno, aqui considerada como uma evolução, que veio a comportar mais liberdades fundamentais que as tradicionais.

O primeiro dos autores, aqui trazido para promover uma contemporização da discussão doutrinária, é PESCATORE, que em um artigo histórico abordou as presenças do termo na convenção que instituiu a União econômica belgo-luxemburguesa, de 25 de julho de 1921, no tratado que instituiu a União Econômica do Benelux, de 3 de fevereiro de 1958 e nos tratados que instituíram as Comunidades

---

<sup>21</sup> CHIARELLI, C. A. G.; CHIARELLI, M. R. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>22</sup> BOSCHERINI, Fabio; KOSACOFF, Bernardo. Prólogo. In: BIANCHI, Patrizio. *Construir el mercado: Lecciones de la Unión Europea – el desarrollo de las instituciones y de las políticas de competitividad*, p. 17.

<sup>23</sup> PIPKORN, Jörn. Grundsätze: Artikel 8 A. In: von der GROEBEN, Hans; THIESING, Jochen; EHLERMANN, Claus-Dieter. *Kommentar zum EWG – Vertrag: Artikel 1-84*, p. 187.

<sup>24</sup> RITTNER, Fritz. *Die Wirtschaftsrechtliche Ordnung der EG und das Privatrecht*, p. 839-840.

<sup>25</sup> Para SCHWARTZ, o termo mercado comum foi mantido com razão, ao afirmar que “Ele significa política e psicologicamente talvez até mais que o conceito de mercado interno, com respeito à coletividade dos mercados”. SCHWARTZ, Ivo E. Zum Konzept ‘Gemeinsamer Markt’. In: HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg). *40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag*, p. 158.

<sup>26</sup> Entre a doutrina clássica ver o tema em BALASSA, B. *Op. cit.*, p. 13 e 287-314.



Européias. Estes perseguem, em essência, objetivo idêntico, qual seja, “o de criar entre dois ou mais Estados soberanos um espaço econômico unificado e homogêneo, que ofereça condições análogas as de um mercado interno”<sup>27</sup>. Este objetivo foi marcado terminologicamente nos referidos tratados por inúmeras variantes, tais como união aduaneira, união econômica, mercado comum e comunidade econômica<sup>28</sup>. Posteriormente, tal objetivo foi contemplado também com lugar de destaque no Tratado de Roma, como reflexo do objetivo econômico da Comunidade. Trata-se, para PESCATORE, de expressão com muito mais conteúdo indicativo que normativo, de contornos muito mais amplos (*flottants*) que a de união aduaneira<sup>29</sup>.

A constituição de um mercado comum consiste “na eliminação sistemática de obstáculos ao comércio entre as economias nacionais participantes”<sup>30</sup>, onde se pode distinguir duas séries de medidas de liberação, sendo estas as que visem a livre troca de produtos econômicos e as que pretendem a liberação dos fatores de produção. A livre circulação dos produtos econômicos abrange a livre circulação de mercadorias e a de serviços. Mas a criação de um mercado comum não significa apenas a liberação dos produtos econômicos. Deve envolver, ainda, a liberação dos fatores de produção, quais sejam, o fator humano e o capital<sup>31</sup>. Desta divisão é que os autores do TCEE partiram para o estabelecimento das quatro liberdades fundamentais, duas relacionadas ao produto, bens e serviços, e duas relacionadas aos fatores de produção, pessoas e capitais, assim como se fossem duas colunas centrais.

PESCATORE observou que o mercado comum não deve ser apenas um mercado livre de entraves, mas sim um mercado integrado, que permita o desenvolvimento das atividades econômicas, com condições equivalentes nos aspectos políticos, legislativos, administrativos e fiscais. Assim, já tratando de um mercado comum como um espaço econômico integrado, afirmou que “Uma simples liberação de trocas entre os países participantes de uma união econômica não pode conduzir à constituição de um mercado perfeito”<sup>32</sup>, pois o funcionamento da economia está profundamente influenciado pela intervenção de planos econômicos,

---

<sup>27</sup> PESCATORE, Pierre. La notion du marché commun dans les traités instituant l’Union économique belgo-luxembourgeoise, le Benelux e les Communautés Européennes. In: *En Hommage à Victor Gother*, p. 497.

<sup>28</sup> Assim, PESCATORE junta os exemplos da convenção de 1921 entre a Bélgica e o Luxemburgo, que tem o título de Convenção para o estabelecimento de uma união econômica, da primeira convenção aduaneira do Benelux, de 1944, que tinha por objeto constituir entre as partes um regime de comunidade aduaneira, e ainda o da utilização do termo mercado comum pelo TCECA, em 1951, onde ocupou especial posição já no primeiro artigo e refletiu o interesse desta Comunidade de se situar entre os objetivos de uma união aduaneira e de uma união econômica. *Idem*, p. 500.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 502.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 504.

<sup>31</sup> No que concerne à liberdade de circulação de pessoas, em sua generalidade, o Tratado do Benelux é o mais expressivo. Já o TCEE é o que contém a regulamentação mais explícita do problema da circulação de trabalhadores, pois possui medidas destinadas a liberar o regime de emprego, eliminar todas as discriminações de caráter nacional e a adotar os regimes de seguridade social. A liberação dos fatores de produção ainda abrange medidas com vistas à liberdade de estabelecimento, cujos objetivos foram contemplados com um capítulo particular no TCEE, e as com vistas à liberação de transferências financeiras. Esta última pode ser vista a partir de dois ângulos, quais sejam a liberação de pagamentos correntes e a liberação de transferências de capitais que servem a investimentos. A União econômica belgo-luxemburguesa cuidou desta dicotomia já em 1935, quando o Grão Ducado de Luxemburgo adotou a moeda belga. *Idem*, p. 516-520.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 522.

tanto estatais como privados, e pelas legislações fiscais, sociais e sanitárias dos Estados<sup>33</sup>. Uma mera abertura poderia provocar um movimento desordenado.

Por tal, pregava o autor pela necessidade de uma aproximação, com vistas ao controle dos diferentes fatores que intervêm e podem modificar o jogo do mercado. Dentre essa necessidade está a aproximação das condições de concorrência, pois, por exemplo, legislações fiscais e sociais diferentes influenciam de maneira profunda a formação do preço e a estrutura dos mercados<sup>34</sup>. Da mesma forma, atentam contra o jogo normal da concorrência no mercado comum as ajudas públicas, em suas várias facetas. Já intervenções privadas são melhores entendidas sob a ótica de estratégias econômicas e também foram vislumbradas e reguladas no TCECA, nos artigos 65 e 66, bem como no TCE, nos artigos 81 a 86. A aproximação no campo fiscal é devida aos problemas que as disparidades dos regimes ocasionam, falseando o jogo da concorrência e exigindo um controle físico nas fronteiras interiores<sup>35</sup>.

Em conclusão, o autor repetiu que o objeto dos tratados analisados é o de dois ou mais Estados politicamente soberanos, constituírem entre si um espaço econômico comum “que lhes dê parte das vantagens de um grande mercado: internamente, um potencial econômico acrescido; externamente, como fruto de sua solidariedade, uma posição concorrencial mais forte na competição internacional”<sup>36</sup>. E ainda afirmou que a profundidade dessa noção é a chave para a compreensão dos diversos tratados que buscam a formação de uma zona econômica, “nos quais tudo é ordenado em redor deste conceito central, em uma coerente e logicamente transparente unidade”<sup>37</sup>. Vale lembrar que o objetivo do Mercosul é o estabelecimento de um mercado semelhante.

Para STOFFEL VALLOTTON, a expressão não tem tradição histórica. A sua primeira utilização teria ocorrido com Briand, em 30 de maio de 1930, em um memorando do Projeto de União Federal Européia, apresentado perante a Liga das Nações, mas que, em realidade, era um projeto de união aduaneira<sup>38</sup>.

Seguindo no estudo das tentativas de conceituação, os economistas, segundo a autora, referindo-se à teoria da integração econômica de Bela Balassa<sup>39</sup>, “tendem a considerar o mercado comum como uma categoria ou grau de integração econômica regional determinada, que se coloca entre um nível de integração imediatamente superior à uma união aduaneira e inferior a uma união econômica”<sup>40</sup>. Nesse sentido, a verdade é que o mercado comum “não representa uma tipologia convencional determinada. Isto não impede (...) que a prática convencional possa dar lugar mais adiante à confirmação da expressão ‘mercado comum’ como denominação de um

---

<sup>33</sup> *Idem*, p. 523.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 528.

<sup>35</sup> Em seu artigo, PESCATORE analisou duas propostas suas de solução destas disparidades e retratou como os diferentes tratados viram a questão. A primeira que levantou foi a harmonização entre si dos sistemas fiscais. A outra, menos radical, consistia numa verdadeira unificação de taxas e de impostos. *Idem*, p. 536-537.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 545.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 546.

<sup>38</sup> Há ainda quem observe que ela remonta aos trabalhos preparatórios da Constituição norte-americana de 1787. STOFFEL VALLOTTON, N. *Algunas consideraciones sobre las nociones de ‘mercado común’ y ‘mercado interior’ en el Tratado de la Comunidad Europea*, p. 262, nota de rodapé n. 19.

<sup>39</sup> Exposta principalmente em BALASSA, B. *Op. cit.*, 453 p.

<sup>40</sup> STOFFEL VALLOTTON, N. *Op. cit.*, p. 265.

modelo específico de tratado de integração econômica regional (...), isto é, uma associação de Estados que comporte entre os mesmos uma livre circulação (...). Ainda assim esta descrição seria insuficiente e não representaria tudo o que supõe o mercado comum no TCEE, senão somente o núcleo principal de um processo dinâmico muito mais complexo (...)”<sup>41</sup>.

Isso posto, a autora passa a estudar o conteúdo material da noção. O artigo 3º. TCE enumera os meios de ação para o estabelecimento do mercado comum, meios estes que são desenvolvidos nas demais disposições do Tratado. Contudo, o fato de o artigo citado não determinar quais meios pertencem realmente a um âmbito material, daria a entender que a expressão “abarca todos os meios de ações previstos no TCEE, o que equivale a pensar que a expressão é muito ampla”<sup>42</sup>. Esta é, diga-se, a visão que este capítulo expõe e da qual se parte para o incremento do rol de liberdades fundamentais.

Já outros autores referem que a expressão “abarca somente um núcleo determinado de ações, essencialmente limitado ao âmbito das ‘quatro liberdades’ e da liberdade de concorrência”<sup>43</sup>, como observa ela. Mesmo essa visão, por incluir a concorrência, seria parcialmente satisfatória aos objetivos aqui propostos. A diferença é que na visão aqui buscada, a liberdade de concorrência não aparece ao lado das demais liberdades, mas sim é uma delas, qual seja, a quinta. Vale lembrar que idêntica definição reducionista também é oferecida à expressão de mercado interno. Uma visão muito reducionista, como se verá, eliminaria a concorrência do rol dos elementos do mercado interno.

Em verdade, a doutrina apresenta um balanço entre as noções mais amplas e mais restritivas de mercado comum. A mais restritiva seria resumi-lo às quatro liberdades, o que não é aceito por STOFFEL VALLOTTON, pois ela considera este pensamento reducionista compatível com a noção de mercado interno! Assim tratando o caso, a autora compactua de uma noção ampla de mercado comum, da qual parte em seu trabalho para efetuar a comparação entre esta e a noção de mercado interno<sup>44</sup>, cujos resultados serão vistos mais adiante.

A idéia buscada nesta parte do estudo é exatamente o contrário. Certo era que o mercado comum abarcava o tema e as normas destinadas à liberdade de concorrência. Com o surgimento do objetivo de mercado interno e das visões reducionistas que pregavam a sua limitação às quatro liberdades, aquelas aqui também posteriormente afastadas, surgiram vozes de que ele abarcaria exatamente os temas elencados no seu conceito, este sim inserido no Tratado. O resultado era que a liberdade de concorrência deixaria de ser um tema do mercado interno.

Essa visão é condenável. Os esforços de manutenção do assunto sob a esfera do mercado interno foram tamanhos que até permitem ser dito que a liberdade de concorrência, além de ter sido mesmo jurisprudencialmente inserida no conceito desse mercado, como se verá na parte seguinte, se transformou ou foi elevada a uma liberdade econômica fundamental.

---

<sup>41</sup> *Idem*, p. 268.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 269.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 270.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 278.

Retorne-se, agora, à noção de mercado comum. BLECKMANN observa que a doutrina não se esforçara na busca de uma definição precisa para o conceito de mercado comum e que os livros que disto se ocuparam continham uma conceituação muito indefinida. Com isso, o conceito terminava sendo definido por uma generalidade de normas jurídicas que iam das liberdades até as proibições de cartéis e subvenções. E ainda observa que o mesmo conceito, em função de uma interpretação gramatical, utilizado em diferentes normas dentro do Tratado, deve ser diferentemente compreendido, assim o caso dos artigos 3º. letra g TCE e 298 TCE<sup>45</sup>.

Isso posto, o autor tenta aclará-lo a partir de uma visão conjunta de todas as determinações do Tratado, à luz dos objetivos deste. Primeiro, numa concepção fática, observa que o Tratado objetiva um sistema de economia de mercado. Portanto, precisar-se-ia recorrer ao conceito de mercado da escola liberal, que ele vê a partir de três elementos<sup>46</sup>. O primeiro é o mercado, isto é, o local onde se encontram a oferta e a procura dos produtos e dos meios de produção. A este conceito, então, se agrega o de comum, relacionado à área dos Estados-membros. A partir de então é possível definir o conceito de integração, que para ele tem um lado político e outro econômico. Logo adiante o autor fala do papel do direito para a criação dos requisitos necessários para uma livre integração mercadológica<sup>47</sup> e para a remoção das barreiras e impedimentos para a livre circulação, pois do contrário o mercado comum seria repartido em muitos mercados nacionais. Contudo, a ordem jurídica do mercado comum com as liberdades e a neutralidade dos Estados-membros na questão da concorrência somente cria os pressupostos jurídicos para a integração de fato dos mercados<sup>48</sup>.

O segundo elemento parte da idéia de que só a oferta e a procura não conduzem a uma maximização dos objetivos econômicos e dizem respeito a uma estruturação jurídica do mercado. Esta envolveria uma adaptação da concorrência, em que os participantes não possuiriam um poder de mercado que lhes permitisse definir o comportamento dos demais participantes deste. Portanto, o Tratado deve combater a criação de cartéis e monopólios e o exercício de poder de mercado através dessas figuras.

O último elemento do conceito de mercado comum pressupõe a proibição de subvenções que distorçam a concorrência e uma neutralidade dos Estados no que se refere à economia de mercado. Nesse sentido, abrange o mercado comum todas as medidas jurídicas orientadas para a unificação e harmonização das normas nacionais e é “o único conceito chave do Tratado que destina local apropriado para determinações

---

<sup>45</sup> BLECKMANN, Albert. *Zum Begriff des Gemeinsamen Marktes im EWG-Vertrag*, p. 5.

<sup>46</sup> Hans von der Groeben, em seu discurso de 16 de junho de 1965 no Parlamento Europeu em Strassburg, também descreveu o conceito de mercado comum segundo três elementos: a abertura do mercado interno com o objetivo final de supressão de todas as fronteiras internas e controles fronteiriços, a remoção dos falseamentos da concorrência e o desenvolvimento de uma concorrência funcional e efetiva e a promoção de uma possível concorrência internacional não-falseada. VERLOREN van THEMAAT, Pieter. Einige Bemerkungen zu dem Verhältnis zwischen den Begriffen Gemeinsamer Markt, Wirtschaftsunion, Währungsunion, Politische Union und Souveränität. In: BAUR, Jürgen F.; MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZULEEG, Manfred (Hrsg.). *Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht: Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag*, p. 461-462.

<sup>47</sup> BLECKMANN, A. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 9.

em âmbito de um amplo sistema político-econômico<sup>49</sup>. Assim, o conceito de mercado comum se limitaria à execução das liberdades fundamentais e à proibição de cartéis e monopólios.

Seguindo com interpretações doutrinárias, SCHWARTZ estuda os significados programáticos e constitucionais que tinha e têm a palavra mercado comum. Segundo ele, Pierre Uri criou o termo mercado comum em abril de 1950, para a Comunidade Européia do Carvão e do Aço. Contudo, o novo conceito não estava presente na declaração de Robert Schuman de 9 de maio de 1950. Tal fato não afastava o conhecimento de que tal visão envolvia a fusão de mercados e garantia o alargamento da produção e, sobretudo, representava uma contraposição a cartéis internacionais que, mediante repartição e exploração de mercados nacionais com práticas limitadoras, aspiravam a manutenção de altos lucros<sup>50</sup>.

Na primavera de 1956, Hans von der Groeben e novamente Pierre Uri desenvolveram o conceito de um mercado comum, que serviu ao Relatório Spaak<sup>51</sup>, envolvendo uma união aduaneira e um mercado comum geral, de caráter horizontal, sem exceção de matérias e livremente concebido<sup>52</sup>. Decidiram-se, assim, por um progressivo atingimento de uma economia de mercado em nível europeu, caracterizada pelo princípio da economia de mercado, nominalmente uma livre circulação de bens, pessoas e empresas, bem como uma concorrência entre empresas que não seja falseada.

Então o TCEE vem a abarcar este abrangente conceito que, por sua generalidade, envolve todos os fatores de produção, capitais, pessoas, bens, prestação de serviços, indústria, prestadores de serviços, instituições de crédito, bolsas, seguradoras e até a administração pública. Igualmente encerra a proibição de limitações à concorrência por empresas privadas e públicas e do falseamento da concorrência ocasionado pela ação dos Estados. Compreende ainda a autorização a órgãos comunitários para a tomada de medidas, bem como para a aproximação de normas internas que deturpem o mercado. Posteriormente, segundo SCHWARTZ, a jurisprudência tornou o mercado comum quase um mercado interno, mas não inteiramente. Para ele, “Mercado interno significa um mercado comum desenvolvido” e dois elementos adicionais teriam sido acrescentados, quais sejam um espaço e sem fronteiras internas<sup>53</sup>. Um espaço sem fronteiras internas, com a necessária remoção delas, é o núcleo do mercado interno nesta nova concepção, como será visto detalhadamente adiante.

Da leitura de SCHWARTZ também é possível pensar em mais liberdades. Segundo ele, “A partir da instituição mercado comum como conceito de livre circulação econômica se podia desenvolver um catálogo de liberdades fundamentais européias dos atores do mercado. Estas liberdades criam uma ordem jurídica (*verrechtlichen*) e constitucionalizam (*konstitutionalisieren*) a política de mercados livres. Elas eram agregadas à concepção de um mercado comum e foram contidas

---

<sup>49</sup> *Idem*, p. 7.

<sup>50</sup> SCHWARTZ, I. E. *Op. cit.*, p. 154.

<sup>51</sup> A descrição do mercado comum feita pelo Relatório Spaak pode ser vista em MORTELMANS, Kamiel. *The common market, the internal market and the single market, what's in a market?*, p. 102.

<sup>52</sup> SCHWARTZ, I. E. *Op. cit.*, p. 155.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 158.

pelo Tratado de Roma, mesmo que não expressas”<sup>54</sup>. Logo após esta colocação, passa o autor a considerar a questão da concorrência, cujo tratamento é imperioso para a efetivação do mercado comum e não apenas para a do mercado interno. Por fim, o autor é taxativo ao afirmar que “Esta liberdade de concorrência pode-se caracterizar como a quinta liberdade fundamental europeia”<sup>55</sup>. Isso representa algo como ver que o conceito aqui estudado de mercado comum já era suficientemente abrangente para passar a abarcar a liberdade de concorrência como uma quinta liberdade econômica fundamental. Pertinente ao aqui defendido, essa parece ser a mais brilhante manifestação de SCHWARTZ. A ela se voltará novamente quando da discussão de se o novo objetivo, de mercado interno, ainda estaria a manter a liberdade de concorrência em seu conceito, que se lido literalmente, não a comporta.

Se bem entendido, em sede de conclusão dos quatro levantamentos doutrinários sobre a noção de mercado comum, é de ser afirmado que a liberdade de concorrência já nesta fase poderia ser vista como a quinta liberdade econômica fundamental comunitária e até dispensaria o esforço a ser realizado de caracterizar seu ingresso neste rol apenas quando do mercado interno. Mas tanto também é cientificamente difícil de ser afirmado. Ademais, como dito, o esforço realizado para a sua inclusão no conceito de mercado interno é que pode ter brindado-a com a nova classificação de quinta liberdade aqui buscada. Todavia, a noção de mercado comum disponibiliza meios capazes de impor respeito às normas da concorrência<sup>56</sup>. A afirmação de que o mercado comum já via a liberdade de concorrência como uma liberdade fundamental é perigosa, pois neste caso o mercado interno, ao prever apenas as quatro outras liberdades, seria menos que o mercado comum. Mas não é possível negligenciar que o mercado comum compreenda a liberdade de concorrência. O problema é entender-se que somente ele a comporta. Este trabalho, por primeira tarefa, busca averiguar a impropriedade dessa afirmação nos dias de hoje e muito mais ainda a de que nem o mercado comum, nem o mercado interno, a comportariam, muito menos como uma liberdade fundamental. Antes pelo contrário. Caso se entenda que ela não estava abrangida pelo mercado comum, se quer dizer que o mercado interno veio a abarcá-la. E mais, que a importância a ela dispensada a elevou ao rol das liberdades econômicas fundamentais. Enfim, o mercado comum foi estabelecido na Comunidade Europeia em 1º de janeiro de 1970, entre os seis Estados-membros originários.

Também o Tribunal tentou definir o termo, no Caso Gaston Schul<sup>57</sup>, de 1982, para quem “o estabelecimento de um mercado comum visa a eliminação de todos os entraves ao comércio intra-comunitário, com a finalidade da fusão dos mercados nacionais num mercado único, que seja o mais próximo possível de um verdadeiro mercado interior”. Em síntese, o termo mercado comum, segundo a jurisprudência,

---

<sup>54</sup> *Idem*, p. 159.

<sup>55</sup> *Idem*, p. 163.

<sup>56</sup> Como componentes do mercado comum, SEIDEL agrega à realização das quatro liberdades e à garantia de um sistema de concorrência que não seja falseado, a realização de uma união aduaneira externa, isto é, a introdução de uma tarifa externa comum e de uma política de comércio comum. SEIDEL, Martin. Die Vollendung des Binnenmarkts der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsetzungsprozeß. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1457. Todavia, tal componente é melhor classificado como parte de um estágio prévio à fase de mercado comum. Assim, ele seria elemento da fase de união aduaneira.

<sup>57</sup> Caso Gaston Schul, EuGH, Slg. 1982, p. 1409.

diz respeito à eliminação de todas as barreiras ao comércio interno com o objetivo de fusão dos mercados nacionais em um mercado único, cujas condições se assemelhem àquelas de um efetivo mercado interno. De fato, REICH, em artigo em que analisa quatro pontos de relevância prática, no qual afirma que atrás do conceito de mercado interno se esconde um complexo problema de eficácia jurídica, observa que o conceito de mercado comum não provém do legislador comunitário, mas sim da jurisprudência<sup>58</sup>, mesmo antes daquele julgamento, ou seja, pelo Caso *Deutsche Grammophon c. Metro*<sup>59</sup>, de 1971.

Uma vez conceituado, o seu estabelecimento não foi tarefa fácil. Como esse mercado foi ao longo do tempo lá atingido é o que será visto a seguir.

A primeira das ações para a realização do mercado comum, o que envolve também a conformação das liberdades fundamentais, é a conhecida como integração negativa. Ela prevê a supressão dos obstáculos nacionais às liberdades de circulação pela progressiva redução das possibilidades de exercício de políticas autônomas nacionais excessivamente perigosas. No desenvolvimento desta ação, a liberdade de circulação de bens foi um meio preferente<sup>60</sup>.

Tendo que essas liberdades foram, no princípio, apenas complementares, pelo mesmo motivo, agora, a concorrência pode estar sendo meramente entendida como uma ação complementar. Mas os conceitos dela e de mercado comum evoluíram e hoje a concorrência pode ser vista como uma liberdade fundamental. As primeiras manifestações, neste sentido, foram tidas com o Caso *GEMA*<sup>61</sup>, quando foi afirmado que a liberdade de concorrência formava parte dos meios para lograr o mercado comum.

Mas somente a integração negativa não era suficiente. Era necessária também a integração positiva. Esta integração implica na criação de condições jurídicas adequadas, através do processo de harmonização<sup>62</sup> e uma igualmente progressiva transferência de competências estatais aos órgãos comunitários, então chamados a executar uma política geral e ações comuns.

Ainda assim, a realização do mercado comum não dispensaria a coordenação das políticas econômicas. Este mecanismo foi reforçado com o Tratado da União Européia que, em sua nova redação do artigo 2º. TCE, teve a expressão genérica de coordenação das políticas econômicas substituída pela de estabelecimento de uma união econômica e monetária<sup>63</sup>. Ademais, o TUE consagrou a filosofia neo-liberal no TCE ao inserir no artigo 4º. deste o princípio de uma economia de mercado aberta e de livre concorrência.

Na seqüência, STEINDORFF apresenta a consumação da jurisprudência na busca por um efeito direto para as liberdades e para a efetivação do mercado

---

<sup>58</sup> REICH, Norbert. *Binnenmarkt als Rechtsbegriff*, p. 203.

<sup>59</sup> Caso *Deutsche Grammophon c. Metro*, EuGH, Slg. 1971, p. 487.

<sup>60</sup> Até o surgimento do Ato Único Europeu, as demais liberdades ocuparam um espaço de meios complementares, ainda que imprescindíveis. STOFFEL VALLOTTON, N. *Op. cit.*, p. 271.

<sup>61</sup> Caso *GEMA*, EuGH, Slg. 1981, p. 147.

<sup>62</sup> STOFFEL VALLOTTON, N. *Op. cit.*, p. 273.

<sup>63</sup> *Idem*, p. 276.

comum<sup>64</sup>. Primeiro tinha-se o princípio do país de destino ou país de execução. Segundo ele, o bem tinha que satisfazer as normas e exigências do respectivo Estado de destino ou da ação. Nesse estágio do desenvolvimento as liberdades fundamentais se limitavam a contar com os efeitos da proibição de tratamento discriminatório. Na hipótese de manutenção dessa prática, as regras de adaptação ficariam difíceis de serem aplicadas, pois deveriam encontrar as normas onde cada país de destino colocasse suas medidas e, sobretudo, mostrava-se esse princípio incompatível com um mercado interno sem fronteiras<sup>65</sup>.

Por fim, procurou a jurisprudência encontrar um caminho compatível com o objetivo da conformação das liberdades fundamentais e do mercado comum. Foi com os Casos Dassonville<sup>66</sup>, de 1974, e Cassis de Dijon<sup>67</sup>, de 1979, que a jurisprudência sobre o artigo 28 TCE se desenvolveu no sentido da adoção do princípio do país de origem. O princípio do país de origem representa que bens e serviços possam livremente circular no ambiente comunitário, desde que eles cumpram as exigências do Estado de origem e, quando existente, correspondam à regra comunitária<sup>68</sup>. Cassis de Dijon contribuiu com a regra do reconhecimento recíproco<sup>69</sup>, aqui sinônimo do princípio de país de origem. O resultado encontrado para o caso foi uma invenção do Tribunal, já que nenhum dos litigantes, nem a Comissão o haviam sugerido<sup>70</sup>. Assim, foi estabelecida a solução entre o princípio do país de destino e o princípio do país de origem, ademais de ter representado uma ruptura preparatória para uma ordem de mercado liberal<sup>71</sup>. Tal princípio era condizente com o objetivo de mercado comum. Só através deste seria possível que bens, serviços e pessoas fossem liberados das barreiras que deviam ser satisfeitas para o ingresso ou realização de atividade em

---

<sup>64</sup> CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ chamam esta estratégia de estratégia de equivalência. Para os autores, a diversidade de legislações continuou a ser um obstáculo e, para contornar este, se recorreu a uma técnica importada do direito internacional privado, qual seja, a aplicação do direito do país de origem da mercadoria ou do serviço, ou do princípio do país de origem. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 31. O papel do direito internacional privado como norma de solução de conflitos vem sofrendo alterações em função do por ele conhecido como princípio do reconhecimento (*Anerkennungsprinzip*) desde 1º de março de 2002, com a entrada em vigor na Comunidade Européia do Regulamento n. 44/2001, relativo à competência judicial e à execução de resoluções judiciais em matéria civil e mercantil, conhecido pela denominação de Bruxelas I, que são mencionadas em JAYME, Erik; KOHLER, Christian. *Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe*, p. 483-484.

<sup>65</sup> STEINDORFF, Ernst. *Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt*, p. 690-691.

<sup>66</sup> Caso Dassonville, EuGH, Slg. 1974, p. 837.

<sup>67</sup> Caso Cassis de Dijon, EuGH, Slg. 1979, p. 649.

<sup>68</sup> REICH, N. *Op. cit.*, p. 205. Assim, cada mercadoria e serviço podem ser vendidos em todo o mercado comum quando cumpram as exigências legais do Estado-membro de origem e cada pessoa pode trabalhar de forma dependente ou independente em qualquer Estado-membro se dispuser de certificação que ateste a capacidade necessária em seu país de origem. Ele significa que bens e serviços podem ser oferecidos em qualquer lugar da Comunidade sem enfrentar barreiras, quando sua qualidade cumpre as exigências do país de origem, e que pessoas podem exercer suas atividades se elas possuem as qualidades profissionais exigidas pelo seu país de origem. Para STEINDORFF, o ofertante deve poder oferecer o seu produto segundo as regras aplicáveis em seu país. STEINDORFF, E. *Unvollkommener Binnenmarkt*, p. 165.

<sup>69</sup> Ver um rol de atos da Comunidade ou propostas da Comissão que empregam tal princípio em GRABITZ, Eberhard. Über die Verfassung des Binnenmarktes. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1237 e 1238.

<sup>70</sup> MORTELMANS, K. *Op. cit.*, p. 125.

<sup>71</sup> DAUSES, Manfred A. *Die rechtliche Dimension des Binnenmarktes*, p. 10.



outro Estado-membro e que os consumidores tivessem a garantia do acesso dos produtos. Isso é o que foi atingido com as primeiras medidas para o estabelecimento do mercado comum.

Posteriormente ao surgimento desses paradigmáticos casos, a Comunidade enfrentou uma forte crise ocasionada pela alta do petróleo, que conduziu a integração a um estado de hibernação. A jurisprudência existente já não era mais suficiente para a construção do mercado comum<sup>72</sup>. Neste momento ficou evidente que a Comunidade necessitava de um empurrão em âmbito econômico e político. Um dos instrumentos que estiveram à frente deste relançamento foi o da aproximação legislativa<sup>73</sup>. Era também necessário reagir contra as novas tendências protecionistas e remover as limitações à livre circulação ainda existentes em grande número. A crise ensejou o lançamento de uma nova proposta para o alcance de uma outra fase do processo de integração, qual seja a de mercado interno. O Caso Gaston Schul havia esclarecido o que significava realização do mercado comum<sup>74</sup>. Mesmo assim, o estabelecimento de uma linha divisória entre os conceitos é objeto de forte discussão ainda hoje.

Para o encaminhamento dessa nova proposta, foi lançado o Livro Branco da Comissão para a consecução do mercado interno, aprovado em 29 de junho de 1985 pelo Conselho Europeu, reunido em Milão<sup>75</sup>. Ele foi uma combinação de idéias do socialista francês Jacques Delors e do conservador britânico Lord Cockfield<sup>76</sup>, este membro da Comissão e por tal um dos arquitetos do projeto, pensamentos aos quais foram agregados os do Plano Dekker e os do Grupo Crocodilo. Como se depreende, foi após os julgamentos até aqui vistos que a Comissão introduziu a definição do conceito no Livro Branco. Por isso é que este documento é tido como o principal<sup>77</sup> documento de interpretação do artigo 8º. a TCEE<sup>78</sup>, posteriormente introduzido pelo Ato Único Europeu no Tratado de Roma.

Do Livro Branco surgiu o novo conceito de mercado interno que está no Tratado, motivo pelo qual a ele aqui se reporta grande importância. Para SCHMIDHUBER, “Este programa não é nenhuma nova política e nenhuma renúncia do caminho inicial, mas a conseqüente continuação do desenvolvimento que em 1957 fora iniciado”<sup>79</sup>. Nele foram listadas todas as barreiras que ainda contrariavam a realização do mercado comum. Com ele a Comissão estabeleceu um concreto programa de ação para o atingimento do objetivo, baseado em um catálogo de medidas para a remoção das barreiras e para a melhoria do ambiente para a ação

---

<sup>72</sup> KAHL, Wolfgang. Art. 14 EG-Vertrag. In: CALLIESS, Christian; RUFFERT, Matthias (Hrsg.). *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV*, apartado 1, p. 507.

<sup>73</sup> THIEFFRY, Jean; VAN DOORN, Philip; RADTKE, Christoph Martin. *Die Vollendung des Europäischen Binnenmarktes bis 1992*, p. 123.

<sup>74</sup> Caso Gaston Schul, EuGH, Slg. 1982, p. 1409, apartado 33.

<sup>75</sup> SEIDEL, sobre o surgimento do Livro Branco, entende que ele e o então novo programa de ação da Comunidade estiveram fundamentados num retardamento das ações que vinha sendo observado na década anterior. SEIDEL, M. *Op. cit.*, p. 1467.

<sup>76</sup> MORTELMANS, K. *Op. cit.*, p. 128.

<sup>77</sup> STOFFEL VALLOTTON, N. *Op. cit.*, p. 302.

<sup>78</sup> GRABITZ, Eberhard; von BOGDANDY, Armin. *Vom Gemeinsamen Markt zum Binnenmarkt: Statik und Dynamik des Europäischen Marktes*, p. 174.

<sup>79</sup> SCHMIDHUBER, Peter M. *Perspektiven zum europäischen Binnenmarkt*, p. 982.

transfronteiriça das empresas<sup>80</sup>. Previu ainda medidas em grande número, algo como um programa legislativo para adquirir em sete anos o que a Comunidade deveria ter realizado nos trinta precursores<sup>81</sup>. Ademais, o Livro Branco continha a determinação de uma nova concepção na política da aproximação legislativa. O objetivo de consolidação do mercado comum e o do mercado interno não queria dizer que todas as condições seriam unificadas nos Estados-membros, mas sim que as barreiras que impedissem as liberdades econômicas fossem removidas, barreiras estas que refletem sempre os seus diferentes desenvolvimentos históricos, econômicos, sociais e culturais<sup>82</sup>. Como se verá a seguir, esse sistema de aproximação legislativa não serviu somente às liberdades econômicas fundamentais, mas também à liberdade de concorrência. E mais, talvez até à inclusão desta no mercado interno como uma liberdade econômica fundamental.

O Livro é dividido em três capítulos principais. Ele previu 282 medidas de aproximação<sup>83</sup>, sobretudo regulamentos e diretivas, que deveriam estar efetivadas até o prazo de 31 de dezembro de 1992. Sobre isso, ainda trata DAUSES da opção da Comissão por um modelo de diretiva que pode ser marcado pela palavra desregulamentação, em renúncia à anterior estratégia de harmonização detalhada<sup>84</sup>.

As medidas concretas envolveram praticamente todos os campos da vida econômica<sup>85</sup> e abrangeram a eliminação de barreiras materiais ou físicas<sup>86</sup>, como por exemplo os controles de fronteiras, controles estes que dificultavam a formação de uma consciência de identidade européia comum e a circulação de bens e pessoas, principalmente. Assim, por barreiras materiais entendia-se todos os obstáculos que concernem aos controles realizados pelas aduanas em relação às mercadorias, bem como às pessoas. Até então era normal pessoas e bens serem controlados em fronteiras por ocasião da sua transposição. Os procedimentos vinham acompanhados de preenchimento de formulários e tempo demasiado de espera em filas. Tais práticas não eram mais compatíveis com a idéia de mercado interno, necessidade de compatibilidade esta, contudo, que não é o mesmo que dizer que no futuro nada mais seria controlado. Pessoas provenientes de terceiros Estados, bem como a comprovação da origem, qualidade e sanidade dos produtos permaneceriam e permanecem sob auscultação. Basta lembrar das limitações do Acordo de Schengen e das regras especiais para a Irlanda e Reino Unido<sup>87</sup>.

---

<sup>80</sup> Para SCHMIDHUBER “a remoção das concretas barreiras existentes facilita em definitivo a atividade transfronteiriça das empresas”, já que todas estas medidas ainda podem ser vistas como facilitadores para tal extensa atividade. *Idem*, p. 989.

<sup>81</sup> WEILER, J. H. H. *The transformation of Europe*, p. 2454.

<sup>82</sup> SCHMIDHUBER, P. M. *Op. cit.*, p. 982.

<sup>83</sup> A doutrina por vezes fala em 300 medidas de aproximação. BISCHOF, Hans Helmut. *Europarecht für Anfänger*, p. 116; GRABITZ, E.; von BOGDANDY, A. *Op. cit.*, p. 173; CAPELLI, Fausto. *Die Vollendung des Europäischen Binnenmarktes*, p. 12 e PIPKORN, J. *Op. cit.*, p. 182. DAUSES fala em 300 sugestões para medidas de aproximação. DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 8. KAHL fala em 282 sugestões para medidas de harmonização. KAHL, W. *Op. cit.*, apartado 2, p. 508. Parece ser mesmo este o número exato, já que é o mais citado. Assim também em MORTELMANS, K. *Op. cit.*, p. 104 e em SCHMIDHUBER, P. M. *Op. cit.*, p. 984.

<sup>84</sup> DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>85</sup> CAPELLI, F. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>86</sup> THIEFFRY, J.; VAN DOORN, P.; RADTKE, C. M. *Op. cit.*, p. 124.

<sup>87</sup> JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 84-88 e CAPELLI, F. *Op. cit.*, p. 15-19.

Além disso, continha medidas que abrangeram a eliminação de barreiras técnicas, isto é, barreiras não-tarifárias, normalmente relacionadas pelos Estados com fundamento em proteção à saúde, segurança, meio ambiente e consumidor. Envolve a remoção de obstáculos nacionais produzidos por razões legislativas, especialmente os obstáculos técnicos e comerciais causados pelas diferenças entre as regulamentações ou normas técnicas nacionais que subordinem o acesso de produtos ao mercado nacional<sup>88</sup>.

Por fim, o documento ainda se referia às barreiras fiscais<sup>89</sup>, isto é, à aproximação de normas fiscais. Envolvia a remoção de barreiras relacionadas à falta de harmonização de regulamentações de impostos. Nesse sentido, a introdução do imposto do valor agregado que valesse em toda a Comunidade era o principal avanço buscado. Além dessas três áreas de medidas, há autores que acrescentam a essa tradicional classificação uma quarta, qual seja a melhoria do ambiente jurídico e das condições sócio-econômicas para as ações transfronteiriças das empresas<sup>90</sup>.

Essas medidas representaram um elemento central para o atingimento dos objetivos. Uma grande parte delas foi tomada. Anualmente o estágio era informado através de um relatório<sup>91</sup>. Mesmo assim, um déficit de conclusão das medidas podia ser visto em dois campos, nas medidas técnicas em conjunto com a eliminação de controles de fronteira e na melhoria da infra-estrutura para o funcionamento do mercado interno.

---

<sup>88</sup> A remoção destes obstáculos foi tarefa dos três institutos europeus de normatização, que são o CEN, o CENELEC e o ITSL. Ver a questão em MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian. *Die Regeln der Technik im Binnenmarkt: Einleitung*. In: MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian (Hrsg.). *Technische Regeln im Binnenmarkt*, p. 7-16; em THIEFFRY, J.; VAN DOORN, P.; RADTKE, C. M. *Op. cit.*, p. 124-130 e em ANSELMANN, Norbert. *Die Rolle der europäischen Normung bei der Schaffung des europäischen Binnenmarktes*, p. 936-941.

<sup>89</sup> THIEFFRY, J.; VAN DOORN, P.; RADTKE, C. M. *Op. cit.*, p. 130.

<sup>90</sup> PIPKORN, J. *Op. cit.*, p. 182 e DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>91</sup> Mesmo poucos dias antes do final do prazo de 1992, permanecia em aberto a pergunta sobre o que havia sido atingido. KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*, p. 284. Áreas como pessoas e bens apresentavam ainda carências e, por certo, a manutenção de qualquer barreira cuja eliminação já houvera sido prevista, representava um sério empecilho ao avanço. SCHMIDHUBER lembra que das 282 medidas propostas pela Comissão na forma de regulamentos, diretivas ou decisões, 253, ou seja, 90 por cento foram adotadas pelo Conselho e 29 remanescentes foram apresentadas ao Conselho para adoção. Das adotadas, dois meses antes do prazo 216 haviam entrado em vigor. E 75 por cento era a média das que haviam sido transpostas, mas havia Estado que atingiu até 90 por cento. SCHMIDHUBER, P. M. *Op. cit.*, p. 985. DAUSES informou que das sugestões, em janeiro de 1990 pareciam necessárias 279, e destas, a Comissão havia apresentado 261 até o final de 1989. E até a mesma data o Conselho já havia votado 142 medidas jurídicas. Em número de 221 foram as medidas previstas no Livro Branco que foram tomadas pela forma de diretivas e que necessitaram do processo de transposição. Somente 2,5 por cento das diretivas previstas apresentaram uma transposição insuficiente. Dentre estas, as normas relativas ao meio ambiente apresentaram o maior déficit de transposição, calculado em 7,1 por cento. Em termos de estatística, vale referir que Suécia, Dinamarca e Finlândia alcançaram o percentual de 98,5 por cento de transformação de todas as normas destinadas ao mercado interno. DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 8. Segundo outra estatística, até o decurso do prazo para a conclusão do mercado interno, 90 por cento das medidas sugeridas pelo Livro Branco haviam sido votadas e 98 por cento das diretivas com esta finalidade tinham sido transpostas pelos Estados-membros. Na data de 31 de dezembro de 1992, cerca de 95 por cento das medidas previstas pelo Livro Branco haviam sido promulgadas. LENZ, Carl Otto. *Grundsätze Art. 14*. In: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.). *EU- und EG-Vertrag: Kommentar*, p. 256.

A experiência dizia, na época, todavia, que não havia garantias de que os Estados-membros concordariam com a interpretação da Comissão a esta nova fase de mercado comum como um mercado sem fronteiras internas<sup>92</sup> exposta no Livro Branco.

Uma nova tentativa para a efetivação do mercado comum veio com o Ato Único Europeu, assinado em 17 de fevereiro de 1986, em vigor desde 1º de julho de 1987, como uma forma de antecipar-se ao provável não-atingimento do proposto. O então introduzido artigo 8º. a TCEE disciplinou que a Comunidade adotaria as medidas destinadas a estabelecer progressivamente o mercado interno durante um período que terminaria em 31 de dezembro de 1992, e que o mercado interno compreenderia um espaço sem fronteiras interiores, no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais fosse assegurada de acordo com as disposições do Tratado. Era, pois, positivado um conceito de mercado interno. A nomeação expressa de algumas liberdades fundamentais em seu contexto foi o que ensejou as discussões doutrinárias de se a liberdade de concorrência continuaria a fazer parte deste novo mercado ou não.

O AUE era baseado em documentos anteriores<sup>93</sup>, que pensavam em dar ao mercado interno algo mais que uma simples função econômica. Mas, para EHLERMANN, ele se distanciou muito das idéias originais da Comissão, especialmente no tema do mercado interno. Ocorre que as determinações passaram por grandes modificações durante as negociações. Uma destas modificações foi de ordem literal. Onde diria “uma área sem fronteiras na qual pessoas (...) possam circular sob as mesmas condições que em um Estado-membro”, restou na disposição “segundo as disposições deste Tratado”<sup>94</sup>. Também os primeiros documentos da Comissão falavam em “uma área sem fronteiras” e a Conferência Intergovernamental foi rápida em precisar a expressão com o acréscimo da palavra “internas”. É, para EHLERMANN, óbvio e subentendido que a área deveria ser protegida por fronteiras externas<sup>95</sup>. Por certo a Comunidade não pretendia eliminar estas! Seguro é que ele foi

---

<sup>92</sup> EHLERMANN, Claus-Dieter. *The internal market following the Single European Act*, p. 365.

<sup>93</sup> O AUE teve como estudo precursor a Iniciativa dos ministros de assuntos exteriores da Alemanha e Itália, Hans-Dietrich Genscher e Emilio Colombo, de 4 de novembro de 1981, e o conhecido como Relatório dos Três Sábios, documento solicitado pelo Conselho a três especialistas em 1979. Tal iniciativa dupla, que previa o estabelecimento de novos objetivos políticos no âmbito dos Tratados, resultou na Declaração Festiva para a União Européia de 20 de junho de 1983, do Conselho Europeu, tomada em Stuttgart, que previu, por sua vez, uma transformação da estrutura comunitária. Estes estudos remontam à Cooperação Política Européia (CPE), isto é, aos estudos com vistas a progressos em matéria de unificação política, iniciados em 1970, com o Informe de Luxemburgo. A CPE trata-se de um procedimento de natureza intergovernamental que se desenvolve em paralelo ao processo comunitário. A sua máxima instância decisória é o Conselho Europeu. Ela representa a vontade, por parte dos Estados, de coordenar ao máximo as suas respectivas políticas. Em 1981, com o Informe de Londres, a CPE sofreu um impulso. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, p. 656. Tais discussões e posteriores conclusões foram observadas no Projeto de Tratado sobre a União Européia, de que fora artífice Altiero Spinelli. Finalmente, ações comuns no âmbito da CPE se viram incorporadas ao direito originário através do Ato Único Europeu. Uma transformação da estrutura comunitária era o objeto desta declaração, que passava pela cooperação política do Conselho Europeu, pelo compromisso de abandonar os acordos de Luxemburgo, pelos quais foi solucionada a crise da cadeira vazia, e de democratizar o acervo comunitário a fim de sentar as bases de uma União Européia. *Idem*, p. 650.

<sup>94</sup> EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 366.

<sup>95</sup> *Idem*, p. 368.

uma alternativa encontrada para superar a estagnação da unificação comunitária e reforçar o desejo para um aprofundamento da integração<sup>96</sup>.

A entrada em vigor do AUE obrigou os governos dos Estados-membros a promoverem até o prazo de 31 de dezembro de 1992 a tomada de medidas para a realização do mercado interno, especialmente as constantes no já abordado Livro Branco referentes à remoção das barreiras materiais, técnicas e fiscais<sup>97</sup>. O grande

---

<sup>96</sup> Com ele, os Estados-membros deram as costas a um longo período de estagnação política, já que representou o afastamento de um relativo cansaço e promoveu uma das maiores revisões dos tratados fundacionais. KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 5. Assim, para DAUSES, foi a mais ambiciosa reforma. DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 8. Para KOENIG e HARATSCH foi a primeira reforma fundamental. KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 17. Para HAKENBERG, o AUE representou um significativo instrumento de relações públicas que trouxe nova energia e entusiasmo. HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 7. Mais sobre este importante momento da Comunidade pode ser visto em GLAESNER, Hans-Joachim. Die Einheitliche Europäische Akte – Versuch einer Wertung. In: SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). *Der Gemeinsame Markt Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive*, p. 9-35 e em GLAESNER, H.-J. *Die Einheitliche Europäische Akte*, p. 119-152.

<sup>97</sup> A data de 31 de dezembro de 1992, e não a entrada do Ano Novo em 1º de janeiro de 1993, era o prazo da cesura do mercado interno. BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 115. Esta data representava a data final, a data para o atingimento da meta, e não a data para o início da consecução. Até lá deveria o mercado interno estar concluído, através de sucessivas medidas progressivas. Este prazo do artigo 14, n. 1 TCE carece de significado jurídico, como também acontecia com o do artigo 8º. TCEE para a realização do mercado comum, cuja data prevista era a de 31 de dezembro de 1969. O artigo 8º. TCEE expressava que o mercado comum seria progressivamente estabelecido ao longo de um período de transição de 12 anos. Isto era o mesmo que dizer que a Comunidade tinha até o ano de 1969 para cumprir a missão. Contudo, o mais significativo objetivo atingido até 1969 foi a união aduaneira, em 1968. Mas vale lembrar que esta data foi de considerável significado para o efeito direto das liberdades fundamentais. von BOGDANDY, Armin. Art. 14 EGV. In: GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard. *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar zur Europäischen Union (EUV/EGV)*, apartado 5. O AUE contém em uma de suas disposições finais um esclarecimento sobre o artigo 14 TCE, que manifesta a firme vontade política de tomar as decisões necessárias para a conclusão do mercado interno antes de 1º de janeiro de 1993, bem como que o prazo de 31 de dezembro de 1992 não traz consigo nenhum efeito jurídico automático. Em função disto, cabe esclarecer qual o significado jurídico da data. Com efeito, a Conferência dos representantes dos governos dos Estados-membros, ocorrida em 1985 em Luxemburgo, estabeleceu nos atos finais do Tratado do Ato Único Europeu o esclarecimento para o artigo 14 TCE, no sentido de que a fixação de tal prazo não trazia em si nenhum efeito automático. Assim, o decurso de tal prazo não iria provocar de nenhum modo a caducidade das limitações à livre circulação remanescentes, situação que permitiria ao artigo 95 TCE cumprir uma importante função na aproximação legislativa de matérias relacionadas ao mercado interno mesmo após o transcurso do ano de 1992. Nesta concepção, é de se interpretar que os artigos 100 a e 100 b TCEE seriam alternativas ao não-atingimento do mercado interno no prazo previsto. É igualmente possível ser dito que o prazo representava somente uma noção política e que não era diretamente aplicável. KAHL, W. *Op. cit.*, apartado 14, p. 512. De fato, o decurso do prazo previsto no artigo 14 TCE não provocou a inaplicabilidade de regras nacionais a ele contrárias. Também na jurisprudência o decurso do prazo não provocou nenhuma alteração. von BOGDANDY, A. *Op. cit.*, apartado 3. É o único prazo decorrencial do Tratado e foi mantido pelo Tratado de Amsterdam. Para von BOGDANDY, a manutenção do prazo só pode ser entendida como um ato simbólico sem significado jurídico específico. *Idem*, apartado 5. Então, o não-cancelamento do prazo por Amsterdam também não tem nenhum significado jurídico, mas representa meramente um ato de simbologia política. MORTELMANS entende que o ano de 1992 foi extremamente importante. MORTELMANS, K. *Op. cit.*, p. 104. Para PIPKORN, a carência de um efeito direto ao prazo pode também ser debitada à expressão “segundo as disposições deste Tratado”, do artigo 14, n. 2 TCE. Isso é confirmado pela declaração de não-automatidade constada das disposições finais. Todavia, o prazo contém sim alguns efeitos jurídicos, como por exemplo, a proibição de que os Estados-membros promovam medidas que dificultem o atingimento dos objetivos de realização do mercado interno, entre outros. PIPKORN, J. *Op. cit.*, p. 188. Mas o que fazer se o prazo não fosse cumprido? EHLERMANN lembra que, inicialmente, a Comissão propunha o que ele considerou uma solução radicalmente progressiva quanto ao cumprimento do prazo, já que um efeito direto foi pensado para tal cláusula. EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 370. Mas esta idéia original

desejo do AUE, a realização do mercado interno, foi em sua grande maioria atingido, mesmo que ainda existissem lacunas e problemas a serem solucionados na data prevista. Em verdade, as iniciativas para o mercado interno, tomadas a partir de 1985, desenvolveram uma reconhecida dinâmica, mas uma lista de pontos críticos permaneciam em aberto<sup>98</sup>.

O AUE tem cinco subseções que tratam de políticas comuns (mercado interno, política monetária, política social, coesão econômica e social e pesquisa e desenvolvimento tecnológico). As regras dos artigos 13 a 19 do AUE constituem o

---

necessitou ser abandonada, o que se deu em 1985. *Idem*, p. 399. Mesmo assim, os Estados-membros não estavam seguros de que o perigo do efeito direto, uma vez transcorrido o prazo, estava afastado. Então foi que das disposições transitórias constou que tal prazo não gozaria de efeitos legais automáticos, o que, para EHLERMANN, seria a representação do termo técnico efeito direto. *Idem*, p. 372. Contudo, isso não significa que nenhuma obrigação legal foi criada. NICOLAYSEN estuda, primeiramente, características gerais do fenômeno do tempo e dos prazos e do estabelecimento de períodos transitórios em direito comunitário, neste último caso, especialmente para a aproximação das ordens jurídicas, como por exemplo o período até 31 de dezembro de 1992 para a tomada das medidas previstas no Livro Branco. Também diferencia o estabelecimento de meros prazos com significados políticos daqueles que representam um dever jurídico, enquadrando o do mercado interno entre os últimos, tendo chegado inclusive a prever violação passível de ser invocada pelo artigo 232 TCE na hipótese de não-cumprimento. Neste sentido, também SCHERMERS, H. G. *The effects of the date 31 December 1992*, p. 289. Em conclusão, observa NICOLAYSEN que a integração é um processo dinâmico, um desenvolvimento progressivo. Por tal o prazo não podia ser visto como um ponto fixo absoluto. NICOLAYSEN, Gert. *Die rechtliche Bedeutung des Schlußtermins zur Errichtung des Binnenmarktes*, p. 20. Mas esta observação não deveria relativizar a importância do prazo. No caso da regra de aproximação das legislações, mesmo se o mercado interno estivesse atingido, o artigo 95 TCE não se tornaria obsoleto. *Idem*, p. 22. Segue o mercado interno a necessitar da regra para a manutenção de seu funcionamento ou busca por melhoria. Como exemplo deste raciocínio, basta observar que o atingimento em 1970 do objetivo de mercado comum não conduziu a uma extinção das autorizações do n. 7 do artigo 8º. TCEE. As conseqüências jurídicas do não-cumprimento do prazo foram contempladas no artigo 100 b TCEE. Então é possível dizer que a própria existência desse artigo dava a entender que um não-cumprimento era até esperado. O artigo 100 b TCEE é, assim, um outro argumento para poder afirmar que o prazo de 1992, junto com o dito nas disposições finais, não é automaticamente vinculante. Uma resposta final sobre o efeito legal da data é dada por SCHERMERS. O autor comenta fundamentalmente o princípio da expectativa legítima (*principle of legitimate expectation*), o efeito legal de declarações segundo o direito dos tratados e a legalidade de possíveis decisões que prorrogassem a data, o que a fixação de um prazo enseja. Assim, consoante a doutrina dos tratados, como codificada pela Convenção de Viena, segundo o autor, é devido considerar as declarações do AUE como autênticas adições a ele, isto é, vincular legalmente os Estados-membros quanto ao fato de o prazo não ter nenhum efeito legal automático. Seguindo, observa que a expressão literal da declaração também indica que nenhum efeito direto é desejado, mas isso não significa que a data não deva ter efeito algum. Já a sua alegação quanto à expectativa legítima criada por um tal estabelecimento de prazo é fundada em referências que este princípio sofreu em alguns casos julgados pelo Tribunal. Segundo ele, comerciantes poderiam influenciar-se por anúncios da Comunidade e esperar que as barreiras fossem removidas antes do prazo e que ela fosse responsável se elas fossem mantidas. Da mesma forma, uma alteração do prazo da conformação desta expectativa, ao que o Conselho não é autorizado pelo Ato, não poderia vir desacompanhada de uma compensação àqueles que realizaram investimentos baseados naquela data. Com afirmações como esta, o pensamento toma o rumo da possibilidade da invocação da data contra as instituições da Comunidade. Em conclusão, atesta que a declaração de que o prazo não cria efeitos legais automaticamente é vinculativa, mas isto não exclui todos os efeitos legais. Assim, industrialistas e comerciantes que sofressem prejuízos com a expectativa poderiam solicitar compensações e o não-cumprimento do prazo ensejaria violação do dever de agir passível de ser invocada pelo artigo 232 TCE. SCHERMERS, H. G. *Op. cit.*, p. 276-289.

<sup>98</sup> WEILER aponta como um dos motivos que a isso contribuiu o crescimento do número de Estados-membros, número este que dobrou em pouco mais de uma década e promoveu uma perda da certa homogeneidade de percepção política e orientação cultural. WEILER, J. H. H. *Op. cit.*, p. 2456.

seu ponto nuclear<sup>99</sup>. Tais regras visavam assegurar as vantagens econômicas da concorrência em uma economia de mercado e a possibilidade de emprego dos fatores de produção em um mercado em expansão e em adaptação. Nesse mercado, que tem abrangência comunitária, objetivou-se permitir a produção e o fornecimento de produtos e garantir o acesso dos consumidores às ofertas.

Para tanto, o AUE introduziu, através do seu artigo 13, o artigo 14 TCE, que comporta a definição legal de mercado interno, e o 95 TCE, este, por sua vez, através do artigo 18. Com efeito, para a concreta realização do mercado interno introduziu-se uma regra aceleradora do processo legislativo, que foi também de significado decisivo para a integração, qual seja o princípio da maioria no Conselho. As medidas de aproximação passaram a poder ser aprovadas por maioria qualificada, segundo o artigo 95 TCE. Houve ainda o fortalecimento disso tudo com a previsão de que atos, isto é, regulamentos também, e não apenas diretivas, como no caso do artigo 94 TCE, pudessem ser aprovados sob aquela nova regra<sup>100</sup>. Fundamentalmente, a introdução dos artigos 100 a<sup>101</sup> e 100 b no TCEE e a conseqüente previsão da criação de um mercado interno, no qual estivessem garantidas as liberdades econômicas fundamentais, são os elementos novos apontados como os de maior importância.

Ainda vale lembrar que acréscimos ou emendas propostas pelo artigo 16 do AUE podem ser vistos nos artigos 28, 57, 59, 70, 84 e no 49, todos do TCEE e envolvendo a questão da troca da exigência da unanimidade da votação pela suficiência da maioria qualificada em situações que antes não contavam com tal previsão. Também há introduções advindas com o artigo 17 no artigo 93 TCE, na questão da unanimidade requerida para a aproximação de impostos indiretos<sup>102</sup>.

O AUE, ademais das introduções já vistas, promoveu o alargamento das competências materiais da Comunidade, pois introduziu o artigo 102 a TCEE, sobre a política econômica, o 118 a TCEE sobre políticas sociais, seu artigo 23 introduziu o 130 a TCEE, contendo regras para uma coesão e solidariedade econômica e social, ainda determinações quanto ao desenvolvimento da pesquisa e da tecnologia e aspectos que envolvem o meio ambiente, pois ao tempo do Tratado de Roma os

---

<sup>99</sup> DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>100</sup> GLAESNER, H.-J. Die Einheitliche Europäische Akte – Versuch einer Wertung. In: SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). *Der Gemeinsame Markt Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspektive*, p. 23.

<sup>101</sup> EHLERMANN considera esta previsão do hoje artigo 95 TCE a cláusula mais importante do AUE e possivelmente de implicações mais profundas que qualquer outra cláusula de todo o documento. EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 381. Nenhuma outra cláusula foi tão discutida em detalhes, como esta que permite que votações no Conselho sejam tomadas por maioria qualificada. Ainda, a Assembléia passou a ser denominada de Parlamento Europeu e o seu papel no processo legislativo foi fortalecido com a introdução do processo de colaboração. FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maike. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*, p. 25. Pela modificação que ele ensejou nos poderes do Parlamento, WEILER vê que o AUE trouxe uma melhoria à questão do déficit democrático e da crise de legitimação. WEILER, J. H. H. *Op. cit.*, p. 2466-2474. E mais. Previu o fortalecimento da posição do Parlamento nos processos decisórios da Comunidade em matérias previstas pelo artigo 6º. do AUE. Para mais detalhes ver GLAESNER, H.-J. *Op. cit.*, p. 29-33. GLAESNER ainda se questiona quanto a um fortalecimento do papel da Comissão perante o do Parlamento, que teria ocorrido em função do processo de colaboração entre Conselho e Parlamento. Para mais detalhes ver GLAESNER. *Idem*, p. 33-34.

<sup>102</sup> O que EHLERMANN considera como um dos mais fracos aspectos do AUE. Para mais detalhes ver EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 376-381.

problemas ambientais ainda não mereciam a consciência necessária e eram possivelmente abrangidos pelo problema da indústria nuclear em construção<sup>103</sup>.

Por fim, o documento levantou uma lista de questões jurídicas que envolvem a criação da Colaboração Política Européia e o estabelecimento de metas econômicas e políticas, que alteraram a finalidade dos acordos europeus<sup>104</sup>. Uma das alterações tratadas é quanto ao objetivo da integração econômica, a partir de então visto sob a introdução do prazo para a criação do mercado interno e pela ótica da própria definição desse conceito como um espaço sem fronteiras interiores. Assim, observa GRABITZ que “O Ato Único Europeu expressa o objetivo geral da integração econômica de outra maneira que o Tratado de Roma”<sup>105</sup> e que “Uma análise mais próxima demonstra que o objetivo da integração econômica se alterou em reiteradas questões através da introdução do conceito de mercado interno”<sup>106</sup>. Já sobre a relação entre mercado comum e mercado interno, assevera que “Alguns exemplos evidenciam que mercado interno significa algo diferente e mais que mercado comum”<sup>107</sup>, antecipando discussões que a seguir serão levadas a efeito, segundo as quais entende-se que essas afirmações representam o mesmo que dizer que o mercado interno representa um novo objetivo.

Com efeito, o AUE ensejou uma discussão sobre seu mérito, que se concentrava em saber se ele representou um efetivo avanço em direção à unificação européia ou se o objetivo desta poderia ter sido atingido sem ele, ou mesmo se representou um retrocesso<sup>108</sup>. EHLERMANN, ao se referir sobre o AUE, diz que as cláusulas dele referentes ao mercado interno eram “insuficientes se vistas perante o que a Comissão originalmente queria. Na melhor hipótese, elas dão à Comunidade uma chance regular, mas não garantias de aquisição dos objetivos radicados no artigo 8º. a TCEE”<sup>109</sup>, que o AUE deixou a desejar e que os negociadores tiveram de optar entre um texto vago que seria capaz de acomodar desenvolvimentos futuros e uma fórmula mais precisa que poderia restringir o espaço de manobra desde o início. Em conclusão, afirma o autor que as cláusulas dele não eram suficientes para o alcance do mercado interno no prazo previsto, mas que isso não perigaria o *acquis communautaire*<sup>110</sup>. Para WEILER, as incertezas levaram até alguns dos mais balizados comentadores a acreditar que as inovações causariam mais prejuízos que benefícios na Comunidade, afirmação que faz em alusão a Pierre Pescatore<sup>111</sup>. Pois assim procede mesmo o citado autor, a quem se alude a seguir.

PESCATORE promove uma valorização negativa do AUE. Cita algumas inovações e novos âmbitos inseridos no Tratado pelo novo documento. Mas inicia a questionar por qual preço esses progressos foram atingidos. O autor vê um contraste entre o AUE e os trabalhos para a criação da Comunidade Européia. Durante anos, na sua visão, predominava uma proposta coerente. Já aquele não demonstrou corresponder a nenhuma concepção coerente e possuir fundamentalmente algo

---

<sup>103</sup> GLAESNER, H.-J. *Op. cit.*, p. 16-23.

<sup>104</sup> GRABITZ, E. *Die Einheitliche Europäische Akte: Rechtliche Bewertung*, p. 95-98.

<sup>105</sup> *Idem*, p. 98.

<sup>106</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>107</sup> *Idem, ibidem*. Tais exemplos referidos podem ser lidos em *Idem*, p. 98-100.

<sup>108</sup> GLAESNER, H.-J. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>109</sup> EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 403.

<sup>110</sup> *Idem*, p. 404.

<sup>111</sup> WEILER, J. H. H. *Op. cit.*, p. 2454.



compromissável, pois cada parte perseguia seus próprios objetivos, alguns Estados até contra eram e o Parlamento se deixava conduzir pelo Plano Spinelli. Já a Comissão falava no slogan mercado interno sem fronteiras, “- um dito figurativo, que mais tarde se mostrou como fatídico”<sup>112</sup>.

A principal questão levantada pelo autor é se tais mudanças representariam um avanço ou retrocesso do sistema comunitário. Para ele, o AUE não fez nada para o suprimento de lacunas na execução dos tratados comunitários, mas sim cuidou de matérias, embora importantes, mas periféricas, não trouxe nenhuma melhoria no processo de decisão, afetado desde a crise de 1965/1966, já que apenas em âmbitos periféricos ou no caso de aproximação de normas havia melhorias, também não trouxe nada para a democratização do processo decisório, abriu novas possibilidades para que os Estados-membros protegessem seus interesses nacionais, o que diminuiria a proteção jurídica dos particulares, além de observar que o estabelecimento de um novo prazo para o atingimento dos objetivos colocou em questão a jurisprudência do TJCE. Por tudo isso, a entrada em vigor do AUE representaria para a Comunidade Européia um golpe para trás.

PESCATORE clamou para que os parlamentos nacionais discutissem o seu conteúdo e não se deixassem contentar com slogans políticos. Assim, “Caso os parlamentos cumpram suas funções, é de se esperar, (...) o que seria melhor para o

---

<sup>112</sup> PESCATORE, P. *Die 'Einheitliche Europäische Akte': Eine ernste Gefahr für den Gemeinsamen Markt*, p. 154. Isto posto, passa a levantar problemas que urgentemente deveriam ter sido tratados e que ficaram de fora do AUE. Observa que a extensão das regras da concorrência à atividade do Estado, em tempos de crise, representaria um problema. Ainda, que a introdução de novos artigos nos demais documentos da Comunidade levava o leitor que não estava ao par das inovações para dentro de um jogo de palavras-cruzadas jurídicas. Sobre a introdução do slogan mercado interno, por exemplo, no artigo 14 TCE, questiona o por quê disto, se desde 1º. de janeiro de 1970 o mercado comum, um programa, para ele, muito mais abrangente, já estava conformado. A pergunta refere-se a por que prometer, baseado em uma definição reducionista de mercado interno, o que já estava atingido. E mais, considera que tal introdução reabriu um período provisório. Mas para que abrir um novo período provisório para algo que não traz consigo eficácia jurídica automática, questiona o autor. Ainda discute pontualmente as alterações advindas com a introdução dos artigos 8º. b, 8º. c, 100 a e 100 b no TCEE. Questiona o que deve significar espaço sem fronteiras interiores e o que deve se entender por razões de segurança pública do então artigo 36 TCEE. O mesmo procede em relação ao vocábulo ambiente de trabalho. Trata ainda da obscuridade do âmbito de aplicação do artigo 95 TCE e da compatibilização disso tudo com a jurisprudência existente. Adiante, observa o autor que um contato mais aproximado com as modificações permite observar que se tratam apenas de variações de temas bem conhecidos pelo próprio Tratado ou pela prática até então desenvolvida. Assim os temas de Colaboração na Política Econômica e Monetária, de Política Social e o de Solidariedade Econômica e Social. Contudo, reconhece que uma notável inovação se tem no campo da pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Além deste, apresenta o AUE modificações nas determinações sobre o meio ambiente e estabelece a relação deste com o princípio da subsidiariedade. Um último tema afeto à inovação seria a Colaboração em Política Exterior. Na seqüência, trata das modificações que o processo de decisão sofreria. Inicialmente observa que a cláusula da unanimidade permanece intacta e avilta até a possibilidade de ela ter sido reforçada. Depois diz que o processo de colaboração do Parlamento é complexo, não traz aumento em influência ou poder de decisão, enseja demoras no já complexo e difícil processo de votação e via a possibilidade de que, em caso de divergência, o processo pudesse resultar em uma não-tomada de decisão. Como se não bastasse, incursiona sua análise até às disposições finais do documento. Inicialmente questiona qual o significado e efeito jurídico que deve ter o heterogêneo esclarecimento do artigo 33 e qual o significado do estabelecimento de um prazo que não traz efeito jurídico algum. Nestes dois aspectos vê o autor novos problemas jurídicos, não apenas à luz do direito comunitário, mas também do direito internacional público. Por fim, observa a gravidade do fato de que três Estados (Grécia, Irlanda e Portugal) e mais a Dinamarca promoveram reservas em sensíveis campos de interesses nacionais que poderiam ser afetados. *Idem*, p. 155-169.

nosso futuro conjunto, abandonar esta infortuita tentativa e retornar à execução dos Tratados comunitários (...), na busca de melhores condições de vida. Este, por si já difícil processo de adaptação, aceleraria e confirmaria a desintegração da Comunidade”<sup>113</sup>.

Disso se deduz que ele considerava que o AUE estava cheio de falhas, pecava nas melhorias que deveriam ter sido feitas e, além de dizer que a entrada em vigor significaria um golpe para trás na Comunidade, não dizia onde estes assuntos todos deveriam ter sido tratados, bem como não indicava outros que necessitariam ter sido tratados. Também foi demasiado forte afirmar que os parlamentos não deveriam se deixar contentar por slogans (no caso o de mercado interno) e cumprir a sua missão, que parecia ser a de abandonar pelo caminho o AUE, como se esta fosse a missão de um parlamento.

Com suas menções, PESCATORE possuía a crítica mais contundente e receosa contra o AUE. Ele próprio parece reconhecer que as considerações que faz representam uma descrença no documento<sup>114</sup>. Se não é a mais contundente, ao menos como estratégia o seu artigo foi pleno de alcance<sup>115</sup>. É possível ser dito que meio mundo o citou. DAUSES observou que a crítica dele de que a abertura de um novo prazo de transição representaria um passo para trás perante o já atingido *acquis communautaire* não podia simplesmente ser descartada<sup>116</sup>. De fato, numerosas barreiras dificultavam o funcionamento do mercado comum. E SCHWARZE homenageou Pierre Pescatore, ao dizer que ele, enquanto juiz no TJCE e professor, prestou uma decisiva e imprescindível contribuição ao reconhecimento do presente

---

<sup>113</sup> *Idem*, p. 169.

<sup>114</sup> *Idem*, p. 156.

<sup>115</sup> Em novo artigo, PESCATORE reforça a idéia de que o AUE representaria um revés para a Comunidade Européia. Repete a sugestão de que o abandono do documento representaria um mal menor do que a sua ratificação. Afirma que o AUE é fundamentalmente enganoso, pois ignora os avanços alcançados, inclui o termo de mercado interno, que passa a designar uma arbitrária seleção de objetivos, ignorando outros, como as regras da concorrência, abre um novo período de transição, este de duração indefinida, que, contudo, não cria obrigações legais, e ainda cria novas possibilidades de reservas por parte dos Estados. Nesta mesma versão, PESCATORE escreve que o Parlamento Europeu apoiou o Plano Spinelli, o qual foi uma utopia política e de nenhum modo foi uma resposta aos problemas da Comunidade. Já na questão das reservas, passado um ano de suas primeiras observações, vê o autor que os Estados que queriam uma revisão do Tratado tiveram de pagar um alto preço aos que eram desfavoráveis. Levando em conta padrões do direito internacional, parecia não conseguir entender como os Estados que promoveram as reservas fariam as necessárias ratificações, vindo mesmo a colocar em dúvida a validade de ambas, reservas e ratificações. Mas, estranhamente, notou que os Estados que mais se empenharam na ratificação do AUE foram justamente os que impediram inicialmente a abertura de uma conferência para a revisão do Tratado. Para ele, isto mostrava que estes Estados se consideravam amplamente satisfeitos com as concessões obtidas por conta de suas aprovações ao AUE. Ao comentar partes específicas do Acordo, alega que o Preâmbulo e a Parte III, relacionada à Política de Cooperação, beiram ao ridículo. Os artigos inseridos possuem mais de 25 remissões, que para ele é a forma mais viciada de legislação, pois ao cabo ninguém pode dizer com certeza o que, precisamente, estas disposições significam e qual são seus reais objetivos e conteúdo. Portanto, para ele, ambigüidade é o termo que melhor as caracteriza. Por fim, questiona o autor, como o Tribunal poderia, na condição de última instância, interpretar um ato dirigido a destruir o que foi demoradamente construído, referindo-se ao AUE, particularmente não apenas nas questões do que agora se entenderia por mercado interno, mas nas de mercado comum. PESCATORE, P. *Some Critical Remarks on the 'Single European Act'*, p. 9-18.

<sup>116</sup> DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 9.

papel criador do direito e das esperanças tidas sobre ele<sup>117</sup>, com o que fundamentalmente é dever concordar.

Mas sobre muito do que escreveu o magistrado não foi possível deixar de se manifestar, ainda que em outro contexto temporal. Assim, EHLERMANN discordou de Pescatore ao dizer que “Longe de submergir o TCEE, o AUE o enriquece com o acréscimo de detalhes”<sup>118</sup> e que caso o mercado comum estivesse mesmo já conformado em 1970, isto é, fosse realidade e não necessitasse de nenhuma nova definição, como ele insistiu, a Comissão não teria elaborado tais medidas<sup>119</sup>. von BOGDANDY asseverou que o receio dele de que o então artigo 8º. a TCEE pudesse conduzir a um recuo da integração não se confirmou<sup>120</sup>. MORAIS observou que as suas teses pessimistas foram completamente desmentidas pela execução do Livro Branco da Comissão<sup>121</sup>. GRABITZ observou que receios como aquele de que as regras de aproximação do artigo 95 TCE poderiam perigar o *acquis communautaire* não eram juridicamente sólidos<sup>122</sup>. STEINDORFF o contradisse na busca pela compreensão da íntegra e sentido do Ato Único Europeu. Para ele, observando o sentido deste documento, de acordo com o preâmbulo, este não quer obstruir o funcionamento da Comunidade, mas melhorar, e não em interesse nacional, mas em interesse comunitário. E na questão da íntegra, ainda asseverou que o artigo 14 TCE previu medidas para a realização do mercado interno sem prejuízo das outras determinações do Tratado. Com isso, quis o autor dizer que o objetivo não margeava (*tangieren*) as liberdades nem o *acquis communautaire*<sup>123</sup>. A visão mais otimista do atingimento dos objetivos foi expressada por BANGEMANN<sup>124</sup>.

A história e os seus acontecimentos por si só responderiam ao autor que mesmo após ter encerrado as suas atividades como magistrado do Tribunal, continuou, doutrinariamente, a contribuir para a melhoria das normas do mercado comum<sup>125</sup>. Mas algumas dessas constatações necessitam ser evidenciadas. Primeiro, que a afirmada extensão das regras da concorrência à atividade estatal, em tempos de crise, não representaria um problema, como quis. Pelo contrário, é justamente em tempos de crise que o Estado necessita ser mais controlado, pois tenta manter as suas empresas artificialmente em concorrência, invariavelmente com a concessão de ajudas públicas incompatíveis com o mercado comum, com o estabelecimento de barreiras indiretas, o que compromete sobremaneira as aquisições tidas até então nos processos

---

<sup>117</sup> SCHWARZE, Jürgen. Das Recht als Integrationsinstrument. In: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. *et alli* (Hrsg.). *Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, p. 650.

<sup>118</sup> EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 369.

<sup>119</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>120</sup> von BOGDANDY, A. *Op. cit.*, apartado 5.

<sup>121</sup> MORAIS, Luís. *O Mercado Comum e os auxílios públicos: novas perspectivas*, p. 26.

<sup>122</sup> GRABITZ, E. Über die Verfassung des Binnenmarktes. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1232.

<sup>123</sup> STEINDORFF, E. *Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt*, p. 700.

<sup>124</sup> BANGEMANN, Martin. *Auf dem Weg zum EG-Binnenmarkt 1992*, 36 p.

<sup>125</sup> Considerado o pai do direito do mercado comum europeu, entre outras referências elogiosas, por ocasião de sua presença na instalação da Corte de Justiça do Acordo de Cartagena, em Quito, em janeiro de 1984, que tem os mesmos poderes que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. ORTIZ DE ZEVALLOS, Gonzalo. Common Market Law and its Influence in the Latin American Andean Region. In: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. *et alli* (Hrsg.). *Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, p. 843.

de integração, o que também é o reflexo do nexos que há entre a queda das barreiras diretas e a exposição das empresas a uma maior competitividade. A extensão da aplicação das regras da concorrência era, assim, uma medida acertada do legislador. Segundo, mercado interno não foi um mero slogan. Foi uma evolução, sentida, como será melhor argumentado a seguir. Terceiro, o estabelecimento de um prazo não tinha o interesse e não reabriu um período provisório à semelhança do aberto em 1957. Prazos em metas políticas e jurídicas são práticas comuns, assim como na vida cotidiana, onde muitas vezes até como estímulos são fixados. Por um lado, todavia, é possível entender que o questionamento quanto ao prazo era consistente. Assim, porque um novo prazo se o processo já estava em andamento para um mercado interno por via jurisprudencial ou também pelo disposto no Livro Branco? Quarto, perante a colocação de que as modificações tratam apenas de variações de temas bem conhecidos, fica-se a perguntar porque motivo o AUE foi assinado. Não teria sido pelo fato de que os temas contidos em um tratado têm mais força que se tratados em diretivas ou outros instrumentos? Por certo algum motivo houve. Pende-se a afirmar que a necessidade do relançamento tenha sido o mais visível. Quinto, sobre as modificações que o processo de decisão sofreria, ocorre que a grande maioria dos autores dá a essa nova possibilidade de aproximação de regras jurídicas enorme importância. Eles vêem a queda da necessidade de unanimidade como um avanço. Por fim, afirma PESCATORE que o AUE inclui o termo de mercado interno, que ignoraria os objetivos de concorrência. Quanto a isto, vale lembrar que alguns autores entendem que o mercado interno é menos que o mercado comum justamente por que o mercado interno se limitou ao que está expresso no seu conceito, na definição que consta do Tratado. Aqui, neste raciocínio, escreve PESCATORE, que a concorrência teria ficado de fora desse conceito. Talvez nesse ponto Pescatore mereça razão, já que o conceito de mercado interno constado do AUE parecia, em um primeiro momento, limitado, tendo ensejado várias dúvidas e retardado em muito a sua conclusiva definição. Mas há outros autores que olham o mercado interno como um mais. E há ainda os que vêem que ele sofreu uma ampliação conceitual, especialmente com o Caso Dióxido de Titânio<sup>126</sup>, na próxima parte trabalhado, vindo a abranger mais liberdades fundamentais. Em verdade, como será visto, teorias reducionistas do conceito e amplitude tanto do mercado comum, como do mercado interno, são combatíveis. Mercado interno é naturalmente um *plus* em relação ao mercado comum, segundo a conclusão que se espera obter.

Por fim, cabe afirmar que com todas essas alterações, as modificações introduzidas pelo AUE são maiores que o que se pode pensar<sup>127</sup>. Para BISCHOF, “O mercado interno foi progressivamente realizado até 31 de dezembro de 1992, ele está consideravelmente já realizado, somente isso ainda não nos é sempre consciente”<sup>128</sup>. Para KAHL, “a concepção de mercado interno foi jurídica e economicamente um impressionante sucesso”<sup>129</sup>. Todavia, a maioria da doutrina entende que até a data prevista os progressos foram grandes, mas que nem tudo pôde ser completamente cumprido. Em síntese, o termo mercado comum, segundo a jurisprudência do TJCE, diz respeito à eliminação de todas as barreiras ao comércio interno com o objetivo de fusão dos mercados nacionais em um mercado único, cujas condições se assemelhem

---

<sup>126</sup> Caso Comissão c. Conselho (Dióxido de Titânio), EuGH, Slg. 1991, p. I-2867.

<sup>127</sup> WEILER, J. H. H. *Op. cit.*, p. 2455.

<sup>128</sup> BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>129</sup> KAHL, W. *Op. cit.*, apartado 24, p. 517.

àquelas de um efetivo mercado interno. O termo mercado interno faz efetivamente parte desse conceito, motivo pelo qual agora ele é o que será visto em especial.

### 1.2.b) O mercado interno

O artigo 14 TCE estabeleceu que a Comunidade tinha até 1992 para, progressivamente, criar o mercado interno. Um mercado interno, segundo a definição do n. 2 do referido artigo, abrange uma área sem fronteiras, na qual é assegurada, segundo as disposições do Tratado, a livre circulação de bens, pessoas, serviços e capital. Esse artigo foi inserido no TCE pelo artigo 13 do Ato Único Europeu<sup>130</sup>. Ele deve sempre ser interpretado em conjunto com o esclarecimento dado ao então artigo 8º. a TCEE, pelas disposições finais do AUE, na oportunidade do seu surgimento.

Segundo o legislador, a realização do mercado interno era um dos novos objetivos<sup>131</sup> essenciais, através do qual a situação econômica e social seria melhorada. Tal representaria um avanço rumo à União Européia. Essas mudanças estavam fundadas nos desejos dos chefes de Estado expressados em 1982 em Copenhague e em 1984 em Fontainebleau, bem como no Livro Branco de 1985. O próprio conceito de mercado interno tem origem nos esforços de relançamento do projeto de integração na década de 80<sup>132</sup>.

O conceito de mercado interno produziu um quebra-cabeças<sup>133</sup> no momento de sua efetiva introdução. A chegada dessa fase do processo de integração provocou uma confusão doutrinária na classificação das liberdades fundamentais, como será visto no final desta parte.

A pergunta que aqui se deseja responder é o que se entende por mercado interno. Uma resposta a essa questão permitirá observar se ele representa um *plus* em relação ao mercado comum ou não<sup>134</sup>. Outra implicação é se ele abarca mais liberdades fundamentais que as tradicionalmente conhecidas. A proposta da Comissão para o artigo 14 TCE previa que as liberdades no mercado interno existissem segundo as mesmas condições que em um Estado-membro. Todavia, nas negociações os

---

<sup>130</sup> O termo não é uma inovação do AUE. A Comissão já o usava desde 1973. STOFFEL VALLOTTON, N. *Op. cit.*, p. 279.

<sup>131</sup> Para MÜLLER-GRAFF, o objetivo de mercado interno (*Binnenmarktziel*), em cooperação com a ordem jurídica (*Rechtsordnung*), têm como resultado um direito do mercado interno (*Binnenmarktrecht*). Assim, “Como resultado das transformações que o objetivo de integração de mercados provoca, reforça-se um ramo do direito que se deixa designar como direito de mercado, que agora se condensa como direito do mercado interno, e que permite receber também atenções jurídicas mais amplas através do reforço político do objetivo de mercado interno”. MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Binnenmarktziel und Rechtsordnung: Binnenmarktrecht*, p. 54. Características deste direito podem ser vistas em *Idem*, p. 54-65.

<sup>132</sup> Conhecida no desenvolvimento da Comunidade Européia como um período de revolução e nova orientação (*Umbruch e Neuorientierung*). Diversos acontecimentos que colocaram a Comunidade em mudança em várias áreas são retratados em GRUNWALD, Jürgen. *Die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts*, p. 414-440.

<sup>133</sup> MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>134</sup> Para GRABITZ, a recepção da meta de mercado interno pelos princípios do Tratado lançou a questão de se ele se refere a um novo objetivo ou se se trata apenas da reformulação do objetivo já conhecido de conformação de um mercado comum, que sofreria modificações com o intuito de apressar e melhorar tal conformação. GRABITZ, E. *Op. cit.*, p. 1229. Ver ainda GRABITZ, E.; von BOGDANDY, A. *Op. cit.*, p. 175.

legisladores optaram por prever que as liberdades deviam ser garantidas segundo as determinações do Tratado. Para EVERLING, “O artigo 8º. a TCEE seria sem conteúdo se dele fosse compreendido que as liberdades no mercado interno não devessem ultrapassar as já previstas no Tratado”<sup>135</sup>. A história evolutiva da jurisprudência vinha a demonstrar essa ampliação do conceito.

As medidas necessárias para a consecução dos seus objetivos não foram mencionadas. Todavia o artigo 14, n. 1 TCE prevê os instrumentos para a realização do mercado interno, entre os quais se destaca a regra da aproximação das legislações constada no artigo 95 TCE.

Os anos precedentes ao AUE tiveram importância na cunhagem do conceito de mercado interno. Uma crise econômica havia provocado uma desaceleração do progresso da integração e um aumento do protecionismo por parte dos Estados-membros. Assim, a Comissão havia começado a vincular a expressão mercado interno a uma necessidade de progresso do mercado intracomunitário. Esse relançamento do processo tem como marco o ano de 1981, em cuja Comunicação da Comissão ao Conselho a expressão constou<sup>136</sup>. Na sequência, em 1984 o Projeto Spinelli ofereceu uma primeira definição. Esta reunia as quatro liberdades fundamentais, mas excluía a liberdade de concorrência. Esse projeto não teve a esperada sorte, mas contribuiu para o posterior surgimento do AUE. Mostra, assim, que constituiu um antecedente ao artigo 14 TCE, no qual constou a expressão em definitivo<sup>137</sup>.

Com caráter decisivo para o esclarecimento da noção, surgiu o Livro Branco<sup>138</sup>. Este se constitui na “‘substância do relançamento da atividade da Comunidade’ e no documento de referência básico para a negociação do capítulo sobre o ‘mercado interno’ do AUE. Portanto, neste restou fixado o conteúdo material que abarcaria a nova noção jurídica. Neste sentido, assinala expressamente que não examina todos os aspectos da integração das economias nacionais da Comunidade, mas que ‘se limita ao mercado interior e às medidas que requeiram diretamente a criação do amplo mercado único’. Assim, reforça que exclui a intensificação das políticas econômicas, o sistema monetário europeu, a intensificação das normas de concorrência, a política comercial comum, etc., que considera ‘políticas complementares necessárias’, mas que não formam parte do âmbito material propriamente dito do mercado interno”, nas palavras de STOFFEL VALLOTTON<sup>139</sup>. Esse pensamento é apenas parcialmente aceitável. A sua parte reducionista deve ser questionada. Mesmo que tenha expressamente sido limitado em seus objetivos, o mercado interno representou um avanço em comparação ao conceito de mercado

---

<sup>135</sup> EVERLING, Ulrich. Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1162.

<sup>136</sup> STOFFEL VALLOTTON, N. *Op. cit.*, p. 281.

<sup>137</sup> *Idem*, p. 283.

<sup>138</sup> GRABITZ, E.; von BOGDANDY, A. *Op. cit.*, p. 174. Por isso que o artigo 14 TCE devia ser executado em colaboração com o Livro Branco, que é o documento que continha as medidas. Assim, o documento devia orientar as decisões com vistas à realização dos objetivos do artigo e serviu como base para a interpretação e para o trabalho de criação das novas regras. Na condição de base para interpretação, o Livro Branco encontra respaldo em STOFFEL VALLOTTON. A sua noção de mercado interno é reducionista, mas ela afirma que o termo estava vinculado a uma idéia de reforma e transformação. STOFFEL VALLOTTON, N. *Op. cit.*, p. 279.

<sup>139</sup> *Idem*, p. 285.

comum. E a demonstração desta evidência é o objetivo do segmento deste estudo conceitual.

Para a doutrina reducionista, a noção do artigo 14 TCE não parece refletir todos os aspectos do mercado comum. Ela se baseia nas discussões ocorridas durante a Conferência Intergovernamental para oferecer essa visão. Assim já foi visto em PESCATORE, para quem a nova noção excluía importantes temas. Vale lembrar que o autor ainda questionava o emprego do tempo verbal futuro para a definição de mercado interno. Perguntava-se porque era a noção apresentada como algo que iria começar de novo, sem considerar a *acquis communautaire*. Também para STOFFEL VALLOTTON, observações como essa destacam a ambigüidade da noção<sup>140</sup>. Uma dessas questões referiria-se a saber se a expressão ‘espaço sem fronteiras interiores’ significaria novos horizontes para a Comunidade. Ainda segundo essa doutrina, não é possível um espaço sem fronteiras, pois persistiriam as fronteiras políticas<sup>141</sup>.

O que estranha é o fato de que autores que vêm uma ampliação advinda com o conceito de mercado interno se baseiem no Livro Branco, documento que é justamente o fundamento do pensamento limitativo ou reducionista. Isto é, não é possível negligenciar que há autores que se apóiam exatamente neste mesmo documento para indicar que o mercado interno abarca outros elementos que não somente as liberdades citadas no seu conceito. O Livro Branco é um apoio a ambos os pensamentos. Mas ao pensamento que aqui se quer expressar, não é ele o único apoio, como será visto.

A posterior grande inovação veio com a introdução da expressão mercado interno no artigo 3º., letra c TCE, com o Tratado da União Européia, como sendo um dos meios de atingimento dos objetivos do artigo 2º. TCE, evento com o qual adquiriu sentido próprio. Todavia, o fato de a reprodução ter excluído a referência a ‘espaço sem fronteiras’ conduz novamente a uma visão reducionista, haja vista este ser motivo que impossibilita conferir um significado mais amplo à expressão e que, ainda, confirma a exclusão de várias áreas por este conceito. Não é possível desconhecer, contudo, que no artigo 3º., alínea g, aparece mercado interno, ao invés de mercado comum. Para os reducionistas, isso somente significa “a parte interna do ‘mercado comum’ na qual a liberdade de concorrência figura como um meio complementar às liberdades e em sentido parecido teria que se entender a expressão ‘no mercado interior’ do artigo 3 A TCEE”<sup>142</sup>, isto é, num sentido reducionista.

A noção de mercado comum não é suscetível de determinação precisa, nem descreve uma tipologia convencional específica, conforme já visto. As concepções ampla e restritiva convivem entre si<sup>143</sup>. Já a noção de mercado interno surgiu associada à idéia de progresso da faceta interna do mercado comum e, assim, “Se converteu num termo chave para o progresso da integração, como expressão de conteúdo político e psicológico, com um importante componente publicitário, que pretendia devolver credibilidade ao processo de integração comunitária perante a opinião pública (...). Neste sentido, como conceito jurídico político, se pode qualificar de ‘envoltura nova para um conteúdo velho’ (...). De seu conteúdo conceitual teórico

---

<sup>140</sup> *Idem*, p. 290.

<sup>141</sup> *Idem*, p. 298.

<sup>142</sup> *Idem*, p. 314.

<sup>143</sup> *Idem, ibidem*.

se deduz (...) uma noção mais estreita que a de mercado comum, ainda que mais ampla que as quatro liberdades fundamentais do Tratado, que não pretendia substituir nem superar a de mercado comum (...)”<sup>144</sup>. Restaria para a noção, então, uma conversão em simples sinônimo da faceta reduzida do conceito de mercado comum ou caracterizar a ação de integração negativa<sup>145</sup>, também já vista. Em uma última frase de STOFFEL VALLOTTON, uma das expoentes dessa visão, como é comum de se fazer, empurrou-se as respostas ao TJCE, que é “a quem corresponderá eventualmente aclarar ou dar um novo significado à noção”. Nem por isso é de se tirar o seu mérito, de ter se mostrado claramente favorável a uma posição reducionista e não apenas a de sustentar a cômoda posição do limbo. O Tribunal, em verdade, veio a julgar o Caso Dióxido de Titânio, que mais adiante será trabalhado. Tal caso pode ser entendido como uma resposta ao anseio da autora, mesmo que o julgamento tenha se dado em sentido contrário do seu pensamento.

Uma discussão inicial poderia ocorrer entre os termos mercado único e mercado interno. MORTELMANS, que prefere não se envolver na disputa que será travada a seguir entre os conceitos de mercado comum e mercado interno, observa em relação àquela que “Em uma quantidade de recentes documentos o termo mercado único é usado preferencialmente que mercado interno, que é o termo usado no Tratado. Estes documentos não trazem nenhuma indicação de como a diferença entre estes dois termos deve ser. Em holandês (*interne markt*) ou alemão (*Binnenmarkt*), de fato, somente um único termo é usado para denotar o conceito. Para mim, os dois termos (mercado interno e mercado único) parecem ser sinônimos”<sup>146</sup>. Tal idêntico pensamento leva este trabalho se afastar desta discussão terminológica e a se concentrar na outra, referente aos pólos mais distantes, os de mercado comum e de mercado interno.

Estabelecidas essas preliminares, o estudo segue com a contraposição dos conceitos. A definição legal de mercado interno, constada do artigo 14, n. 2 TCE, põe fortemente em cheque a relação entre eles. Ela apresenta três interpretações ou variantes, vinculadas às teorias da limitação (*Einschränkungstheorie*), da sinonímia (*Synonymitätstheorie*) e da ampliação (*Erweiterungstheorie*). Assim, várias são as posições levantadas. Há autores que entendem que o mercado interno é uma redução do mercado comum, outros que os termos significam a mesma coisa e terceiros que a introdução do artigo 14 TCE definiu novos complementares e precisos objetivos<sup>147</sup>.

A primeira refere que ambos os termos mercado comum e mercado interno, em essência, são sinônimos ou correspondentes, ou seja, um *aliud*. É conhecida como teoria da sinonímia. Também é conhecida como posição intermediária. Ela funda-se no fato de se crer que o Tratado utiliza ambos os conceitos, um ao lado do outro, com o mesmo significado. Nesse sentido se expressa BISCHOF, para quem, em si, por seus significados terminológicos, os conceitos são quase idênticos<sup>148</sup>. E há quem afirme que um foi substituído pelo outro. MONAR entende que desde 31 de dezembro de 1992 o termo mercado comum, no emprego referente às questões da União Européia, foi substituído pelo de mercado interno e “Sobretudo em francês e inglês o

---

<sup>144</sup> *Idem*, p. 315.

<sup>145</sup> *Idem*, p. 316.

<sup>146</sup> MORTELMANS, K. *Op. cit.*, p. 107.

<sup>147</sup> MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes*, p. 123.

<sup>148</sup> BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 116.



termo mercado comum é também empregado como sinônimo para Comunidade Européia”<sup>149</sup>. Assim também as remissões para a palavra mercado comum constadas em CREIFELDS<sup>150</sup>. Por fim, há quem não veja diferença alguma e, em consequência, nem se importe com a distinção, optando por uma utilização alternativa dos termos, como MORAIS, que entende haver uma identidade fundamental entre os conceitos de mercado comum e mercado único e mercado interno, com fundamento no Caso Gaston Schul. E que o conceito de mercado interno não tem autonomia como conceito jurídico diferenciado<sup>151</sup>.

A teoria da limitação diz que o mercado interno só se refere à garantia das liberdades fundamentais e não aos elementos de um sistema de proteção para que a concorrência não seja falseada, uma política comercial comum e à coordenação das políticas econômicas dos Estados-membros. O próprio teor do artigo que o define tornaria difícil ver além do que ele próprio prescreve. Assim, o novo artigo diria respeito a uma parte do mercado comum, qual seja a abertura das fronteiras dos Estados por meio das liberdades fundamentais. É a teoria que fundamenta as visões reducionistas antes vistas.

Todavia, para MÜLLER-GRAFF, disso não deriva um estreitamento do conceito de mercado interno. A garantia das liberdades deveria ser feita segundo as determinações do Tratado. Isso não permitiria uma consideração isolada das liberdades de circulação e exigiria a consideração também do sistema da concorrência<sup>152</sup>. Assim, a aproximação legislativa não seria só destinada às liberdades, mas também seria aplicada a facilitar a concorrência, caso se entenda esta como uma determinação do Tratado. Ainda para o autor, “Uma separação da concorrência da garantia das liberdades fundamentais seria artificial. Caso deva a defesa das liberdades fundamentais em princípio se realizar por um sistema de concorrência, também não pode o objetivo do mercado interno ser definido mais estreitamente que a compreensão de mercado comum”<sup>153</sup>.

Uma segunda argumentação contrária à teoria da limitação vem do artigo 95 TCE. As exceções do n. 2 não teriam sido necessárias se o mercado interno tivesse mesmo uma interpretação tão limitada. MÜLLER-GRAFF ainda vê argumentos neste sentido nos esclarecimentos ao artigo 8º. a TCEE das disposições finais do AUE e no Livro Branco da Comissão. Por fim, assevera que o termo abranger (compreender, na versão portuguesa) constado na definição de mercado interno significa conter, e isso, portanto, não exclui que ele venha a conter outros necessários elementos. Os ali indicados seriam, pois, apenas um conteúdo mínimo<sup>154</sup> constitutivo do coração do conceito de integração. Toda essa argumentação, embora esclarecedora, não é suficiente para confirmar nenhuma das outras duas teorias.

---

<sup>149</sup> MONAR, Joerg. *Gemeinsamer Markt*. In: MONAR, Joerg; NEUWAHL, Nanette; NOACK, Paulo (Hrsg.). *Sachwörterbuch zur Europäischen Union*, p. 173.

<sup>150</sup> CREIFELDS, Carl; WEBER, Klaus (Hrsg.). *Rechtswörterbuch*, p. 525.

<sup>151</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 27 e 35.

<sup>152</sup> MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Op. cit.*, p. 123-124.

<sup>153</sup> *Idem*, p. 124.

<sup>154</sup> MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Binnenmarktziel und Rechtsordnung: Binnenmarktrecht*, p. 10 e MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes*, p. 125.

KAHL recusa de plano a teoria da limitação, pois ela seria incompatível com a jurisprudência do Tribunal e desconheceria a natureza da integração europeia e a função dos artigos 14 e 95 TCE, aos quais é imanente um elemento dinâmico-progressivo. Assim também STEINDORFF, para quem a caracterização de mercado interno “transpõe a jurisprudência sobre mercado comum”<sup>155</sup>. Seria algo como entender que a definição de mercado interno é mais ambiciosa que a existente ou proveniente dos casos do Tribunal. Para o primeiro, “a teoria da ampliação ganha prioridade. O mercado interno corporifica um novo nível da integração”<sup>156</sup>, para a qual até a íntegra do artigo 14, n. 2 TCE, ao referir-se a um espaço sem fronteiras, contribui. Segue o autor afirmando que o “mercado interno abrange todos os elementos do mercado comum e adicionalmente a supressão dos controles de pessoas (Europa dos Cidadãos). O mais extenso cerne formam as liberdades fundamentais”<sup>157</sup> e que “De significado central é, além disso, a política da concorrência”<sup>158</sup>. Após, vem afirmar que para as políticas apoiadoras conta especialmente a união econômica e monetária. Vale ressaltar dessa afirmação que o autor não inclui a concorrência na sua observação sobre as regras apoiadoras e sim na frase anterior é que a destaca. O que faz é se referir a ela como uma política de ponta. A relação de preferência entre estas políticas será tratada oportunamente.

Em síntese, essa teoria trata o mercado interno como um *minus* perante o mercado comum. A argumentação principal é de que o mercado interno não abrange âmbitos de políticas em geral em sua definição legal, especialmente as da concorrência, agrícola, transportes e fiscal. Estes campos estariam restritos ao conceito de mercado comum e o mercado interno representaria apenas uma parte do mercado comum.

Esse raciocínio é seguido por ZACKER. Ele parte da idéia que não há um esclarecimento satisfatório para a discussão existente entre o conceito introduzido pelo Ato Único Europeu e o de mercado comum, isto é, se os conceitos se correspondem ou se o conteúdo e o âmbito de aplicação deles se diferenciam. Para ele, contudo, é consenso que o mercado comum abrange uma tarifa externa única, as liberdades fundamentais, políticas agrícola, de transporte e de comércio exterior comunitário e um sistema de concorrência não-falseado. Isso é mesmo verdade. Mas o mercado comum não possui uma definição legal e o mercado interno possui, qual seja a de um espaço sem fronteiras internas no qual as liberdades estejam protegidas, segundo as disposições do Tratado. Devido a essa limitação, o âmbito de aplicação do mercado interno seria mais estreito<sup>159</sup>. Além deste, o autor cita outros argumentos para a defesa de seu pensamento. O primeiro observa que o mercado interno não é um espaço sem fronteiras, mas sim um espaço sem fronteiras internas, assim concebido, não comportando uma tarifa externa única e nem uma política comercial exterior comunitária, e mais, sequer envolvendo a política agrícola e a dos transportes, um sistema de concorrência não-falseado e uma política econômica coordenada<sup>160</sup>. Por

---

<sup>155</sup> STEINDORFF, E. *Op. cit.*, p. 689.

<sup>156</sup> KAHL, W. *Op. cit.*, apartado 11, p. 511.

<sup>157</sup> *Idem*, apartado 12, p. 512.

<sup>158</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>159</sup> ZACKER, Christian. *Binnenmarkt und Gemeinsamer Markt: zwei Begriffe desselben Inhalts?*, p. 489.

<sup>160</sup> *Idem*, p. 490.

não constarem no conceito de mercado interno essas matérias, o mercado comum seria mais abrangente que aquele.

Afora o acima exposto, ZACKER junta mais dois argumentos relativos à interpretação literal de disposições. Um é que o artigo 7º., letra c TCEE é a única disposição do Tratado que contém o emprego dos dois termos, o que demonstra que os conceitos não podem ser idênticos. Assim, “porque os esforços para a consecução do mercado interno permitem regras de exceção, mas que não devem prejudicar o funcionamento do mercado comum, é o mercado interno uma – matematicamente expressa – parte do mercado comum”<sup>161</sup>. O outro argumento refere-se ao artigo 95 TCE, relativo à aproximação legislativa para a realização dos objetivos do artigo 14 TCE, aplicável em derrogação do artigo 94 TCE. As diferenças dos objetivos dos artigos 94 TCE e 95 TCE demonstravam mais claramente que mercado comum e mercado interno não eram a mesma coisa. Nesta situação, diz o autor que sem a existência do referido artigo as medidas de aproximação cairiam sob o artigo 94 TCE, desde que o Tratado não contivesse regras especiais. Devido ao fato de o artigo 94 TCE não ter sido revisto e permanecer aplicável, existem matérias de aproximação legislativa referentes ao mercado comum que transcendem os elementos de um mercado interno.

Não bastassem os argumentos de interpretação literal até aqui apresentados, para o esclarecimento de sua idéia de que o mercado interno é um conceito mais estreito de que o de mercado comum, ZACKER reúne alguns de ordem sistemática e histórica. Assim, a separação que o Ato Único Europeu faz entre determinações destinadas ao mercado interno e regras destinadas às políticas monetária e econômica leva a entender que a coordenação de tais políticas não estaria sujeita à preparação do mercado interno e sim ao mercado comum<sup>162</sup>, que seria maior e mais abrangente. Nessa lógica, o mercado interno reuniria as matérias dispostas no artigo 14 TCE, n. 2 e com isso o âmbito de aplicação do mercado comum seria maior.

Tal pensamento tem sua validade para a tese aqui levantada. Só uma visão extremada permite uma plena visão das modificações conceituais advindas com o Caso Dióxido de Titânio, ainda a ser visto. Dióxido de Titânio, mesmo não tendo como ponto central a discussão conceitual, parece ter em definitivo asseverado que o mercado interno abrange mais que o mercado comum, no caso em específico a liberdade de concorrência. Caso isso, por convencimentos doutrinários, já fosse tido como certo, Dióxido de Titânio até poderia ter passado despercebido. Mas esta não é a correta interpretação e relevância que o assunto merece, como se verá. O julgamento alterou a classificação da liberdade de concorrência.

A terceira e última visão entende que o conceito de mercado interno é uma fortificação e um desenvolvimento do de mercado comum. Assim, ele representa mais que um mercado comum. É a teoria da ampliação. Esta teoria diz que o mercado interno é tudo, e ainda com a decisão jurisprudencial citada envolveria também a

---

<sup>161</sup> *Idem, ibidem*. No mesmo raciocínio de que o mercado interno é uma parte do mercado comum estão KOENIG e HARATSCH, para quem também o mercado interno representa o ponto nuclear do mercado comum já atingido pela Comunidade Européia. Eles dizem que “Parte do mercado comum é o mercado interno” e que “O conceito de mercado interno é mais estreito que o de mercado comum”. KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 197 e 284, respectivamente.

<sup>162</sup> ZACKER, C. *Op. cit.*, p. 490.

concorrência, fato que serve em muito para o esclarecimento da visão que aqui se prega de tê-la como a quinta liberdade econômica fundamental.

Os defensores dessa teoria vêem o mercado comum apenas como temporário e estágio prévio para o mercado interno. Para eles, este último transcenderia o primeiro. Este é o pensamento de MÜLLER-GRAFF<sup>163</sup>, também seguido por GRABITZ<sup>164</sup>. CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ observam que “O conceito de mercado interior apresenta um alcance mais profundo que o de mercado comum<sup>165</sup>. BAQUERO CRUZ observa que o conceito do artigo 14, n. 2 TCE supera o conceito original de mercado comum do artigo 2º. TCE<sup>166</sup>. Esta terceira visão parte da idéia de que a modificação de um Tratado sempre ocorre sobre<sup>167</sup> o *acquis communautaire* existente. Neste raciocínio, o nível da integração atingido sob o conceito de mercado comum não deve ser questionado em decorrência da introdução de um novo conceito. O próprio verbo adequado ao caso, concluir (*vollenden*), utilizado no Tratado, conduz para a interpretação de que algo, já começado, necessita ser acabado, e neste caso o *acquis communautaire* estaria preservado. Para REICH, o conceito de mercado interno, antes pelo contrário, encerra “a posição jurídica já atingida e assegura ela contra as dúvidas em sua constitucional legitimidade”<sup>168</sup>. Assim, a modificação ou retrocesso no patamar atingido, o que era o medo de muitos, teria restado assegurada pelo próprio artigo 14 TCE. Também para GLAESNER, no momento em que questiona se o AUE é um avanço em direção à União Européia, “A *acquis communautaire* devia ser aceita por um Tratado para a fundação da União Européia com vistas ao atingimento da União”<sup>169</sup>. O caso é que um mercado interno, visto como um espaço sem fronteiras, pressupõe a supressão dos mercados nacionais. O fato de envolver a remoção de barreiras leva esse programa a avançar sobre a *acquis communautaire* existente. Assim, para GRABITZ, receios de que ela seria perigada não são juridicamente sólidos<sup>170</sup>. O próprio Tratado não coloca à disposição o mesmo instrumental que foi eficaz para a realização do mercado comum e nem a mesma automaticidade dos prazos para ambos os programas. De qualquer forma o conceito de mercado comum não poderia ser entendido em sentido mais estreito, porque o objetivo do Tratado devia ser manter a situação da integração até aquele momento. Numa tentativa de materialização da *acquis communautaire* é possível citar o conceito de medidas de efeito equivalente, delimitadas pelo Caso Dassonville, e o efeito direto das liberdades fundamentais.

Vistas essas teorias, reforça-se que a posição que este estudo assume é a de que o mercado interno representa algo mais que o mercado comum. Resta então definir o que é um mercado interno puro. Inicialmente, observa-se que o conceito de mercado interno tem uma influência determinante na interpretação e aplicação das

---

<sup>163</sup> MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Binnenmarktziel und Rechtsordnung: Binnenmarktrecht*, 66 p.

<sup>164</sup> GRABITZ, E. *Die Einheitliche Europäische Akte: Rechtliche Bewertung*, p. 98 e GRABITZ, E.; von BOGDANDY, A. *Op. cit.*, p. 175.

<sup>165</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>166</sup> BAQUERO CRUZ, Julio. *Entre competencia y libre circulación: el derecho constitucional económico da la Comunidad Europea*, p. 123.

<sup>167</sup> von BOGDANDY, A. *Op. cit.*, apartado 7.

<sup>168</sup> REICH, N. *Op. cit.*, p. 204.

<sup>169</sup> GLAESNER, H.-J. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>170</sup> GRABITZ, E. Über die Verfassung des Binnenmarktes. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1232.

normas relativas ao mesmo<sup>171</sup>. Por exemplo, representa uma base fundamental para a unificação econômica e política<sup>172</sup>. Vale dizer que se precisa mais que uma proteção das liberdades tradicionais para se ter um mercado interno. De fato, como já dito, a chegada do mercado interno provocou uma confusão doutrinária na classificação das liberdades fundamentais, como será ainda visto. Defende-se aqui que o mercado interno representa mais do que está expresso no seu próprio conceito<sup>173</sup>. DAUSES apresenta várias conseqüências para a relação comercial exterior da União Européia advindas com o mercado interno, mesmo que o objetivo deste seja meramente a livre circulação entre os Estados-membros, como por exemplo, a necessidade de que os bens produzidos por empresas de terceiros Estados, que desejem comercializá-los na Comunidade, correspondam aos padrões comunitários e, sobretudo, a de que o mercado interno abre a elas um novo campo de atuação<sup>174</sup>. Poderia se pensar também no sistema de aproximação legislativa, que foi modificado substancialmente para fazer jus às novas exigências. Os seus resultados podem ser vistos através do Caso Dióxido de Titânio, no qual as modificações tiveram fundamental importância, cuja solução pode ter deslocado a liberdade de concorrência de posição e ter inserido-a no mercado interno. A liberdade de concorrência seria justamente este mais do mercado interno. As implicações deste novo conceito nas regras da concorrência serão vistas agora.

Ao mercado interno pertence um sistema não-falseado de concorrência, cujos elementos centrais são a proibição de acordos e fusões limitadores da concorrência, proibição do abuso de posição dominante, o trato do direito das empresas públicas e o regime das ajudas públicas.

O mercado interno requer que todos os atores encontrem, para as suas relações de comércio, um regime jurídico que conduza à condições de concorrência iguais. Nessa perspectiva, deve ser permitido que os atores encontrem regras iguais ou que as diferenças remanescentes não produzam influências sobre suas decisões econômicas. Então, um mercado interno impede que os Estados estabeleçam medidas limitativas ao comércio, porque tais medidas contraditariam o próprio conceito. Em um mercado interno, portanto, as deformações da concorrência, sejam elas de influência pública ou privada, devem ser evitadas.

De fato, as vantagens econômicas obtidas com a realização do mercado interno, especialmente as trazidas com a remoção das barreiras, não devem poder novamente ser reavivadas ou recriadas através de acordos ou comportamentos que venham a limitar a concorrência. Em contrário a isso é que um direito da concorrência comunitário é requisito fundamental para o uso pleno das vantagens do mercado interno.

---

<sup>171</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 122.

<sup>172</sup> SCHMIDHUBER, P. M. *Op. cit.*, p. 981.

<sup>173</sup> Assim, outros elementos que não apenas as quatro liberdades, como em GRABITZ, E.; von BOGDANDY, A. *Op. cit.*, p. 174 e ZACKER, C. *Op. cit.*, p. 489-490, seguidos por FRADERA, Véra Maria Jacob de. A Jurisprudência Européia como orientadora do novo Direito. In: RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto (Org.). *Mercosur: Unión Europea*, p. 387-388 e FRADERA, V. M. J. de. *A integração européia e o Mercosul: confronto atual (direito da concorrência e integração em perspectiva comparatista)*, p. 90-91.

<sup>174</sup> DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 11.

Para SCHMIDHUBER, “O mercado interno não é um jogo, no qual haja somente uma repartição entre empresas de diferentes países e no qual uma empresa perca muito, quando outra ganhe. No mais das vezes, ganharão aquelas que mais cedo e melhor se preparam para as relações modificadas por um mercado interno”<sup>175</sup>. O autor, em uma enumeração de aspectos sobre o mercado interno, observa que ele é realidade e um dos principais ganhos da Comunidade Européia, além de evidenciar que as empresas têm a possibilidade de usarem esse novo grande mercado, que os Estados-membros não podem excusar-se, sob dificuldades técnicas, de removerem os controles de fronteiras e da colaboração efetiva, o legislador encontra coragem para leis e codificações mais facilitadoras e compreensíveis, o trânsito de informações é melhorado e que a confiança recíproca entre todos os atores políticos e econômicos se estabelece<sup>176</sup>. Já a fase de preparação ao mercado interno promoveu indiretamente modificações nas empresas nos campos de racionalização e modernização. Estas precisavam se adaptar rapidamente para o novo ambiente econômico e concorrencial que encontrariam à frente.

Para WEILER, “Um ‘mercado *européu único*’ é um conceito que ainda tem o poder de mover-se. Mas ele é também um ‘*mercado* europeu único’. Ele não é simplesmente um programa tecnocrático para remover obstáculos remanescentes à livre circulação de todos os fatores de produção. Ele é ao mesmo tempo uma escolha altamente politizada de modo de pensar (ethos), ideologia e cultura política: a cultura do mercado. É também uma filosofia, ao menos uma versão que – a versão predominante – procura remover barreiras à livre circulação dos fatores de produção, e a remover distorções à concorrência como um meio de maximizar recursos”<sup>177</sup>.

Outra discussão levada em consideração é se as regras do mercado interno poderão ser invocadas em questões em que os fatores de produção não atravessam a fronteira entre os Estados-membros, isto é, que encontram obstáculos em suas próprias normas nacionais. Essa questão, problematizada por MORTELMANS, “não é apenas de conotação acadêmica. É um problema real, especialmente em Estados federados e Estados com uma estrutura regionalizada”<sup>178</sup>.

O fato de o Tribunal ser freqüentemente confrontado com tal questão, apóia o autor em seu pensamento de que o problema não é tão simples. Mas o Tribunal tem, na maioria dos casos, rejeitado a invocação das normas comunitárias a essas situações. MORTELMANS, ao aprofundar, observa que “Uma resposta caso a caso não fornece certeza legal. Em algum momento uma decisão de princípio terá de ser dada à questão de se cidadãos comunitários, bens e serviços que não atravessam nenhuma fronteira podem também se beneficiar de normas legais que são baseadas na presunção de que, tendo em mente a definição de mercado interno do artigo 14 TCE, estas *fronteiras não mais existem*. Seria conveniente se a Comissão pudesse examinar este problema e responder a questão de se a solução deveria ser a mesma para todas as quatro liberdades (ou cinco) liberdades do mercado interno”<sup>179</sup>.

---

<sup>175</sup> SCHMIDHUBER, P. M. *Op. cit.*, p. 990.

<sup>176</sup> *Idem*, p. 990-991.

<sup>177</sup> WEILER, J. H. H. *Op. cit.*, p. 2477.

<sup>178</sup> MORTELMANS, K. *Op. cit.*, p. 133.

<sup>179</sup> *Idem*, p. 134.

Da citação do autor ainda deve-se observar que o objeto da discussão era outro. Ele estava discutindo se o Tratado poderia ser invocado para regular situações internas dos países, assim barreiras internas limitadoras do movimento de mercadorias. Ver também que no fim da passagem ele fala em cinco liberdades, mas não diz qual seria a quinta. Por certo pensa-se ser esta a concorrência, pois é ela a única em que a presença do caráter transfronteiriço ainda não é majoritariamente admitido, caráter esse que, provado existente, equipararia em satisfação de requisitos a concorrência às demais liberdades. Mas resta saber para que serve o caráter transfronteiriço, num mercado interno visto como um espaço sem fronteiras interiores, isto é, porque exigir da concorrência que para ser liberdade econômica fundamental ela tivesse que ter caráter transfronteiriço se o mercado interno, uma vez efetivado, seria um espaço sem fronteiras. A expressão chave para a definição de mercado interno é uma área sem fronteiras internas. Então, porque a necessidade de tanta atenção ao fato do transpasse de fronteiras? A este assunto se voltará.

Para von BOGDANDY, na seqüência das implicações do novo conceito na concorrência, “segundo a visão mais acertada, o aspecto da concorrência é abrangido pelo conceito de mercado interno, quando está em jogo a adaptação das (suas) condições”<sup>180</sup>. Assim, é possível compreender que o conceito de mercado interno abrange as condições da concorrência e mesmo exige a aproximação delas. A *práxis* dos órgãos da União, fundada nas medidas do artigo 95 TCE, tem servido a esta necessidade de aproximação. Assim, como será visto, o Caso Dióxido de Titânio acrescentou um sistema de concorrência não-falseada na característica do mercado interno<sup>181</sup>. Outro esclarecimento foi trazido pelo Caso Espanha c. Conselho<sup>182</sup>, de 1995. Neste, o Tribunal expressamente indeferiu o entendimento de que no artigo 95 TCE somente pudessem ser apoiados atos para a preparação ou melhoria da liberdade de concorrência e não medidas para a segurança da igualdade de concorrência. Portanto, essas medidas igualmente são apoiadas pelo artigo 95 TCE, o que pode ser interpretado como um aprofundamento da compreensão já tida a partir do primeiro caso e se pode concluir que todas as questões relativas à concorrência em sua relação com os objetivos do mercado interno estão abrangidas pelo conceito de mercado interno amplo. Para KAHL, em verdade “os órgãos legislativos comunitários promulgam na prática diretivas cujos objetivos residem exclusivamente na remoção de obstáculos à concorrência e que não demonstram nenhuma relação com as liberdades de circulação”<sup>183</sup>, relação esta que era necessária para a invocação do artigo 95 TCE antes do Caso Dióxido de Titânio.

Então o mercado interno foi conceitualmente ampliado<sup>184</sup> e passou a abranger a concorrência. Inclusive, pode ser por esse motivo que os autores mais atualizados

---

<sup>180</sup> von BOGDANDY, A. *Op. cit.*, apartado 8.

<sup>181</sup> KAHL, W. *Op. cit.*, apartado 7, p. 510.

<sup>182</sup> Caso Espanha c. Conselho, EuGH, Slg. 1995, p. I-1985, apartado 32.

<sup>183</sup> KAHL, W. *Op. cit.*, apartado 7, p. 510.

<sup>184</sup> Este mesmo processo de alargamento conceitual também foi sofrido pela liberdade de circulação de pessoas. Através dele, foi alargado o conceito de pessoa para fins de aplicação do Tratado. Tratou-se também de um processo de elevação, onde estudantes foram elevados à categoria de pessoas. Assim, segundo KAHL, “ao conceito de mercado interno correspondem funções de impulso, consolidação, suplementação e dinamização”. *Idem*, apartado 1, p. 508. O conceito de mercado interno refere-se não apenas à pessoa que tenha atividade econômica, mas também a seus familiares e às pessoas, desde que procedentes de algum Estado-membro, que não têm atividade econômica e mesmo aos familiares desta, como estudantes, universitários, pensionistas, aposentados ou pessoas que de outras rendas vivam,

passaram a mesclar a posição do trato da matéria em seus livros. Por vezes, colocam-na imediatamente após as liberdades fundamentais. É evidente que tal ampliação conceitual não poderia tirar ou modificar o capítulo de local no Tratado, mas a doutrina parece estar confusa ao permanecer classificando-a como uma política, regra apoiadora, mantê-la em um limbo entre as liberdades fundamentais e estas ou entendê-la como uma liberdade fundamental, qual seja, a quinta. E se a liberdade de concorrência está mesmo num limbo de classificação indefinida, vale o questionamento quanto a classificá-la entre as liberdades fundamentais. O que este estudo pretende é passar a ver esta agregação de matérias ao mercado interno como uma elevação da liberdade de concorrência à categoria de liberdade econômica fundamental. Uma vez confirmada essa idéia doutrinária, ainda falta, à frente, ver o que diz a jurisprudência e combater a doutrina da linha divisória, a provável ausência de um caráter transfronteiriço da liberdade de concorrência e estabelecer a prioridade dela como política entre suas pares.

Para DAUSES, os cétricos disseram que o conceito de mercado interno “é apenas um ‘remake’ do conceito de mercado comum, que deveria ter sido realizado até o final do ano de 1969”<sup>185</sup> e que a abertura de um novo prazo de transição representaria um passo para trás perante o já adquirido *acquis communautaire*. Para ele, de fato, ainda havia numerosas barreiras que dificultavam o funcionamento do mercado comum. Mas citando a clássica definição de mercado comum, por primeira vez vista no caso Gaston Schul, observa o autor que o Tribunal entende o mercado comum como um pré-estágio para o mercado interno<sup>186</sup>.

Para PIPKORN, “O artigo 8 a TCEE não objetiva de nenhum modo apenas um ‘remake’ do mercado comum”<sup>187</sup>. Para tanto, ele observa que a própria jurisprudência do Tribunal originalmente deixava claro que o mercado comum previa a remoção de barreiras, mas não a completa eliminação<sup>188</sup>. Isso só veio a ser previsto com a introdução do artigo 14 TCE. O nítido alargamento que representa o conceito de mercado interno perante o de mercado comum também é visto pelo autor a partir da previsão de ausência dos controles para a circulação de bens e pessoas que o artigo traz consigo. Contudo, não era possível ser entendido que o conceito de mercado interno absorveria o de mercado comum<sup>189</sup>. Também a questão da *acquis communautaire* não devia ser colocada em dúvida, pois o próprio preâmbulo do AUE estabelece que esse documento tem como objetivo melhorar o funcionamento da Comunidade em relação a então situação existente. Com essa teoria é possível ser dito também que mercado comum é o que seria o *minus* perante o mercado interno, como trata KAHL<sup>190</sup>.

GRABITZ é outro que adentra no tema da concorrência no mercado interno. Observa aí que o AUE não alterou as proibições constadas dos Tratados e não acrescentou nenhuma outra, e que “A lógica intrínseca do mercado interno impulsiona

---

entendimento este que remonta a momento anterior mesmo ao Tratado de Amsterdam. Pois o próprio Tratado de Roma falava em pessoas, sem proceder qualquer outra limitação. *Idem*, apartado 21, p. 515.

<sup>185</sup> DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>186</sup> *Idem*, p. 9-10.

<sup>187</sup> PIPKORN, J. *Op. cit.*, p. 184.

<sup>188</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>189</sup> Argumentos neste sentido podem ser vistos em *Idem*, p. 187.

<sup>190</sup> KAHL, W. *Op. cit.*, apartado 7, p. 510.



o desenvolvimento também de um sistema de concorrência não-falseada, como está ancorado como objetivo da Comunidade no artigo 3º, letra g TCE. Por isso é de se considerar que a concorrência como instrumento da integração<sup>191</sup> apresenta importantes particularidades em comparação com a concorrência nos mercados nacionais. No mercado comum a concorrência não é apenas um meio para organizar os mercados prioritários; igualmente importante é a sua função de alargar mercados ou de criar novos mercados”<sup>192</sup>. E segue o autor a afirmar que “De mais a mais, resulta da abertura dos mercados através do alargamento da liberdade de mercado e da igualdade de mercado que a tendência de fusão transfronteiriça de empresas se fortalecerá”<sup>193</sup>. Em conclusão, diz que a admissão do mercado interno como uma área sem fronteiras alarga funcionalmente o alcance dos direitos de liberdade de mercado, dos de igualdade de mercado, bem como da unidade do mercado comum para o exterior<sup>194</sup>. Com isso, as liberdades de mercado são alargadas, pois o mercado interno exige a remoção das barreiras materiais à circulação econômica transfronteiriça dentro da Comunidade. Já sobre a concorrência, diz que o objetivo de mercado interno não tem, em verdade, nenhum efeito jurídico direto, mas impulsiona a tomada de medidas para a segurança da abertura dos mercados e para a aproximação do direito. GRABITZ, sobre a relação aqui estudada, assevera que “Alguns exemplos evidenciam que mercado interno significa algo diferente e mais que mercado comum”<sup>195</sup>. Isto posto, cabe discordar do doutrinador na questão de que o mercado interno não tem efeito sobre a concorrência e ressaltar que ele pensa que as liberdades foram alargadas<sup>196</sup>.

Para tanto, e também sobre as implicações do novo conceito nas regras da concorrência, se encontram manifestações em REICH, que coloca em xeque a superficial interpretação falsa de que as regras advindas com o AUE não alteraram as regras da concorrência<sup>197</sup>. Para ele, “a remoção de fronteiras internas criou também problemas de aplicação para as regras da concorrência”<sup>198</sup>, pois implica numa livre circulação em todo o território da Comunidade. REICH observa que a prática até aquele momento, relativa à aplicação da cláusula da interestatalidade não mais satisfaria o vindouro mercado interno e que outros critérios precisavam ser encontrados para a disciplina da relação entre direito nacional e comunitário<sup>199</sup>. Nas regras da concorrência foi a exigência de uma interpretação ampla da cláusula da interestatalidade e, conseqüentemente da aplicação do direito comunitário da

---

<sup>191</sup> Assunto especialmente estudado em von der GROEBEN, Hans. EG-Wettbewerbsregeln und Wettbewerbspolitik als Instrumente der europäischen Integration. In: *WETTBEWERBSORDNUNG im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft: Festschrift für Gunther Hartmann*, p. 105-122 e em von der GROEBEN, H. *Die Aufgaben der Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt und in der Atlantischen Partnerschaft*, p. 1001-1018.

<sup>192</sup> GRABITZ, E. *Op. cit.*, p. 1240.

<sup>193</sup> *Idem*, p. 1241.

<sup>194</sup> *Idem*, p. 1244.

<sup>195</sup> GRABITZ, E. *Die Einheitliche Europäische Akte: Rechtliche Bewertung*, p. 98.

<sup>196</sup> GRABITZ, E. Über die Verfassung des Binnenmarktes. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1244.

<sup>197</sup> REICH, N. Die Bedeutung der Binnenmarktkonzeption für die Anwendung der EWG – Wettbewerbsregeln. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1065.

<sup>198</sup> *Idem*, p. 1066.

<sup>199</sup> *Idem*, p. 1073.

concorrência, pois, uma relevante consequência do novo conceito<sup>200</sup>. Demais consequências de uma ampla aplicação do direito comunitário, em função da interpretação da cláusula da interestatalidade sob influência do conceito de mercado interno, foram a necessidade de uma aproximação fática das regras da concorrência, o que já residia no conceito de mercado interno, e o fato de que foram evidenciados conflitos entre o direito comunitário e as políticas econômicas nacionais na nova jurisprudência relacionada com limitações à concorrência induzidas pelos Estados-membros, entre outras<sup>201</sup>.

A questão da extensão da aplicação do direito comunitário da concorrência para além dos casos que caem sob a cláusula da interestatalidade relativiza a rigurosidade dessa cláusula, mas não somente tem esse efeito. Reforça, ainda, a discussão do porquê precisaria a concorrência ter um caráter transfronteiriço para ser liberdade e entra também no âmbito da discussão do porquê da continuada atenção a essa cláusula se o mercado interno é uma área sem fronteiras internas. Da mesma forma a extensão da aplicação tem implicações na teoria da linha divisória. Uma interpretação ampla da aplicação das regras da concorrência, que supere a restrição da cláusula da interestatalidade, daria combustível à discussão da quebra da referida linha e da conseqüente impossibilidade de que ações do Estado afetem a concorrência e não estejam submetidas às regras comunitárias da concorrência, sob a alegação de que não são destinatários delas, já que o são das regras das liberdades fundamentais, como será visto mais adiante.

O mercado interno fortaleceu enormemente a concorrência entre empresas nos mercados abertos a ela<sup>202</sup>. Mas tem o outro lado da moeda. A contribuição da concorrência para a criação do mercado interno. Assim, segundo EHLERMANN, “A política da concorrência sempre realizou uma contribuição decisiva para a criação e manutenção do mercado comum. No mercado interno esta contribuição se tornou ainda mais importante”<sup>203</sup>. Por isso que a proposta aqui lançada é para a conformação do mercado comum no Mercosul. Haveria mercado interno sem concorrência? Não. Haveria concorrência sem mercado interno. Sim. Então a ordem dos fatores é que a concorrência é que possibilitou o mercado interno<sup>204</sup>. Isto implica em afirmar que para o Mercosul, um mercado comum, o estágio precursor, só poderá se conformar uma vez conformada plenamente aquela. E uma mais rápida e ideal conformação da liberdade de concorrência se teria com a visão dela inserida no rol das liberdades econômicas fundamentais, pois estas, na Comunidade Européia, comparativamente, tiveram um desenvolvimento mais acelerado.

Seja propaganda, seja relançamento de programa que sofreu atraso, tenha tido mero efeito psicológico, pouco interessa. A Comunidade evoluiu para a concretização das últimas etapas de um programa audacioso e talvez simplesmente tenha precisado de um novo conceito para diferenciar as etapas. Pois já basta a confusão com a

---

<sup>200</sup> As implicações do conceito na ampliação do âmbito geográfico de aplicação do direito comunitário da concorrência também é o foco dos estudos em MASKE, August-Carel. *Die geographische Dimension im europäischen Wettbewerbsrecht: Räumlich relevanter Markt und wesentlicher Teil im Binnenmarkt*, 287 p.

<sup>201</sup> REICH, N. *Op. cit.*, p. 1082-1083.

<sup>202</sup> EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 793.

<sup>203</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>204</sup> Esta também é a ordem que é vista em EHLERMANN, C.-D. *The contribution of EC competition policy to the single market*, p. 257-282.

numeração dos artigos do Tratado. E este novo conceito foi o de mercado interno. Como se observou, a pontual separação e diferenciação de ambos os momentos do processo de integração e dos conceitos em si é, com toda razão, um ponto problemático da doutrina. O tema é mais entusiasmante ainda quando entram na discussão as demais liberdades fundamentais, como será feito no tópico seguinte.

### 1.2.c) As liberdades econômicas fundamentais

Como já se viu, a relação entre direito da concorrência e mercado comum enseja que aquele abranja, garanta e proteja as atividades para as quais o mercado comum foi criado<sup>205</sup>. O mercado comum foi criado pelas liberdades. Ao lado de garantir a concorrência no mercado comum, tem o direito da concorrência também a função de proteger as liberdades de limitações impostas por comportamentos contrários à concorrência, sejam eles estatais ou privados<sup>206</sup>. Caso a liberdade de concorrência seja entendida, neste panorama, como a quinta liberdade econômica fundamental, em nada é alterada a sua função. Esta passa, inclusive, a poder ser esclarecida como a liberdade, ou o direito, de que o mercado seja garantido e mantido livre para a concorrência, ou ainda como a liberdade da ação econômica e da concorrência, ou ainda como uma nova liberdade que estimule a atividade econômica, como no caso da teoria da concorrência em potencial<sup>207</sup>, e não apenas a regule.

Mas se em nada é alterada a sua função, por quê esta nova classificação seria interessante? Por certo não é desejo deste estudo alterar a estrutura da Comunidade Européia. Mas sim observar exemplos e propor resultados ao Mercosul. O que se observa é que a conformação das liberdades deu a guarida necessária ao alcance da fase de mercado comum. Não só a das liberdades fundamentais tradicionais, mas, também a de uma liberdade de concorrência. Esta se mostrou importante para coibir o surgimento de barreiras indiretas, como as oferecidas pela concessão de ajudas públicas, o que é um processo até esperado quando da proibição da manutenção de barreiras diretas, como fronteiras e impostos, por exemplo, o que representava uma potencial ameaça ao mercado comum e ao mercado interno.

Nesse sentido, a visão para o Mercosul de que a liberdade de concorrência é uma liberdade econômica fundamental permitiria a ela um desenvolvimento mais acelerado e, em função da sua comprovada contribuição ao processo comunitário, também poder ser dito que o alcance da fase de mercado comum no Mercosul seria mais efetivamente concretizável, uma vez existente essa base. Ou, dito de outra forma, ensejar a existência de uma base jurídica preparatória, pavimentadora do caminho a ser percorrido pelo processo do Cone Sul até a fase de mercado comum.

Um exercício mental para explicar a importância da colocação da liberdade de concorrência junto das liberdades fundamentais, com vistas à sua implementação,

---

<sup>205</sup> RINALDI observa que é “reconhecido que a política da concorrência comunitária (...) havia constituído uma das pilas fundamentais sobre as quais se construiu o mercado comum e a Europa”. RINALDI, Raimondo. *Il Regolamento del Consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitarie in tema di concorrenza*, p. 144.

<sup>206</sup> A função do direito da concorrência foi vista em CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*, p. 61-62.

<sup>207</sup> Referida em MAGALHÃES, José Carlos de; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. *A concentração de empresas e a competência do CADE*, p. 40-44.

também pode ser feito tendo por base um catálogo qualquer de direitos fundamentais. Porque aqueles direitos estão em um catálogo? Porque as legislações apresentam enunciados explícitos nas declarações de direitos<sup>208</sup>? Os direitos fundamentais que estão em um catálogo são mais fortes, por assim dizer, que os que não estão? As questões não se referem a se os direitos estão positivados ou não<sup>209</sup>, mas sim se estão em um catálogo, em posição de destaque.

Os direitos fundamentais não estão restritos aos elencados em catálogos constitucionais. O catálogo não é limitador desses direitos. Eles podem estar em outras partes do texto, isto é, dentro de uma constituição, mas fora de um catálogo<sup>210</sup>, quando então necessitam ser descobertos pela via da interpretação<sup>211</sup>, e mesmo em outros textos legais nacionais<sup>212</sup> (hipóteses em que são também conhecidos como dispersos, ainda que idênticos quanto a sua técnica de posituação e eficácia) e internacionais. Quanto a estes últimos, é interessante notar que a Constituição Federal brasileira atesta no artigo 5º., parágrafo 2º. que os direitos e garantias expressos nela, e não neste ou naquele catálogo de direitos, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte<sup>213</sup>.

Todavia, em um pensamento sistemático<sup>214</sup>, é possível responder com um sim a última pergunta. Os direitos que estão em um catálogo teriam mais coesão entre si, por estarem mais intimamente relacionados. Ao explicitar, o legislador constituinte quis dar-lhes maior ênfase e *status* especial<sup>215</sup>. Há uma eficácia jurídica importante

---

<sup>208</sup> Antecedentes destas práticas, entre os quais o principal parece ser a *Bill of Rights* inglesa de 1688, podem ser vistos em SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 153-155 e em SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 44-52. Antecedentes da inscrição dos direitos no texto das constituições contemporâneas podem ser vistos em SILVA, J. A. da. *Op. cit.*, p. 170-171.

<sup>209</sup> Esta discussão pode ser acompanhada em SILVA. *Idem*, p. 179-186.

<sup>210</sup> SARLET, I. W. *Op. cit.*, p. 75 e 131-134.

<sup>211</sup> Sobre este processo ver BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 379 p.

<sup>212</sup> SARLET, I. W. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>213</sup> Sobre o modo de incorporação pelo direito brasileiro de direitos humanos constados em tratados internacionais de direitos humanos como normas constitucionais e de aplicação imediata, ainda que não venham a constar do catálogo da Constituição, o que é diferente de incorporá-los como normas infra-constitucionais e submetidas à sistemática da incorporação legislativa, que é o que ocorre com as dos tratados tradicionais, ver MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*, p. 233-325; SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 83, 90-91 e 134-145; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*, p. 82-114 e PIOVESAN, F. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de. *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*, p. 128-132. SILVA trata a estes como direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil. SILVA, J. A. da. *Op. cit.*, p. 197. Discordâncias quanto a esta classificação e a apresentação de outras podem ser vistas em PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*, p. 87-89, 311 e 317-318 e em SARLET, I. W. *Op. cit.*, p. 98-100.

<sup>214</sup> Noções de pensamento sistemático podem ser obtidas em RADBRUCH, Gustav. *Einführung in die Rechtswissenschaft*, p. 246-247; em CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, p. 9-60; em LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, p. 52-58 e 310 e seguintes e em PAWLOWSKI, Hans-Martin. *Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes*, p. 91-122.

<sup>215</sup> SARLET, I. W. *Op. cit.*, p. 79 e 85.

decorrente do catálogo, que é neles estarem regras intocáveis, já que um catálogo é, com certeza, uma cláusula pétrea<sup>216</sup>. Mas isso não significa que os que estão fora dele tenham sua importância diminuída. A preferência por catalogar é mais uma questão didática e sistemática, pois ajuda o jurista a encontrar facilmente a norma protetora do direito que deseja<sup>217</sup>.

Também é possível dizer que o homem médio acredita que aqueles direitos do catálogo têm mais eficácia<sup>218</sup>. Estão lá, senão não seriam cumpridos. Lembra SILVA que o surgimento de um capítulo sobre direitos econômicos e sociais do homem, no Brasil iniciado com a Constituição de 1934, “importa sempre (em) conferir nova dimensão e novo sentido aos direitos individuais tradicionais”<sup>219</sup>. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, agora Parte II da Proposta de Constituição para a Europa, que então pode ser vista como um catálogo dentro desta<sup>220</sup>, transparece ter a mesma interpretação ao afirmar, em seu preâmbulo, que através dela a proteção dos direitos fundamentais seria conferida maior visibilidade e projeção<sup>221</sup>.

Possivelmente fosse mais fácil defender uma classificação da liberdade de concorrência como uma liberdade econômica fundamental implícita (o que pode ter acontecido no direito comunitário) do que incorporá-la como uma liberdade expressa. Assim no caso de se pensar que uma incorporação dela como liberdade expressa no catálogo das liberdades fundamentais tiraria a flexibilidade que tem uma liberdade, ou um direito, implícito. Tudo o que está expresso é mais rígido. Na hipótese de vir a ser uma liberdade implícita, tratá-la como tal ou como uma sub-liberdade (uma espécie, do gênero) não é menosprezar, nem denegrir, nem rebaixar a liberdade da concorrência. De sorte que o Mercosul, ao aceitar a tese da existência de uma quinta liberdade, pode tratá-la como uma liberdade implícita, decorrente do sistema<sup>222</sup>, ou torná-la uma liberdade expressa. Acredita-se que, novamente valendo-se da força normativa que têm os direitos que estão em um catálogo claro e preciso e da que tem um próprio catálogo de direitos fundamentais, se expressa, e se possível no catálogo das liberdades, que no caso do Mercosul ainda é mais reduzido do que na Comunidade, uma vez que reúne duas liberdades sob o termo fatores de produção<sup>223</sup>, a liberdade de concorrência seria mais rapidamente efetivada e a fase de mercado comum atingida.

---

<sup>216</sup> *Idem*, p. 77, 85 e 149.

<sup>217</sup> LARENZ, K. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>218</sup> Uma discussão, que aqui deve ser tida como mais elementar, sobre se unicamente os direitos fundamentais constados do artigo 5º. da Constituição Federal brasileira valeriam aos estrangeiros, por exemplo, devido ao fato de a menção expressa ter sido somente ali feita, é tida em SILVA, J. A. da. *Op. cit.*, p. 193-196. Sobre a efetividade, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais brasileiras, a título de exemplo, ver BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, p. 75-89 e 123 e seguintes e sobre a dos direitos fundamentais ver SARLET, I. W. *Op. cit.*, p. 248 e seguintes.

<sup>219</sup> SILVA, J. A. da. *Op. cit.*, p. 171.

<sup>220</sup> Considerado como um catálogo europeu dos direitos fundamentais do Século 21 em SCHMITZ, Thomas. *Die Grundrechtecharta alt Teil der Verfassung der Europäischen Union*, p. 707.

<sup>221</sup> *Idem*, p. 712.

<sup>222</sup> Em alusão à classificação de SILVA para os direitos individuais em expressos, implícitos e decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil. SILVA, J. A. da. *Op. cit.*, p. 197.

<sup>223</sup> JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 116-117.

Em paralelo, claro, para que esta visão possa ser aplicada, necessária é a conformação das liberdades fundamentais tradicionais. Como isto se deu na Comunidade Européia é o tema da seqüência do estudo. Uma confusão na classificação e na quantidade das liberdades fundamentais provocada pelo surgimento do novo objetivo de mercado interno também dá margem a essa visão e enseja a proposta da nova classificação aqui feita.

As liberdades econômicas fundamentais são os elementos constitutivos do mercado comum<sup>224</sup>. Este mercado só é atingido quando elas tiverem sido atingidas. A original idéia do processo comunitário era e é baseada principalmente numa integração econômica. Um dos mais prevalentes objetivos é assegurar um alto nível de transação dentro dos Estados-membros, um crescimento econômico e o levantamento do padrão de vida. Isso devia ser atingido pelo estabelecimento de um mercado comum na forma de uma área econômica única, na qual as liberdades fundamentais pudessem circular. Por isso esse mercado é caracterizado através das liberdades. Segundo uma outra interpretação, só o estabelecimento das liberdades é que veio a permitir o avanço do processo de integração a uma fase posterior.

A doutrina clássica tem por uso apresentá-las em separado, uma a uma<sup>225</sup>. Desta apresentação inicial não é possível fugir nesta introdução. Entre os principais pontos observados estão o caráter transfronteiriço e o efeito direto das liberdades fundamentais. Ambos os tópicos são também evidenciados no estudo, com o intuito de promover uma comparação com a transfronteiricidade e o efeito direto das regras da liberdade de concorrência. Uma semelhança permitiria uma aproximação entre o conjunto de regras. Uma aproximação vem ao encontro do aqui defendido quanto ao fato de a liberdade de concorrência ser a quinta liberdade econômica fundamental em processos de integração que prevejam a fase de mercado comum como objetivo<sup>226</sup>.

Uma doutrina que pode ser considerada moderna trata da existência de uma dogmática das liberdades fundamentais. Uma dogmática auxiliaria o emprego das normas. Também são encontradas teorias que pregam uma convergência entre elas, fundada justamente nos elementos comuns acima citados. Com isso, afastam-se de uma análise em separado e aproximam-se de uma análise das liberdades como um todo. Em regra, a doutrina apresenta o tema a partir do âmbito de proteção oferecido pelas liberdades, das afetações/prejuízos que este âmbito pode sofrer (discriminação, desigualdade de tratamento, barreiras), das justificações que estas afetações podem encontrar, muitas das quais codificadas no próprio Tratado, entre outras não-

---

<sup>224</sup> É conceito fundamental depreendido do Tratado o estabelecimento de suas esperanças de integração não em um federalismo, mas em liberdades fundamentais e no dinâmico princípio da concorrência. MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>225</sup> Assim fez, por exemplo, STREINZ, na primeira edição de seu livro, em 1992. Na quinta edição, em 2001, não só o número de páginas dedicadas ao tema dobrou, como o autor modificou toda a estrutura da apresentação. A observação é de KINGREEN, Thorsten. Grundfreiheiten. In: von BOGDANDY, Armin (Hrsg.). *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, p. 633. A obra referida como exemplo atualmente está em sexta edição, e é STREINZ, Rudolf. *Europarecht*, 464 p.

<sup>226</sup> VELASCO SAN PEDRO chama a atenção ao porquê das regras de defesa da concorrência em processos de integração econômica que persigam estabelecer mercados comuns. VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. La defensa de la competencia en la Unión Europea y en Mercosur. In: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (Coord.). *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, p. 172-173.

codificadas<sup>227</sup> (como as vindas com os casos *Cassis de Dijon*, sobre exigências imperiosas, e *Keck e Mithouard*, sobre modalidades de venda), entre outros elementos, como a averiguação da compatibilidade destas limitações perante o direito primário, o direito secundário, a jurisprudência e os direitos fundamentais<sup>228</sup>.

Doutrinas consideradas como mais avançadas, embora minoritárias<sup>229</sup>, manifestam uma visão da garantia das liberdades fundamentais na condição de direitos fundamentais comunitários e até a existência de conflitos entre estas duas categorias<sup>230</sup>. Em verdade, a relação entre os direitos fundamentais e as liberdades econômicas fundamentais é de duas ordens. A primeira é a elevação das liberdades econômicas fundamentais do artigo 14 TCE ao patamar de direitos fundamentais da Comunidade Europeia<sup>231</sup>. Seria a petrificação. Assim, um estágio inicial seria reconhecer uma dogmática e uma convergência entre elas, para após elevá-las. A proteção comunitária aos direitos fundamentais envolve a proteção aos direitos humanos e às liberdades fundamentais<sup>232</sup>. A proteção aos direitos fundamentais, de inexistente nas previsões dos Tratados constitutivos, passou a abranger também a proteção aos novos temas incorporados à competência da Comunidade, como os direitos econômicos, tais como o direito à propriedade e a liberdade de exercer uma atividade econômica ou a profissão, bem como a inviolabilidade de estabelecimentos e outros procedimentos nas investigações das afetações à liberdade de concorrência<sup>233</sup>. Alguns elementos das liberdades econômicas fundamentais trabalhadas neste estudo parecem estar sendo vistos como direitos fundamentais, pouco a pouco, pela doutrina<sup>234</sup> e pela jurisprudência. Assim os artigos 39, n. 2 e 49

---

<sup>227</sup> GEBAUER, Jochen. *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, p. 101-104. A justificação das limitações às liberdades fundada na proteção ao meio ambiente, justificação não escrita no Tratado, é o tema em NOWAK, Carsten. *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags und der Umweltschutz: Grundfreiheitliche Schrankensystematik im Lichte der EG-Umweltverfassung*, p. 368-393.

<sup>228</sup> Além dos trabalhos a seguir, ver esta forma de apresentação em EHLERS, Dirk. Allgemeine Lehren. In: EHLERS, Dirk (Hrsg.). *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, p. 147-187; WALTER, Christian. Geschichte und Entwicklung der Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten. In: EHLERS, Dirk (Hrsg.). *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, p. 1-19; KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 197-199; LECHERER, Helmut. *Einführung in das Europarecht*, p. 222-223; BLECKMANN, A. Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte. In: BIEBER, Roland (Hrsg.). *Das Europa der zweiten Generation: Gedächtnisschrift für Christoph Sasse*, p. 665-684; DREXL, Josef. Wettbewerbsverfassung: Europäisches Wettbewerbsrecht als materielles Verfassungsrecht. In: von BOGDANDY, Armin (Hrsg.). *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, p. 789-796; FEIDEN, Sonja. *Die Bedeutung der "Keck"-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten: Ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten*, 283 p.; KINGREEN, T. *Op. cit.*, p. 631-681; KINGREEN, T. *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 231 p. e em BRIGOLA, Alexander. *Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot*, 236 p.

<sup>229</sup> FRENZ, Walter. *Handbuch Europarecht: Europäische Grundfreiheiten*, p. 20.

<sup>230</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>231</sup> Desenvolvimento este que é contestado em GEBAUER, que não tem a equiparação como possível, junta argumentos contrários, estabelece uma clara separação entre os sistemas e afirma, em conclusão, que as liberdades fundamentais não são direitos fundamentais. GEBAUER, J. *Op. cit.*, p. 30, 286-311, 346-357 e 422, respectivamente.

<sup>232</sup> Não confundir estas com as do artigo 14 TCE é ressalva feita em WALTER, C. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>233</sup> CRAIG, Paul; de BÚRCA, Gráinne. *EU law: text, cases, and materials*, p. 319, 324 e 332-334 e MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, p. 555, 559 e 561.

<sup>234</sup> MÜLLER-GRAFF, P.-C. Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte. In: CREMER, Hans-Joachim; GIEGERICH, Thomas; RICHTER, Dagmar; ZIMMERMANN, Andreas. *Tradition und*

TCE<sup>235</sup>. As liberdades foram, inclusive, citadas no preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia<sup>236</sup>, agora incorporada na Parte II da proposta de Constituição para a Europa.

A segunda ordem, que é a que aqui será melhor trabalhada, explicita a força dos direitos fundamentais para restringir ou mesmo justificar as restrições que são colocadas e autorizadas pelo Tratado às liberdades<sup>237</sup>. As liberdades fundamentais são limitadas por previsões de exceções a elas. Caso estas exceções ofendam os direitos fundamentais, elas não são autorizadas. Isto é dizer que as suas compatibilidades devem ser provadas também perante os direitos fundamentais. Enfim, restrições às liberdades que afetem os direitos fundamentais não são autorizadas. É o que a doutrina conhece por teoria da barreira-barreira (*Schranken-Schranken Theory*). O resultado da limitação da exceção pelos direitos fundamentais é que a liberdade não encontra exceções<sup>238</sup>.

O objetivo central da apresentação das liberdades, todavia, é retratar a confusão que o alargamento ou a transformação do conceito de mercado comum em mercado interno provocou na doutrina, ao ponto de não ser mais tão evidente que as liberdades fundamentais sejam em número de quatro. Inicia-se, pois, por uma rápida análise em separado das regras.

### 1. As liberdades fundamentais em espécie

É necessário ser dito que a liberdade de circulação de bens<sup>239</sup> foi a pioneira e a mais rápida a ser desenvolvida. O primeiro objetivo era a eliminação de fronteiras

---

*Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger*, p. 1281-1301; FRENZ, W. *Grundfreiheiten und Grundrechte*, p. 603-618; FRENZ, W. *Handbuch Europarecht: Europäische Grundfreiheiten*, p. 19-33; WALTER, C. *Op. cit.*, p. 14-19; CRAIG, P.; de BÚRCA, G. *Op. cit.*, p. 338 e 342-345; MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Op. cit.*, p. 559-560; BRIGOLA, A. *Op. cit.*, p. 193-220; BLECKMANN, A. *Op. cit.*, p. 665-684; MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 32 e JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 16 e 93-94.

<sup>235</sup> Na crítica de GEBAUER, estes artigos contêm um “conteúdo de direitos fundamentais”, com o que assumiram erroneamente uma dupla funcionalidade (*Doppelfunktionalität*) de liberdades e de direitos fundamentais. A função de direito fundamental das liberdades fundamentais é vista como um corpo estranho (*Fremdkörper*) na sistemática e dogmática das liberdades fundamentais e deveria ter sido afastada. GEBAUER, J. *Op. cit.*, p. 333 e seguintes e 423-425, pontos 9, 15 e 26.

<sup>236</sup> FRENZ, W. *Grundfreiheiten und Grundrechte*, p. 613 e 616 e FRENZ, W. *Handbuch Europarecht: Europäische Grundfreiheiten*, p. 30.

<sup>237</sup> GEBAUER, J. *Op. cit.*, p. 104-105.

<sup>238</sup> FRENZ, W. *Grundfreiheiten und Grundrechte*, p. 610-613; VIEWEG, Klaus; RÖTHEL, Anne. *Verbandsautonomie und Grundfreiheiten*, p. 24-25; KINGREEN, T. *Op. cit.*, p. 164-176 e EHLERS, D. *Op. cit.*, p. 152 e 181-183.

<sup>239</sup> Entender-se-á por liberdade de circulação de bens esta própria e a de mercadorias, em que pese se reconheça as grandes diferenciações doutrinárias entre elas. Para tanto ver GOBBO, Edenilza. *O Mercosul e a livre circulação de mercadorias*, p. 60-64. Ambas são, portanto, entendidas como uma só liberdade para cômputo nesse. Ver o tema na doutrina estrangeira em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 32-86; GLASHOFF, Hinrich. *Freier Warenverkehr*. In: LENZ, Carl Otto (Hrsg.). *EG-Handbuch Recht im Binnenmarkt*, p. 137-238; FRENZ, W. *Handbuch Europarecht: Europäische Grundfreiheiten*, p. 207-420; BEUTLER, Bengt; BIEBER, Roland; PIPKORN, Jörn; STREIL, Jochen. *Die Europäische Union: Rechtsordnung und Politik*, p. 408-440; NICOLAYSEN, G. *Europarecht II: Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt*, p. 35-130; STREINZ, R. *Op. cit.*, p. 306-321; DRUESNE, Gérard. *Droit de l'Union Européenne et politiques communautaires*, p. 33-113; GAVALDA, Christian; PARLEANI, Gilbert. *Droit des affaires de L'Union Européenne*, p. 55-126; CRAIG, P.; de BÚRCA, G. *Op. cit.*, p. 580-679; MATHIJSEN, P. S. F. R. *A guide to*



aduaneiras perante os Estados-membros. Não foi tarefa fácil, pois envolvia a eliminação de impedimentos sustentados sob diferentes normas jurídicas. Como linha geral, a previsão da livre circulação de bens é encontrada nos artigos 2º. e 3º., letras a e b TCE. Ademais, a livre circulação de bens é a primeira das liberdades fundamentais tratadas no n. 2 do artigo 14 TCE. Sua regulamentação específica dá início à Parte 3 do Tratado, com a disciplina do artigo 23 TCE.

A jurisprudência a garantiu aplicando as proibições dirigidas aos Estados-membros de não-introdução entre si de novos direitos aduaneiros de importação e exportação ou encargos de efeito equivalente e de não-aumento daqueles que já aplicavam nas suas relações comerciais mútuas, do artigo 18 TCEE, hoje revogado, e seguintes, sobre a introdução de tarifas aduaneiras comuns e a redução dos entraves às trocas comerciais, através da conclusão de acordos que visem à redução dos direitos aduaneiros, nos artigos 28 e 30 TCE, que disciplinam a proibição de restrições quantitativas à importação e de todas as medidas de efeito equivalente<sup>240</sup> e, por fim, ainda com o auxílio das medidas previstas nos artigos 131 a 134 TCE, sobre a política comercial comum com o exterior.

A jurisprudência justificou o reconhecimento de algumas limitações a essa liberdade, como por exemplo a proteção à saúde. Finalmente, é necessário dizer que o Tribunal reconheceu efeito direto à proibição de limitações e que aos poucos estes princípios todos foram se estendendo as demais liberdades. A decisão Van Gend en Loos, de 1963, inicialmente relevante para a livre circulação de bens, definiu os critérios que as regras da livre circulação deveriam satisfazer para poder servir como norma para os tribunais e administrações nacionais. Posteriormente, a jurisprudência estendeu também o princípio de aplicabilidade imediata a todas as regras das liberdades<sup>241</sup>. Essas sucessivas extensões é que ensejam a discussão atual delas em âmbitos de dogmática e convergência.

Paradigmáticos casos estão umbilicalmente vinculados a esta liberdade. Assim Dassonville, Cassis de Dijon e Keck e Mithouard. Com o Caso Dassonville, que até hoje serve como parâmetro para a interpretação, é de se deduzir que o artigo 28 objetiva a remoção de todas as barreiras para a livre circulação de bens entre os Estados-membros. Nele asseverou o Tribunal que as medidas em questão eram apropriadas para direta ou indiretamente, de fato ou potencialmente, limitar o comércio entre os Estados-membros e que uma afetação sensível do comércio interno não era exigível<sup>242</sup>. Essa fórmula foi progressivamente aplicada as outras liberdades. Em Cassis de Dijon, normas estatais limitadoras ao comércio entre os Estados-

---

*European Union law*, p. 193-208; BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 359-398 e em TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*, p. 367-449.

<sup>240</sup> Pelos artigos 28 e 29 TCE são proibidas as restrições quantitativas à importação e à exportação, bem como todas as medidas de efeito equivalente, entre os Estados-membros. Ver mais em OPPERMANN, Thomas. *Europarecht: Ein Studienbuch*, p. 517-526. Restrições quantitativas são barreiras estatais referentes à quantidade ou ao valor de importação ou exportação, que possam causar uma completa ou parcial vedação ao livre trânsito de bens. BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 118.

<sup>241</sup> Uma análise do quanto a efetivação das liberdades fundamentais prosperou com a jurisprudência do Tribunal pode ser vista em MÜLLER-GRAFF. MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Binnenmarktziel und Rechtsordnung: Binnenmarktrecht*, p. 17-26 e em ZULEEG, Manfred. *Die Grundfreiheiten des Gemeinsamen Markts im Wandel*. In: DUE, Ole; LUTTER, Marcus; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). *Festschrift für Ulrich Everling*, p. 1717-1727.

<sup>242</sup> Caso Dassonville, EuGH, Slg. 1974, p. 837.

membros foram justificadas pelo interesse geral<sup>243</sup>. O próprio Tratado, em seu artigo 30 TCE, restringe as disposições dos artigos 28 e 29, ao disciplinar que estas são aplicáveis sem prejuízo das proibições ou restrições à importação, exportação ou trânsito justificadas por razões de moralidade pública, ordem pública e segurança pública, de proteção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas, de proteção do patrimônio nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico ou de proteção da propriedade industrial e comercial. Por fim, a frequência da invocação do artigo 28 TCE por empresas, para compensar a desvantagem da posição em outros Estados-membros, conduziu para a famosa correção da fórmula Dassonville pelo Caso Keck e Mithouard<sup>244</sup>. O fato, que estava a demonstrar o paradigma de um mercado interno incompleto<sup>245</sup>, serviu de oportunidade para que o Tribunal dissesse da necessidade de que sua jurisprudência fosse classificada e definida<sup>246</sup>. Posteriormente, fato que ainda é discutido, a fórmula Keck e Mithouard veio a ser aplicada as demais liberdades fundamentais, apresentando estas, novamente, uma vinculação de convergência.

---

<sup>243</sup> Caso Cassis de Dijon, EuGH, Slg. 1979, p. 649. A questão do interesse geral deu lugar a uma jurisprudência casuística, que decide caso por caso, se a legislação restritiva do Estado é admissível ou não em função da defesa deste interesse. Com isto a lista de razões está sempre aberta. Alguns exemplos podem ser vistos em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Algunas cuestiones sobre la libre prestación de servicios en el mercado único europeo*, p. 92-94.

<sup>244</sup> Caso Keck e Mithouard, EuGH, Slg. 1993, p. I-6097.

<sup>245</sup> Para STEINDORFF, o Tribunal acredita ter tentado, com a diferenciação entre regras aplicáveis ao produto e regras aplicáveis à modalidade de venda, buscar uma maior clareza jurídica. Mesmo concordando que a sentença Keck e Mithouard merece críticas, o autor vê um fundamento material para a sua legitimidade, qual seja o de que o pensamento do Tribunal poderia manifestar o paradigma de um mercado interno incompleto. Para tanto ele apresenta dois indícios. O primeiro relaciona-se ao fato de que cada vez mais era invocado o artigo 28 TCE contra regras estatais que limitavam as liberdades de comércio. O segundo diz que determinadas regras estatais não bloqueiam ou limitam o acesso ao mercado diferentemente da forma que fazem para a produção interna. STEINDORFF, E. *Unvollkommener Binnenmarkt*, p. 160. De fato, a doutrina apresentou uma atitude crítica ao julgamento ou queria uma melhor clarificação do caso pelo Tribunal. Keck e Mithouard abdicou parcialmente da jurisprudência sobre o artigo 28 TCE até então, tendo ainda provocado insegurança jurídica e confusão. *Idem*, p. 149; MATTERA, A. *De l'arrêt 'Dassonville' à l'arrêt 'Keck': l'obscurité clarité d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions*, p. 117-160 e GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis. *La jurisprudencia relativa al artículo 28 CE (antiguo artículo 30 TCE) sobre la libre circulación de mercancías después de 'Keck y Mithouard'*, p. 24-38.

<sup>246</sup> O caso envolveu regras francesas que proibiam a venda à preço a menor. A pergunta referia-se a saber se o artigo 28 TCE era aplicável às regras de um Estado-membro que proíba tal modalidade de venda. O governo francês alegou que a sua lei servia para reprimir a concorrência desleal entre comerciantes. Por fim disse o Tribunal que a aplicação de regras nacionais que proibam ou limitem determinadas modalidades de venda não são próprias para dificultar o comércio entre os Estados-membros. Estas regras, portanto, não estão compreendidas pelo âmbito de aplicação do artigo 28 TCE e foram mantidas. Keck e Mithouard atenua as anteriores jurisprudências, ao considerar que “contrariamente ao até agora julgado, não é apto a obstaculizar, direta ou indiretamente, atual ou potencialmente o comércio entre os Estados-membros, no sentido da jurisprudência Dassonville, a aplicação aos produtos provenientes de outros Estados-membros de disposições nacionais que limitem ou interditem certas modalidades de vendas, sempre que elas se apliquem a todos os operadores econômicos que exerçam suas atividades no território nacional e sempre que elas afetem da mesma maneira, de fato ou de direito, a comercialização de produtos nacionais e a daqueles provenientes de outros Estados-membros”. Caso Keck e Mithouard, EuGH, Slg. 1993, p. I-6097, apartado 16. Mais detalhes sobre o caso podem ser encontrados em LÜDER, Tilman E. *Die Grenzen der Keck-Rechtsprechung: Neue Entwicklungen im Bereich grenzüberschreitender Werbung im Binnenmarkt*, p. 615-621; em EILMANSBERGER, Thomas. *Zur Reichweite der Grundfreiheiten des Binnenmarktes (2. Teil)*, p. 434-453; em SACK, Rolf. *Staatliche Regelungen sogenannter 'Verkaufsmodalitäten' und Art. 30 EG-Vertrag*, p. 37-47 e em JOLIET, René. *Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung*, p. 979-987.

Na seqüência, em decorrência do disposto no artigo 39 TCE, livre circulação de pessoas<sup>247</sup> significa a supressão das diferenças de tratamento dos trabalhadores dos Estados-membros, com respeito à contratação, remuneração e demais condições de trabalho em função da nacionalidade. Medidas para o atingimento desse objetivo estão previstas no artigo 40 TCE.

Inicialmente tal liberdade só era facultada aos trabalhadores. Posteriormente se procedeu uma modificação do conceito de trabalhadores<sup>248</sup>. Para tanto, várias decisões do TJCE interpretaram o disposto no Tratado e incluíram no conceito pessoas que, em função da idade ou de limitações por invalidez, eram originalmente excluídas do direito por não possuírem vida assalariada. Atualmente é possível até movimentação sem o exercício de atividade econômica. Com efeito, independentemente da disciplina da livre circulação de trabalhadores e da sua própria condição de trabalhador, após a entrada em vigor do Tratado da União Européia, em função da instituição da Cidadania da União, expressa nos artigos 17 e seguintes TCE, todo o cidadão comunitário tem o direito de livremente se movimentar e permanecer no território da Comunidade, salvo certas limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública, saúde pública e interesse da administração pública, constadas do próprio Tratado, por seu artigo 39, ns. 3 e 4 TCE<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> Apesar de se entender pelo conceito de pessoas os indivíduos capazes de direitos e obrigações, homem ou mulher e, como trabalhadores, a classe de pessoas que exerce atividade econômica assalariada em virtude de um contrato de trabalho, mediante o pagamento de uma remuneração, utilizar-se-á, neste estudo, os dois conceitos encontrados na doutrina como referidos a uma única livre circulação de pessoas. Ver o tema na doutrina nacional em JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 16 e 63-110; em BATISTA, Vanessa Oliveira. *União Européia: livre circulação de pessoas e direito de asilo*, 248 p. e em LEBEDICH SICHIK, Jorge Mario. *A livre circulação de trabalhadores no Mercosul: possibilidade jurídica de implementação*, 126 p. Ver o tema na doutrina estrangeira em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 220-241; BIRK, Rolf. *Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Harmonisierung des Arbeitsrechts*. In: LENZ, Carl Otto (Hrsg.). *EG-Handbuch Recht im Binnenmarkt*, p. 365-406; FRENZ, Walter. *Op. cit.*, p. 423-693; BEUTLER, B.; BIEBER, R.; PIPKORN, J.; STREIL, J. *Op. cit.*, p. 441-468; NICOLAYSEN, G. *Op. cit.*, p. 131-172; STREINZ, R. *Op. cit.*, p. 321-325; DRUESNE, G. *Op. cit.*, p. 115-221; GAVALDA, C.; PARLEANI, G. *Op. cit.*, p. 133-186; CRAIG, P.; de BÚRCA, G. *Op. cit.*, p. 701-764; MATHIJSEN, P. S. F. R. *Op. cit.*, p. 209-224 e em BALLARINO, T. *Op. cit.*, p. 399-437. Atuais problemas e propostas de soluções globais para violações da proteção da pessoa humana, algumas relacionadas com a livre circulação comunitária, como os esforços para que ela mantenha a sua situação familiar, o que foi facilitado com garantias de uma circulação de sentenças de divórcio em ambiente comunitário, mas colocou o direito internacional privado a serviço da integração, já que as regras comunitárias não são compatíveis com seus princípios, e tratou o estado das pessoas como uma mercadoria, foram estudados criticamente em JAYME, Erik. *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*, p. 9-40.

<sup>248</sup> Por ela vale muito mais o conceito de trabalhadores oriundo do direito comunitário do que o conceito de trabalhadores de um específico Estado-membro. BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 124.

<sup>249</sup> A regra do n. 4 aparentemente possibilita que o Estado limite o círculo de pessoas que podem reivindicar este direito. *Idem*, p. 125. Para tanto, bastaria o Estado definir o que enseja empregos na administração pública para excluir do direito um cidadão de um outro Estado-membro. Tal medida teria como consequência, por exemplo, que o serviço de limpeza de uma autarquia pública somente pudesse ser exercido por cidadãos nacionais de um Estado. Mas o TJCE em várias sentenças teve a oportunidade de interpretar o conceito de emprego na administração pública. Segundo ele, uma tal limitação somente é justificável nos casos de específicas atividades, como o exercício de competência soberana e a defesa de tarefas que digam respeito ao interesse do Estado ou de uma instituição pública. Assim, fica claro que não é qualquer atividade que se relacione com o serviço público a apta a ser entendida como emprego na administração pública, mas somente a que diz respeito à direta defesa de interesses estatais. Mesmo assim, para BISCHOF, os Estados ainda possuem uma grande área livre

A livre circulação de serviços pode ser apresentada juntamente com a liberdade de estabelecimento ou não. Isto é o mesmo que dizer que esta liberdade também poderia ser dividida em duas. De fato, todas elas poderiam ser divididas em duas. Dentre as já vistas, a de bens, por exemplo, poderia ser em bens propriamente ditos e mercadorias. A de pessoas em trabalhadores e pessoas propriamente ditas. O que se observa, em verdade, é uma confusão doutrinária. Ou seria a liberdade de estabelecimento que envolve a de prestação de serviços<sup>250</sup>? OPPERMANN, dentre outros, dedica um capítulo a elas, juntas, nesta ordem<sup>251</sup>.

A opção aqui priorizada é ver a de prestação de serviços<sup>252</sup>, seguindo a ordem do artigo 14, n. 2 TCE, e depois classificar a de estabelecimento, o que muitos fazem até com a livre circulação de pessoas. Essa classificação é imperiosa, pois se não for feita, isto é, caso a liberdade de estabelecimento seja analisada em separado, corre-se o risco de criar uma sétima liberdade!

A liberdade de prestação de serviços permite que uma empresa situada em um dos Estados-membros introduza o seu serviço noutro Estado. A característica desse fenômeno é também a transposição da fronteira<sup>253</sup>. Para esses casos também devem ser observados os princípios da igualdade de tratamento interno e da não-discriminação<sup>254</sup>. Todas essas semelhanças com as demais liberdades justificam as novas teorias de dogmática ou convergência.

Já através das normas de garantia de estabelecimento<sup>255</sup>, cidadãos comunitários têm o direito de permanecerem e se estabelecerem em outros Estados-membros, como por exemplo, nas situações de médico e comerciante. Nesse direito também estão abrangidas as atividades empresariais, sejam estas exercidas através de

---

para promoverem limitações ao direito da livre circulação. Para a harmonização da regra e solução do caso, o autor sugere a busca por um consenso, que permita, através de um esclarecimento conjunto dos Estados, a determinação de um conceito que defina exatamente o conteúdo da exceção do artigo 39, n. 4 TCE. BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 126.

<sup>250</sup> Segundo algumas visões, é possível ser dito que “A livre prestação de serviços se apresenta juridicamente como um ‘complemento’ da liberdade de estabelecimento: cobre os casos em que o acesso à ‘atividade econômica independente’ se realiza ‘sem instalação fixa’ em outros Estados comunitários”. Neste sentido, se observa uma mudança, qual seja a de que cada vez mais o serviço pode ser prestado desde outro Estado-membro, sem a necessidade de instalar-se efetivamente. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Algunas cuestiones sobre la libre prestación de servicios en el mercado único europeo*, p. 81.

<sup>251</sup> OPPERMANN, T. *Op. cit.*, p. 664-692. Outros autores que apresentam elas juntas são CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 87-201; CLAUSNITZER, Martin. *Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Selbständigen*. In: LENZ, Carl Otto (Hrsg.). *EG-Handbuch Recht im Binnenmarkt*, p. 239-294; CIURO CALDANI, Miguel Angel. *Las libertades fundamentales en un marco integrado*, p. 35-36; GAVALDA, C.; PARLEANI, G. *Op. cit.*, p. 187-253 e BALLARINO, T. *Op. cit.*, p. 439-483.

<sup>252</sup> Ver o tema na doutrina estrangeira em STREINZ, R. *Op. cit.*, p. 327-331; FRENZ, W. *Op. cit.*, p. 903-1022; CRAIG, P.; de BÚRCA, G. *Op. cit.*, p. 800-824 e em MATHIJSEN, P. S. F. R. *Op. cit.*, p. 239-247.

<sup>253</sup> BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 128.

<sup>254</sup> Para uma extensa jurisprudência sobre a livre circulação de serviços em relação à proibição de discriminação ver CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Algunas cuestiones sobre la libre prestación de servicios en el mercado único europeo*, p. 83-87.

<sup>255</sup> Ademais dos citados, ver o tema na doutrina estrangeira em MATHIJSEN, P. S. F. R. *Op. cit.*, p. 225-238 e em FRENZ, W. *Op. cit.*, p. 695-900.

agências ou de filiais. Estabelecimento significa integração na economia do Estado hóspede. Para tanto, deve-se permitir que alguém tenha a liberdade de escolher o melhor local para se estabelecer, no qual ele possa obter as melhores condições de exercício profissional ou empresarial, isto é, onde sejam encontrados a mais condizente infra-estrutura e os mais disponíveis fatores de produção.

Algumas limitações à liberdade de estabelecimento estão constadas no artigo 45 TCE. Ela não é aplicável às atividades que, num Estado-membro, estejam ligadas, mesmo ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública.

BISCHOF assevera que “Sem esta liberdade, a criação de um verdadeiro mercado comum não é pensável”<sup>256</sup>. Na verdade, a criação de um mercado comum não poderia ser pensável sem a existência de nenhuma das liberdades fundamentais aqui tratadas. E é possível dizer mais, ela também não seria possível sem a existência da liberdade de concorrência, ao ponto de aqui ser proposto o seu entendimento como uma quinta liberdade econômica fundamental.

Em grande número de casos os Estados recebedores exigem que o cidadão possua um título ou diploma oficial expedido por suas autoridades. Essa exigência obstaculiza o exercício das liberdades em geral, mas mais o das de serviços e estabelecimento. Para amortizar tal fenômeno, a Comunidade tenta harmonizar ou unificar os requisitos de formação necessários para a expedição de títulos acadêmicos ou para estabelecer uma equivalência com vistas ao fácil reconhecimento no espaço comunitário<sup>257</sup>.

Uma outra regra facilitadora ao exercício profissional é a do reconhecimento dos diplomas e dos certificados de aptidão profissional. O reflexo destas regras é que cada profissional que tem a sua qualificação reconhecida em um dos Estados-membros pode atuar nos outros, capacidade esta que pode vir acompanhada de exigências, como experiência profissional, estudos de adaptação ou provas exigidas por parte do Estado de recepção<sup>258</sup>. Aquele que cumpre tais exigências, poderia,

---

<sup>256</sup> BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 126.

<sup>257</sup> Um assunto sempre em voga quando se aborda as questões de liberdade de prestação de serviços e estabelecimento é o caso especial da circulação de advogados no ambiente comunitário. O exercício desta profissão esteve durante muito tempo limitado aos territórios nacionais dos quais os profissionais eram oriundos. Contudo, as liberdades comunitárias alteraram esta perspectiva e a atividade advocatícia passou a ser abrangida pelas disposições de ambas as liberdades aqui tratadas. Neste sentido, já em 1977 o Conselho editou uma diretiva relacionada ao exercício profissional da advocacia, que rezava que estas atividades profissionais são exercidas segundo as condições previstas aos advogados estabelecidos nos respectivos Estados de recepção dos profissionais. Tal norma provocou a reação dos legisladores de alguns dos Estados-membros, no sentido de exigir que o profissional comunitário se fizesse acompanhado por um profissional nacional durante o seu exercício profissional. Normas neste sentido foram vistas como incompatíveis com o Tratado. O mesmo vale para o direito de estabelecimento. Os advogados podem se estabelecer em qualquer outro Estado-membro ou erigir uma sucursal sem abdicar de sua permissão e estabelecimento no país de origem. RABE, Hans-Jürgen. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit der Rechtsanwälte in der EG. In: HANAU, Peter; KOCH, Ludwig; RABE, Hans-Jürgen. *Deutsches und europäisches Anwaltsrecht: Festschrift für Walter Kolvenbach*, p. 8-14. Segundo BISCHOF, o sentido da liberdade de estabelecimento seria contraditado, se se quisesse exigir de um advogado francês ou espanhol que ele primeiro fosse aprovado nos dois Exames de Estado exigidos na Alemanha para o exercício profissional. Ainda, vale ver a sua explicação de como é possível se tornar advogado na Alemanha. BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 127 e seguintes.

<sup>258</sup> RABE, H.-J. *Op. cit.*, p. 18.

então, exercer sua atividade profissional noutro Estado<sup>259</sup>. Uma ilimitada igualdade de tratamento significaria que um diploma nacional pudesse ser apresentado em outro Estado para que fosse possível uma admissão em um emprego.

A liberdade de circulação de capitais e pagamentos<sup>260</sup> está regulada nos artigos 56 a 60 TCE. Da mesma forma, esta também poderia ser dividida em duas liberdades, quais sejam, capitais e pagamentos. Nesse sentido, BÖRNER via uma diferença conceitual entre capital e pagamento. Para ele, “A circulação de capital em si é algo diferente do que os pagamentos relacionados à circulação de capital. Com a verificação de que à circulação de capital pertencem tanto o capital materializado (*Sachkapital*) como o capital monetário (*Geldkapital*), mas não os pagamentos relacionados à circulação de capital, não é possível saber ainda o que verdadeiramente se deve entender como capital”, em texto já antigo<sup>261</sup>.

A circulação de bens está ligada a um fluxo de dinheiro em sentido contrário. Uma exportação de bens está vinculada a uma entrada de dinheiro e vice-versa<sup>262</sup>. Portanto, a liberação da circulação de bens deveria vir acompanhada da de capitais. Mas nem sempre a uma circulação de bens a de pagamento deve estar vinculada, podendo estar relacionada a uma multa contratual ou indenização justamente pelo não-fornecimento, hipóteses consideradas por BÖRNER de pagamentos por sub-rogação (*surrogatorische Zahlungen*)<sup>263</sup>. Ademais, o autor apresenta o tema e a importância dos artigos correspondentes a essa liberdade para cada uma das demais liberdades fundamentais<sup>264</sup>. Nova convergência poderia ser pensada já a partir dessa relação.

A liberdade de circulação de capitais representa uma importante e característica exceção<sup>265</sup> em relação às demais. Tal é fundada no fato de o direito

---

<sup>259</sup> Neste sentido também se mostram as iniciativas da Comissão. São previstos regulamentos que devem alcançar a todos os autônomos a possibilidade de exercerem suas atividades no mercado interno, sem a exigência de determinados diplomas ou certificados de habilidade e competência. *Idem*, p. 21. Iniciativas com esta característica também são conhecidas no Mercosul. MUNDET, Eduardo R.; MUNDET, Marcelo J. *Pautas para el diseño de un sistema de reconocimiento de títulos extranjeros en un proceso de integración regional*, p. 46-57.

<sup>260</sup> Ver o tema na doutrina estrangeira em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 201-219; STREINZ, R. *Op. cit.*, p. 331-337; FRENZ, W. *Op. cit.*, p. 1023-1090; DRUESNE, G. *Op. cit.*, p. 223-231; GAVALDA, C.; PARLEANI, G. *Op. cit.*, p. 127-132; CRAIG, P.; de BÚRCA, G. *Op. cit.*, p. 680-700; MATHIJSEN, P. S. F. R. *Op. cit.*, p. 248-250 e em BALLARINO, T. *Op. cit.*, p. 499-503.

<sup>261</sup> BÖRNER, Bodo. *Rechtsfragen des Zahlungs- und Kapitalverkehrs in der EWG*, p. 110.

<sup>262</sup> *Idem*, p. 98.

<sup>263</sup> *Idem*, p. 99-100.

<sup>264</sup> Assim, a mesma necessidade de reciprocidade vale para a livre circulação de serviços. Mas há uma diferença apontada pela doutrina, que é a de que, no caso da prestação de serviço, pode haver um fluxo de capital não unicamente em sentido oposto, mas no mesmo sentido (terceiro tipo de fluxo), isto é, daquele capital necessário ao prestador para o desenvolvimento da atividade. Tal capital não servirá à compensação alguma, mas para possibilitar a atividade como capital preparatório (*präparatorische Zahlung*), isto é, para preparar as condições necessárias à realização do serviço. BÖRNER, B. *Op. cit.*, p. 106 e BLECKMANN, A. *Op. cit.*, p. 671. Já a circulação de pessoas implica em uma estadia num outro Estado-membro e pode ocasionar uma obtenção de ganhos no exterior. Para estas situações também deveria ser possibilitada uma liberdade de transferência de capitais. Este, igualmente, é o caso da empresa estabelecida que auferir ganhos e deles quer dispor.

<sup>265</sup> BEHRENS, P. *Die Konvergenz der Wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht*, p. 147. Para MÜLLER-GRAFF, ela possui uma posição especial (*Sonderstellung*) entre as liberdades fundamentais. MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Op. cit.*, p. 26.

primário comunitário não conter praticamente nenhuma proibição de limitação, o que seria efetivado por diretivas, que por sua vez são instrumentos do direito secundário<sup>266</sup>. Aqui, a colocação que cabe ser feita é, entendendo que a liberdade de circulação de capitais nem comparável com as demais é, como entendê-la como uma liberdade fundamental? Assim a concorrência também pode ser uma, pois tem, mesmo que mínimos, critérios de semelhança que convergem.

Inovador nessa classificação dificultosa que duplica e classifica de todas as formas possíveis as quatro tradicionais liberdades fundamentais do artigo 14, n. 2 TCE foi BÖRNER. Em artigo em que chama a livre circulação de pagamentos de a quinta liberdade do mercado comum, observa que quando um bem ou uma prestação de serviços são fornecidos em uma relação entre dois países, no mesmo momento há, geralmente, o pagamento do preço de compra. Assim, “Toda movimentação de bens é, em regra, ligada a um movimento de dinheiro em sentido contrário”<sup>267</sup>. Portanto, para ser garantido um livre comércio entre Estados-membros não basta que o vendedor cumpra o fornecimento constado do contrato, mas também o comprador deve cumprir o seu dever de pagamento<sup>268</sup>.

Talvez tenha BÖRNER adotado tal classificação em 1965 porque essa matéria não estava contemplada no conceito de mercado comum e mesmo muito demorou para estar no de mercado interno<sup>269</sup>, embora fosse abrangida por ele, fenômeno que também ocorre com a liberdade de concorrência. A mesma omissão pode ter se passado com esta.

A partir do texto de BÖRNER podem ser tidas várias interpretações. A primeira é que ao menos doutrinariamente há quem pense que as liberdades não são somente quatro, havendo mais, e que se disponha a chamar uma outra de quinta liberdade. Isto é, se não de fato, no mínimo há na doutrina uma classificação neste sentido. A segunda é que muitas vezes não se sabe ao certo em quais de fato a livre circulação de pessoas é subdividida, isto é, se vem acompanhada da liberdade de estabelecimento ou da de prestação de serviços ou mesmo se o certo não seria pôr estas duas últimas juntas e agregar só a de trabalhadores a de pessoas, o que é o mais lógico, ou ainda, entender a livre circulação de pessoas em sua visão máxime, que encerra as pessoas independentemente de possuírem atividade econômica. A terceira dedução é que esta quinta, no caso a livre circulação de pagamentos, é diferente da que é centralmente estudada neste trabalho, qual seja a liberdade de concorrência.

---

<sup>266</sup> BEHRENS, P. *Op. cit.*, p. 155. Ao contrário do que pensa BEHRENS, o controle de divisas pode ser tido como uma limitação. As liberações já tinham em 1965 atingido um certo estágio e isso obrigava os Estados a permitir os pagamentos e as transferências. Quando um Estado queria pôr limitações na circulação de bens, ele podia limitar a importação de bens, mas também podia deixar a importação livre e limitar o fornecimento através do controle de divisas. BÖRNER, B. Die fünfte Freiheit des Gemeinsamen Marktes: der freie Zahlungsverkehr. In: HALLSTEIN, Walter; SCHLOCHAUER; Hans-Jürgen (Hrsg). *Zur Integration Europas: Festschrift für Carl Friedrich Ophüls aus Anlass seines siebenzigsten Geburtstages*, p. 25-26. Como se observa, se apresentavam também possibilidades de limitação desta liberdade e de suas conseqüências ao comércio. Se as demais podem ser limitadas por cláusulas de exceção, a de pagamentos poderia ser pelo direito que os Estados-membros tinham de proteger suas balanças de pagamentos independentemente de se as dificuldades fossem por conseqüência das diferentes políticas de comércio dos Estados-membros perante terceiros ou por conseqüência de tensão dentro da Comunidade.

<sup>267</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>268</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>269</sup> MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Op. cit.*, p. 9-10.

Outra interpretação possível é que se o autor vê uma vinculação ou acoplação entre movimentação de bens e pagamentos, é possível entender que essa mesma visão de vinculação pode ser transportada para a concorrência. Também estão vinculadas a movimentação de bens, pessoas e serviços por uma lado, e a afetação da concorrência por outro, no país que envia e com mais intensidade no de destino, que é o que sofre os efeitos da entrada do bem ou serviço em seu mercado. Por fim, uma quinta dedução, é que as outras liberdades dependem desta quinta, a de pagamentos, para a sua realização plena, fato este ressaltado pelo próprio BÖRNER<sup>270</sup>.

Na seqüência, VER LOREN van THEMAAT concorda que a livre circulação de capitais é a quinta em Börner<sup>271</sup>. Além disso, atribui a Börner o descobrimento de uma quinta liberdade, qual seja a liberdade de pagamentos. Assim, “Diferentemente das quatro conhecidas liberdades (...) esta quinta liberdade não se encontra na segunda parte do TCEE. Ainda que esta liberdade pertença aos princípios essenciais do mercado comum, ela se esconde no Título II, sobre a política econômica, da terceira parte do Tratado e está regulada pelo seu artigo 106. Demorou até 1984 para que o grande significado desta liberdade fosse esclarecido pelo Tribunal”<sup>272</sup>, referindo-se ao Caso Luisi e Carbone c. Ministério do Tesouro<sup>273</sup>. Mais adiante, por seu próprio convencimento também passa a considerar que elas são em número de cinco, ao observar que “O ressuscitar do debate sobre a criação de uma união econômica encontra fundamento sobretudo no fato de que a gradual efetivação das 5 liberdades conduziram a uma (...) degradação (*Untergrabung*) das políticas nacionais”<sup>274</sup>.

Assim analisando, o que se está buscando com este estudo é também fundar uma liberdade fundamental. O pensamento visto, aceito pela doutrina, ao menos deixa saber que elas não são tão rigidamente apresentadas em número de quatro, ou de cinco. Vale insistir que a de pagamentos é uma mera subdivisão da de capitais, cuja diferença conceitual já tinha sido levantada por BÖRNER, isto é, o desmembramento doutrinário de qualquer uma das demais liberdades levou-as a se tornarem quatro e isso pode ter acontecido com a de capitais, deslocando a de pagamentos para ser a quinta. Mas na verdade está esta contida na quarta, já prevista pelo artigo 14, n. 2 TCE, qual seja a liberdade de circulação de capitais.

Uma evolução no atual desenvolvimento comunitário seria ver a liberdade de concorrência como uma autêntica quinta liberdade econômica fundamental. As trocas vistas até aqui não são nem a ponta do *iceberg* do que a doutrina faz. Por que as mais diferentes visões ensejam grandes elocubrações é que mais adiante será respondida a pergunta sobre, afinal, quantas são as liberdades fundamentais para a doutrina.

A par do exposto, e antes de responder a questão, é necessário ressaltar que as liberdades fundamentais apresentadas contêm elementos semelhantes, como por

---

<sup>270</sup> BÖRNER, B. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>271</sup> Fato também indiretamente aceito, pois assim é denominada em FEIDEN, S. *Op. cit.*, p. 228 e em HERDEGEN, Matthias. *Europarecht*, p. 206, e classificada em GRABITZ, E; von BOGDANDY, A. *Op. cit.*, p. 171.

<sup>272</sup> VER LOREN van THEMAAT, P. *Op. cit.*, p. 459.

<sup>273</sup> O caso também teve importância para a liberdade de circulação de serviços. Nele decidiu o Tribunal que a referida liberdade encerra também a liberdade do receptor da prestação de ir negociar em outro Estado, sem poder ser limitado por barreiras. Caso Luisi e Carbone c. Ministério do Tesouro, EuGH, Slg. 1984, p. 377. Ver mais em JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 69-70.

<sup>274</sup> VER LOREN van THEMAAT, P. *Op. cit.*, p. 463.



exemplo a transfronteiricidade e o efeito direto. Como será visto, estes estão igualmente presentes na liberdade de concorrência e constituem-se, assim, elementos de aproximação e convergência. De fato, a originária orientação das liberdades ao comércio transfronteiriço determinou a elas um caráter transfronteiriço, que a grosso modo significa que as normas das liberdades só são aplicáveis a matérias transfronteiriças. Isto é o mesmo que dizer que para ser liberdade, deve ter a faculdade de ser aplicável a elementos transfronteiriços. No caso das liberdades, tal se vê na íntegra do artigo 56, n. 1 TCE, relacionado à questão da liberdade de circulação de capitais, e em outros não tão claros como o artigo 39, n. 1 TCE, que se reporta a casos na Comunidade, cuja interpretação parece ficar mais clara na versão alemã, que diz dentro da Comunidade (*innerhalb der Gemeinschaft*). Mantendo o intuito de ver uma aproximação entre normas do Tratado, é possível dizer que uma tal característica a concorrência também tem, pois está afeta à cláusula da interestatalidade.

Com isso se tem uma discussão quanto à relação existente entre as liberdades fundamentais e a liberdade de concorrência. O problema gira em torno dos entendimentos de que a liberdade de concorrência não teria caráter transfronteiriço, pois a concorrência em si, fisicamente, não ultrapassa a fronteira, ao contrário dos elementos protegidos pelas liberdades. Essa idéia será combatida ainda neste capítulo.

Vale adiantar que a aplicação das normas das liberdades não é necessariamente só a elementos transfronteiriços. As liberdades garantem muito mais que o comércio entre os Estados-membros<sup>275</sup>. A concorrência é também aplicável a casos puramente nacionais, cujos efeitos, todavia, sejam transfronteiriços. Mas isso também não é mais condição inafastável. Vale lembrar das novas situações advindas com a reforma das normas de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE, nas quais o direito comunitário substitui o nacional, e ainda da tese da europeização dos direitos de concorrência nacionais, que no segundo capítulo serão aprofundadas.

A outra questão é o efeito direto contra terceiros (horizontal) das liberdades fundamentais<sup>276</sup> e uma relação com o efeito direto da liberdade de concorrência,

---

<sup>275</sup> As regras das liberdades valem também para o comércio interno dos países e mesmo ao externo à Comunidade. ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*, p. 94. São os casos conhecidos como de discriminação inversa (*umgekehrte Diskriminierung* ou *Inländerdiskriminierung*). Ela originaria-se a partir da conceituação do mercado comum como regra de interpretação. REICH, N. *Binnenmarkt als Rechtsbegriff*, p. 204-205. Envolve a situação do cidadão nacional que tem posição menos vantajosa no confronto com o cidadão comunitário e que deve se submeter a normas às quais os demais comunitários não precisam, pois assegurados pelas regras das liberdades. Enfim, esta questão ainda é discutida e o Tribunal tem se manifestado que tal trata-se de matéria a ser revisada em âmbito nacional. ARNDT, H.-W. *Op. cit.*, p. 94. Segundo este pensamento, o Estado é que deveria alterar as regras que são válidas somente aos seus nacionais.

<sup>276</sup> Ela pode ser acompanhada em STREINZ, Rudolf; LEIBLE, Stefan. *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten: Überlegungen aus Anlass von EuGH (Angonese)*, p. 459-467; VIEWEG, Klaus; RÖTHEL, Anne. *Verbandsautonomie und Grundfreiheiten*, p. 17-23; EHLERS, D. *Op. cit.*, p. 165-166; ROTH, Wulf-Henning. *Drittwirkung der Grundfreiheiten?* In: DUE, Ole; LUTTER, Marcus; SCHWARZE, Jürgen. *Festschrift für Ulrich Everling*, p. 1231-1247; KINGREEN, T. *Grundfreiheiten*. In: von BOGDANDY, Armin (Hrsg.). *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, p. 676-680; KINGREEN, T. *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 192-195; JAENSCH, Michael. *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten: Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73b EGV*, 321 p. e em GANTEN, Ted Oliver. *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 244 p. e voltará a ser vista ainda neste capítulo. Já os efeitos dos direitos fundamentais em uma relação privada pura, isto é, a questão de se os direitos fundamentais apresentam efeito direto horizontal, no direito alemão e no

acentuado recentemente com as reformas na área. Assim, um levantamento do efeito direto horizontal das normas das liberdades tem como objetivo o estabelecimento de um paralelismo destas com as normas da liberdade de concorrência. De fato, os tratados vinculam os Estados-membros. Todavia, suas determinações podem criar também direitos e deveres diretos para os indivíduos. Assim, segundo o Tribunal, todas as normas comunitárias que sejam aplicáveis sem necessidade de concretização, isto é, que sejam bastante em si, e incondicionais, que consistam em um dever de ação ou omissão de um Estado-membro, que não exijam posteriores medidas de execução, que não deixem margem de apreciação aos Estados-membros, são diretamente eficazes para os seus destinatários, inclusive particulares. Não apenas os órgãos comunitários, mas também os nacionais. Assim, autoridades administrativas e tribunais devem observar e aplicar tais normas, bem como, em função da primazia do direito comunitário, não aplicar direito nacional contrário a ele<sup>277</sup>. Isso posto, todas as liberdades fundamentais têm validade direta e criam direitos individuais<sup>278</sup>. Também a livre circulação de capitais adquiriu essa condição com a entrada em vigor do artigo 56, n. 1 TCE<sup>279</sup>.

Até aqui as liberdades foram analisadas em separado. Mas semelhanças e direcionamentos paralelos das liberdades deram origem a modernas teorias que servem igualmente a uma nova forma de ver o conjunto das regras. Assim, apresenta a doutrina uma dogmática em função da transfronteiricidade, das limitações de caráter pessoal e da discriminação como forma básica de limitação, por exemplo, bem como uma convergência, a seguir analisadas a partir de textos clássicos.

## 2. Dogmática e convergência das liberdades fundamentais

O tema das liberdades obteve um significado importante no Tratado. Conseguiu ainda, um importante papel na jurisprudência do TJCE. Isto posto, JARASS procura elaborar uma dogmática, uma sistemática, para as liberdades fundamentais vistas em particular<sup>280</sup>. Para ele, a tarefa dessa dogmática é “ordenar os vários problemas vinculados às liberdades fundamentais e, com isto, aspectos

---

direito comunitário, foram discutidos em GUCKELBERGER, Annette. *Die Drittwirkung der Grundrechte*, p. 1151-1157.

<sup>277</sup> STREINZ, R. *Op. cit.*, p. 135.

<sup>278</sup> Para KOENIG e HARATSCH, a nova jurisprudência do Tribunal comporta ver um efeito direto entre privados. Um *unmittelbare Drittwirkung* pode ser pensado após o Caso Angonese, EuGH, Slg. 2000, p. I-4139, apartado 34. KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 198. Neste sentido se encontra também NOWAK, C. *Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt*, p. 103.

<sup>279</sup> ARNDT, H.-W. *Op. cit.*, p. 51; JARASS, Hans D. *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, p. 209 e STREINZ, R. *Op. cit.*, p. 302.

<sup>280</sup> Em três artigos, JARASS estabelece uma dogmática das liberdades fundamentais. O primeiro, de abrangência parcial, considerado pelo autor como um estudo prévio, está contido num segundo, que aparece, em relação àquele, acrescido de uma grande parte introdutória sobre a necessidade de uma dogmática das liberdades fundamentais. Já em um terceiro, escrito cinco anos após, ele agrega o desenvolvimento ocorrido nos fundamentos de sua dogmática, em especial em função da jurisprudência do TJCE, promovendo assim uma revisão e complementação evolutiva da teoria. Respectivamente, estes são JARASS, H. D. *Die Grundfreiheiten als Grundgleichheiten: Systematische Überlegungen zur Qualifikation und Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten*. In: DUE, Ole; LUTTER, Marcus; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). *Festschrift für Ulrich Everling*, p. 593-609; JARASS, H. D. *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, p. 202-226 e JARASS, H. D. *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II*, p. 705-723.

materialmente afins são agrupados e separados de outros”<sup>281</sup>. Já o objetivo dela é facilitar a aplicação das liberdades fundamentais. Para tanto, não deve ser ela demasiadamente complexa, pois assim o aplicador do direito seria sobreexigido, mas deve abarcar os problemas relacionados à regulamentação. No conjunto, “deve ser tão fácil e uniforme quanto possível e tão complexa quanto necessário”<sup>282</sup>. Necessita atender as carências da aplicação do direito, ordenar os vários aspectos relacionados com as liberdades fundamentais e reduzir sua complexidade, com vistas a facilitar a aplicação<sup>283</sup>.

O autor não desconhecia o pequeno desenvolvimento da tese até o momento da sua publicação. Cita como causas disso a dificuldade de aplicação de uma dogmática no sistema do *case law* e a cautelosa posição do Tribunal em relação a ela. Já nos demais Estados, a ausência de uma dogmática representa uma grave barreira à aplicação das liberdades fundamentais e um enfraquecimento do efeito prático dos dispositivos. Então serve a dogmática para permitir uma transferência de conhecimento entre as liberdades, perspectiva sistemática esta que raramente é encontrada<sup>284</sup>.

A teoria de JARASS é dividida em três aspectos. Primeiro são estudados os âmbitos de aplicação de cada uma das liberdades fundamentais. Na seqüência, o autor apresenta as diversas limitações que essas liberdades podem sofrer e, por fim, ainda relaciona os fundamentos de justificação das limitações das liberdades. Para montar a teoria da dogmática, ele parte dos dispositivos do Tratado e da jurisprudência do TJCE. Com isso, apresenta os pontos onde as liberdades fundamentais mostram semelhanças e onde existem diferenças. Em relação a estas últimas, apresenta o instrumento da dogmática como uma possibilidade de superação.

O primeiro estudo se refere ao objeto da medida a ser averiguada, isto é, qual a ação protegida contra uma medida limitativa. As liberdades protegem certas ações com caráter transfronteiriço. Através destes elementos, JARASS descreve o âmbito de aplicação das liberdades. Assim, elas não são aplicadas a casos que não envolvam elementos transfronteiriços, já que “Neste sentido, uma relação transfronteiriça é necessária. A relação transfronteiriça está vinculada (...) à pessoa do possuidor do direito, porque (...) uma fronteira intra-comunitária é transposta. Isso não deve ser entendido de forma limitada. A relação transfronteiriça também ocorre quando um nacional no próprio país é prejudicado por causa da realização de uma anterior atividade em outro Estado-membro ou por causa do uso de uma prestação de serviço transfronteiriça. No caso da livre circulação de bens, o caráter transfronteiriço decorre da circunstância de o bem relativo a ela ter transposto ou vir a transpor uma fronteira intra-comunitária. O mesmo vale para a liberdade de circulação de serviços, cujo problema também é levantado quando a prestação de serviço transpõe sozinha a fronteira”<sup>285</sup>. Assim, em princípio, as liberdades se relacionam por seus elementos transfronteiriços ou transnacionais.

---

<sup>281</sup> JARASS, H. D. *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, p. 202.

<sup>282</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>283</sup> JARASS, H. D. *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II*, p. 705-706.

<sup>284</sup> JARASS, H. D. *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, p. 203.

<sup>285</sup> JARASS, H. D. *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II*, p. 707.

O estudo de uma tal dogmática é parte necessária à argumentação aqui defendida de que há necessidade de uma visão em conjunto das regras do Tratado destinadas às liberdades. Visão esta que vem a incluir até mesmo a concorrência neste rol especial. Mas como da leitura até aqui transpassada é possível depreender, JARASS sustenta a afirmação de que as liberdades fundamentais possuem e devem mesmo ter caráter transfronteiriço. A ausência de um objeto material a ser protegido pela liberdade de concorrência dificultaria a inclusão desta no rol das liberdades fundamentais.

Se uma vinculação entre Estados-membros era o que faltava para a concorrência ser uma liberdade fundamental, este requisito está suprido. A cláusula da interestatalidade tem ela também. Então, se a concorrência a ser valorada é a que ocorre entre os Estados-membros, é porque a concorrência passa a fronteira também. Se o pagamento, conforme o artigo 56 TCE, e todas as outras liberdades devem ser exercidas entre os Estados-membros, e a concorrência tem a mesma cláusula como requisito, ambas, liberdades e concorrência, são igualmente transfronteiriças! Vê-se um elemento forte de aproximação permitidor de uma classificação da liberdade de concorrência como liberdade econômica fundamental.

Ademais da relação das liberdades fundamentais fundada em elementos transfronteiriços, JARASS trata da relação havida em limitações de caráter pessoal que as liberdades fundamentais podem sofrer. Esse é o seu segundo estudo. Sob certas condições é possível ser averiguada a compatibilidade daquelas com estas. Limitações às liberdades podem ser constadas do Tratado ou não. Algumas limitações possuem características que lhes permitem ter averiguada sua compatibilidade com as liberdades<sup>286</sup>.

JARASS apresenta a discriminação como forma básica de limitação. Os tratamentos desiguais constituem os primeiros casos de discriminação. Assim, em geral, há uma discriminação quando uma regra relacionada à liberdade de circulação de pessoas, estabelecimentos e serviços é vinculada à nacionalidade ou ao domicílio no exterior e, no caso da liberdade de circulação de bens, quando a regra só é válida para bens que transpassem uma fronteira intra-comunitária<sup>287</sup>.

Uma terceira parte da teoria de JARASS, ao lado da sistematização do âmbito de aplicação e dos prejuízos das liberdades fundamentais, é a justificação das limitações<sup>288</sup>, o que as desonera de serem consideradas limitação do âmbito de aplicação das liberdades fundamentais. Uma primeira justificativa relaciona-se à justificação das discriminações. Nem todas as limitações representam uma infração às liberdades. O próprio Tratado contém uma lista de dispositivos pelos quais, sob determinadas condições, algumas discriminações são justificadas<sup>289</sup>. Assim, as previstas no artigo 30 TCE para as proibições do artigo 28 TCE. Para a liberdade de circulação de pessoas, há as regras do artigo 39, ns. 3 e 4 TCE, sobre a administração

---

<sup>286</sup> JARASS, H. D. Die Grundfreiheiten als Grundgleichheiten: Systematische Überlegungen zur Qualifikation und Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten. In: DUE, Ole; LUTTER, Marcus; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). *Festschrift für Ulrich Everling*, p. 593.

<sup>287</sup> JARASS, H. D. *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, p. 211- 213 e JARASS, H. D. *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II*, p. 709-710.

<sup>288</sup> JARASS, H. D. *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, p. 220.

<sup>289</sup> Estes dispositivos podem ser vistos em JARASS. *Idem*, p. 221.

pública e as relacionadas com ordem, segurança e saúde públicas. Para as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços há possibilidades de limitações no artigo 45 e no artigo 46 TCE, sobre autoridade pública e questões de ordem, segurança e saúde públicas.

Interessante é que nesse aspecto JARASS acrescenta as empresas detentoras de monopólios e as respectivas reservas promovidas pelo artigo 86, n. 2, TCE<sup>290</sup>. Mas o que leva o autor a falar, aqui no meio de uma sistematização das liberdades fundamentais, de uma regra relacionada com a concorrência? Poderia se pensar que ele vê que a concorrência, nessa posição e classificação, também apresenta princípios de justificação das limitações ao seu exercício, assim como as liberdades. Então a concorrência, possuindo mais esta semelhança com as liberdades, assim o fato de ter critérios de justificação das limitações a ela expressos no Tratado, seria uma liberdade também.

Uma segunda justificação abrange as demais limitações. Outras ações que tenham como resultado prático um tratamento diferenciado, também podem ser justificadas. São as justificações fundadas em imperioso interesse geral, também conhecidas como restrições de aplicabilidade indistinta (*unterschiedslose anwendbare Beschränkung*)<sup>291</sup> e as fundadas em direitos fundamentais. Então, caso uma medida do Estado, relacionada às liberdades fundamentais, afete os direitos fundamentais, uma justificação é vedada<sup>292</sup>.

Há, por fim, a justificação por normas em colisão. As limitações podem ser justificadas por normas em colisão do próprio Tratado. Isso acontece porque as liberdades fundamentais não têm primazia em relação às outras normas. Por tal, há a possibilidade da afetação das liberdades estar justificada em outras normas do Tratado. Tal fato requer um equilíbrio de pesos. Isso, todavia, não se passa no caso de colisão com o direito secundário, devido à primazia do primário, exceto se a norma secundária discriminatória estiver expressamente fundada nele ou se, tratando-se de medidas não-discriminatórias, estiver fundada em imperioso bem-estar geral<sup>293</sup>.

Da dogmática de JARASS deve-se tirar a primeira dedução de que todas as liberdades têm caráter transfronteiriço. Muitos requisitos da característica de transfronteiricidade das liberdades fundamentais estão expressos no Tratado<sup>294</sup>. A sustentação aqui trazida envolveu a necessidade da presença desse caráter no bem tutelado para que a respectiva liberdade tuteladora seja considerada uma liberdade fundamental. A transfronteiricidade é inerente a uma liberdade, assim vista. Mesmo que isto não esteja evidente, é subentendido que a partir daí JARASS constrói a sua dogmática. Uma liberdade necessita ser transfronteiriça para sua aceitação como tal. Este é o principal elemento característico diferenciador da liberdade de concorrência destas. O bem tutelado pela liberdade de concorrência não é um bem físico, que se permite ver ao cruzar a fronteira. Esta abstração, como já foi levantado, e oportunamente será melhor visto, não é suficiente para afirmar que a liberdade de

---

<sup>290</sup> JARASS, H. D. *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II*, p. 717.

<sup>291</sup> *Idem*, p. 718.

<sup>292</sup> *Idem*, p. 720.

<sup>293</sup> JARASS, H. D. *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, p. 226.

<sup>294</sup> *Idem*, p. 207.

concorrência não é transfronteiriça, e por tal insuficiente também para impossibilitar uma visão dela como uma liberdade econômica fundamental.

Mais a seguir, uma alternativa para a fundamentação da idéia aqui defendida a ser vista é quebrar essa exigência ou fazer a afetação ou colação ou acoplamento de uma pequena parte da concorrência a cada um dos elementos tutelados pelas liberdades. Outra alternativa é ressaltar a cláusula da interestatalidade na liberdade de concorrência também, equiparando-a no suprimento desta exigência de transfronteiricidade das liberdades fundamentais. Por ora, todavia, o presente raciocínio basta, até porque ainda há outros elementos a serem trazidos.

Uma segunda visão moderna das regras das liberdades fundamentais, que também se afasta de uma análise isolada delas, é a da convergência. Em BEHRENS, tal desenvolvimento apresenta dois aspectos. O primeiro é que o Tratado de Roma diferencia as liberdades econômicas conforme o objeto de transação, garantindo assim, por suas regras especiais, não liberdade, mas liberdades. Tais preceitos diferenciados possuem fundamentos técnicos para assim serem apresentados, pois são de tipos muitos diferentes. A segunda especificação das regras de liberdade de circulação se refere às suas qualidades jurídicas. Tal afirmação tem como fundamento o Relatório Spaak, que dizia que um mercado comum não seria imaginável sem regras e medidas comuns e sem um sistema de instituições que assegurasse o processamento e a observação dessas regras<sup>295</sup>.

BEHRENS diferencia quatro perspectivas e linhas de desenvolvimento variadas, quais sejam a passagem de proibições de discriminações para proibições de limitações, a passagem do critério de país de destino para o de país de origem ou princípio do reconhecimento recíproco, a transição da liberdade dos produtores para liberdade dos consumidores e de privilégios de estrangeiros para igualdade de condições de concorrência.

Inicialmente as liberdades econômicas foram interpretadas segundo as proibições de discriminação, que vedavam aos Estados-membros o trato desigual com fundamento na nacionalidade. Tendo tal sistema apresentado uma espécie de déficit, foi tentada uma compensação através do instrumento da aproximação legislativa. Posteriormente, vieram as decisões Dassonville e Cassis de Dijon, que alargaram grandemente a área de atuação da liberdade de circulação de bens e iniciaram as reflexões sobre os efeitos dessas jurisprudências sobre as outras liberdades, aparecendo em primeiro lugar a de prestação de serviços, tendo esta contabilizado as inovações do Caso Webb<sup>296</sup>.

Uma convergência entre a livre circulação de bens e a liberdade de prestação de serviços já era evidente neste momento<sup>297</sup>. A próxima das liberdades a sofrer benefícios dessa convergência foi a de estabelecimento. Para tanto, tais determinações passaram a abranger normas nacionais que a limitavam, independente da vinculação com critérios de nacionalidade. Assim, a solução apresentada para a efetivação da liberdade de estabelecimento era, numa primeira interpretação, idêntica à apresentada para as liberdades de circulação de bens e prestação de serviços, segundo a qual elas

<sup>295</sup> BEHRENS, P. *Op. cit.*, p. 145-162.

<sup>296</sup> Caso Webb, EuGH, Slg. 1981, p. 3305.

<sup>297</sup> BEHRENS, P. *Op. cit.*, p. 151.

todas só poderiam ser limitadas por regras que fossem necessárias ao objetivo do bem estar geral, o que leva o leitor a pensar em uma convergência entre as liberdades<sup>298</sup>.

Mais adiante, ao adentrar na segunda das linhas de desenvolvimento jurisprudencial que apresenta, BEHRENS diz que o Caso Cassis de Dijon nitidamente contém uma transposição do princípio do país de destino para o de país de origem e que as quatro liberdades deveriam ser revistas sob esse novo aspecto. O princípio do país de origem corresponde melhor à idéia de mercado interno, introduzida no TCE pelo AUE, fato que, para ele, é evidente<sup>299</sup>.

Em novo balanço, expressa o autor que as divergências continuam a existir, mas elas são reduzidas com a adoção do princípio também conhecido como do reconhecimento recíproco, para o que muito contribuiu a aproximação legislativa.

Assim, formula o autor uma regra segundo a qual as liberdades, com exceção da liberdade de circulação de capitais, somente podem ser limitadas por regras que sejam justificadas pelo interesse geral, regras só são justificadas pelo interesse geral quando correspondem a casos de exigência imperiosa, regras que imponham limites não são justificadas quando o interesse geral já foi considerado no Estado de origem através de regras jurídicas às quais se submetam os bens, as prestações de serviços e as pessoas, regras limitadoras não são justificadas quando desproporcionais, e por fim, discriminações evidentes ou ocultas nunca são justificadas<sup>300</sup>.

A terceira linha de desenvolvimento vista pelo autor parte da constatação que durante muito tempo o que se buscava era que os mercados nacionais fossem abertos para alheios a eles, como por exemplo, que a liberdade de circulação de bens deveria garantir o acesso ao mercado para produtores de outros Estados-membros. Até que o Caso Luisi e Carbone c. Ministério do Tesouro<sup>301</sup> envolvendo prestação de serviço de turismo averiguou que a liberdade de prestação de serviço também deveria possibilitar ao receptor se deslocar transfronteiramente a outro Estado-membro e lá exercer a sua pretensão de receber prestação de serviço. Assim, as regras da liberdade de circulação se deslocaram da posição de somente observar a visão do ofertador para também observar o interesse daquele que busca o serviço. Com esse argumento é que BEHRENS vê nesse aspecto um desenvolvimento, ou seja, uma mudança de perspectiva de liberdade dos produtores para liberdade dos consumidores, ou em geral da de ofertadores para a de procuradores<sup>302</sup>, segundo a qual um consumidor deve poder se deslocar a outro Estado e lá comprar, sob as mesmas condições do povo local.

A última linha de desenvolvimento envolve a questão da discriminação interna. Ocorre quando os efeitos da desregulação ou retirada de barreiras só ajam em favor dos estrangeiros e estas venham a ser mantidas para as relações internas. Nesse contexto, produtores ou prestadores de serviços nacionais são afetados por um tratamento desfavorável. Para BEHRENS, o próprio Tratado oferta perspectivas de desenvolvimento nessa questão, quais sejam o objetivo de mercado interno e o

---

<sup>298</sup> *Idem*, p. 152.

<sup>299</sup> *Idem*, p. 156.

<sup>300</sup> *Idem*, p. 158-159.

<sup>301</sup> Caso Luisi e Carbone c. Ministério do Tesouro, EuGH, Slg. 1984, p. 377.

<sup>302</sup> BEHRENS, P. *Op. cit.*, p. 159-160.

objetivo da criação de um sistema de concorrência não-falseado, que permitiriam uma transição entre o privilégio ao estrangeiro e a igualdade das condições de concorrência, pela qual as regras que infrinjam a liberdade de circulação e gerem discriminação aos nacionais também não sejam mantidas<sup>303</sup>.

Uma visão de convergência também é tida em BAQUERO CRUZ. Um enfoque único, uma convergência de interpretação nas liberdades fundamentais, uma interpretação uniforme pelo Tribunal, se iniciou com o reconhecimento de um efeito direto às liberdades na década de 70, culminando com o reconhecimento deste também a de capitais. Teve como segunda etapa a generalização dos *tests*<sup>304</sup> trazidos pelas sentenças Dassonville e Cassis de Dijon. Já Keck e Mithouard é visto pelo autor como uma fratura ou descontinuidade nesse processo de convergência, tanto que ele identifica uma cautela do Tribunal na aplicação de sua fórmula nas liberdades não relacionadas a bens<sup>305</sup>. Todavia, Keck e Mithouard não representa dificuldades a uma tal convergência também com essas liberdades<sup>306</sup>. Os objetivos do Tratado também se prestam para uma convergência. Assim o fato de o artigo 14, n. 2 TCE dispor todas elas juntas<sup>307</sup>.

A idéia de convergência apresentada pelo autor é avançada. Ao não identificar nenhuma razão para haver distintos graus de protecionismo, chega a propor um *test* único ou mesmo uma norma única a ser aplicável às liberdades<sup>308</sup>. Uma ressalva na convergência de BAQUERO CRUZ é feita para a liberdade de circulação de trabalhadores, como bem lembrada pelo autor, por seu aspecto social, além do meramente econômico<sup>309</sup>.

Keck e Mithouard pode ter sido o caso que mais insegurança trouxe à concretização das liberdades<sup>310</sup>. Porém, isto não impediu a doutrina de construir, unicamente a partir dele, uma convergência das liberdades fundamentais. Keck e Mithouard não foi suficiente para acabar com a disparidade da jurisprudência relativa ao artigo 28 TCE<sup>311</sup>. Pelo contrário, parece ter acelerado a disputa<sup>312</sup>. A jurisprudência

---

<sup>303</sup> *Idem*, p. 161.

<sup>304</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 162.

<sup>305</sup> *Idem*, p. 163.

<sup>306</sup> *Idem*, p. 165 e FEIDEN, S. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>307</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 166.

<sup>308</sup> Segundo sua sugestão, esta poderia expressar que “1. Ficarão proibidas entre os Estados-membros todas as restrições à livre circulação de fatores econômicos. 2. Esta proibição não será obstáculo para aquelas restrições justificadas por razões de interesse público, tais como razões de ordem pública, moralidade e segurança públicas, proteção da saúde e vida das pessoas e animais, preservação dos vegetais, proteção do patrimônio artístico, histórico ou arqueológico nacional, proteção das políticas industriais, ambientais ou de defesa dos consumidores, ou proteção da propriedade industrial e comercial. 3. Não poderá justificar-se nenhuma restrição que constitua uma restrição oculta do comércio entre os Estados-membros, ou se os níveis de proteção alcançados pelos Estados-membros com o emprego de meios distintos foram equivalentes”. *Idem*, p. 166-167.

<sup>309</sup> *Idem*, p. 169.

<sup>310</sup> Ver a interpretação de que o caso citado trouxe incertezas, retrocessos e inseguranças jurídicas em MATTERA, A. *Op. cit.*, p. 117-160; em REICH, N. *The “November Revolution” of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi revisited*, p. 470-473; em BERNARD, Nicolas. *La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le Traité CE sous l’angle de la compétence*, p. 14 e em GONZÁLEZ VAQUÉ, L. *Op. cit.*, p. 24-38.

<sup>311</sup> FEIDEN, S. *Op. cit.*, p. 2. Esta sentença, como elemento de convergência, também é citada em WALTER, C. *Op. cit.*, p. 16-17.

<sup>312</sup> FEIDEN, S. *Op. cit.*, p. 26.



ainda não é uníssona nem com a diferenciação promovida por Keck e Mithouard. A pergunta é se a conclusão do caso é de significado para as demais liberdades e se pode ser transferível a elas<sup>313</sup>. FEIDEN promove uma investigação a partir da referida sentença que demonstra a evolução das liberdades fundamentais e oferece um conceito único para o sistema delas<sup>314</sup>, sistema este que auxilia a solução de dificuldades no trato de casos isolados relacionados à jurisprudência do Tribunal. A pesquisa ainda serve como uma contribuição à convergência das liberdades, aqui da ótica do Tribunal, que demonstrou em inúmeros casos que as diferentes liberdades são entendidas como um conjunto<sup>315</sup>.

O primeiro passo é encontrar claramente uma ampla interpretação do Caso em relação ao seu próprio âmbito de aplicação, qual seja a liberdade de circulação de bens. Posteriormente, ela se dedica a averiguar a transmissibilidade<sup>316</sup> dos princípios para as demais liberdades fundamentais do Tratado, as quais analisa uma a uma. O resultado é a contribuição de Keck e Mithouard para a convergência das liberdades. A transferência das conclusões de Keck e Mithouard para a liberdade de prestação de serviços é confirmada. O conceito desenvolvido também fornece resultados adequados para a liberdade de estabelecimento. Uma transmissibilidade também é sentida para os casos da liberdade de circulação de trabalhadores. Já para os casos envolvendo a livre circulação de capitais, a transferência se dá com facilidade<sup>317</sup>.

Em conclusão, todavia, atesta a autora que a contribuição de Keck e Mithouard não é tão grande como tinha sido pensada. Em suas palavras, “De maior importância para a unicidade do ‘sistema das liberdades fundamentais’ é a expressão da sentença Keck e Mithouard para a própria liberdade de circulação de bens”<sup>318</sup>. Mas, numa compreensão correta, seus conceitos são transferíveis às demais liberdades. A partir desta perspectiva, a sentença se adapta bem à tendência da convergência das liberdades fundamentais<sup>319</sup>.

---

<sup>313</sup> ZULEEG, M. *Op. cit.*, p. 1726. Uma convergência das liberdades fundamentais, com fundamento específico no Caso Keck e Mithouard é estudada em FEIDEN, S. *Op. cit.*, p. 3 e 253; WALTER, C. *Op. cit.*, p. 16-17; DA CRUZ VILACA, José Luís. An exercise on the application of Keck and Mithouard in the field of free provision of services. In: DONY, Marianne (Coord.). *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*, p. 797-816; CLASSEN, Claus Dieter. *Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten?*, p. 97-106 e em EBERHARTINGER, Michael. *Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten*, p. 43-52. Uma transferência dos fundamentos da sentença em questão para as outras liberdades fundamentais não é vista de forma tão segura em BERNARD, N. *Op. cit.*, p. 11-45.

<sup>314</sup> FEIDEN, S. *Op. cit.*, p. 4.

<sup>315</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>316</sup> Esta transmissibilidade (*Übertragbarkeit*) foi analisada através de um teste (*Prüfungsschema*), sintetizado nas seguintes questões: 1) Há uma norma direta vinculante à transfronteiriçidade? 2) Há uma norma aberta discriminadora segundo a nacionalidade, o domicílio, a residência, o local da ação ou do investimento ou característica marcante semelhante a um fenômeno transfronteiriço? 3) Teria efeito uma regra de mesmo conteúdo válida em toda a Comunidade na transação concreta diferentemente de como tem a norma nacional? 4) Há um prejuízo fático às situações transfronteiriças? É o acesso ao mercado de um Estado-membro limitado de forma exorbitante? *Idem*, p. 251.

<sup>317</sup> *Idem*, p. 147, 207-208, 227 e 247 respectivamente.

<sup>318</sup> *Idem*, p. 254.

<sup>319</sup> *Idem*, p. 256.

Por fim, para KOENIG e HARATSCH, o Tribunal cristalizou uma convergência das liberdades fundamentais<sup>320</sup>, apesar das liberdades terem diferentes formulações no Tratado. As liberdades mostram essencialmente uma mesma estrutura fundamental. Primeiro foram estabelecidos campos de proteção das mesmas, depois vem a averiguação da existência de uma violação, que pode ser produzida por um ato soberano que tenha por consequência discriminação ou limitação ao seu exercício.

### 3. *Relação entre liberdades fundamentais e direitos fundamentais comunitários*

Em sua dogmática, JARASS tratou da relação entre liberdades fundamentais e direitos fundamentais comunitários, seja para argumentar o impedimento da justificação de delimitações às liberdades, se aquelas se referem à infração de direitos fundamentais, seja pela própria relação estreita que os temas têm<sup>321</sup>. Por isso, aqui se procede um pequeno aprofundamento nela. Já foi visto anteriormente que a relação entre liberdades e direitos fundamentais apresenta dois aspectos e que um deles é dado pela força destes para restringir ou mesmo justificar as restrições que são colocadas e autorizadas pelo Tratado àquelas e que o outro é a existência de doutrinas que já classificam as normas de tutela das liberdades fundamentais como normas de direitos fundamentais comunitários. Essa também é uma discussão do momento<sup>322</sup>.

Para MÜLLER-GRAFF, liberdades fundamentais e direitos fundamentais comunitários são, na tradição do direito comunitário, inicialmente, diferentes categorias de direitos subjetivos, tanto em terminologia quanto em conteúdo. Enquanto as primeiras estão positivadas no Tratado e pretendem garantir a liberdade de ação econômica transfronteiriça, os segundos protegem princípios jurídicos desenvolvidos pelo Tribunal, todavia não escritos, de direitos fundamentais comunitários<sup>323</sup>.

Com isso o autor avalia se a questão dos direitos fundamentais não deveria ser confiada a um nível de direito comunitário ou à Comunidade. Para tanto, ele observa um potencial movimento que enseja a discussão de se e em que medida o desenvolvimento dos direitos fundamentais comunitários deve ser observado pela interpretação das liberdades fundamentais clássicas.

Com vistas ao estabelecimento de uma relação entre liberdades fundamentais e direitos fundamentais, MÜLLER-GRAFF inicia por estudar as específicas funções materiais das liberdades e se elas sofreram alterações. A função das liberdades fundamentais é “a segurança comunitária da liberdade de ação (intra)transfronteiriça, portanto transnacional na circulação de bens, prestação de serviços, pessoas, capitais e

---

<sup>320</sup> KOENIG, C; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 197, para quem uma convergência das liberdades fundamentais é particularmente nítida no Caso Gebhard, EuGH, Slg. 1995, p. I-4165, apartado 37.

<sup>321</sup> JARASS defende a tese de que as liberdades fundamentais seriam direitos à igualdade (*Grundfreiheiten als Gleichheitsrechte*) e passa a chamá-las de igualdades fundamentais (*Grundgleichheiten*). JARASS, H. D. *Op. cit.*, p. 218.

<sup>322</sup> Possível de ser acompanhada na recente tese de doutorado de GEBAUER, que não vê a equiparação entre os sistemas como aceitável. GEBAUER, J. *Op. cit.*, 454 p.

<sup>323</sup> MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte*. In: CREMER, Hans-Joachim; GIEGERICH, Thomas; RICHTER, Dagmar; ZIMMERMANN, Andreas. *Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger*, p. 1281-1301.

pagamentos contra medidas limitativas de diferentes origens”<sup>324</sup>. Já a dos direitos fundamentais é repelir violações cometidas por órgãos da Comunidade e, em certas circunstâncias, também pelos Estados-membros.

Em razão das funções específicas das liberdades fundamentais, que MÜLLER-GRAFF chama de funções elementares (*Elementarfunktion*), elas são constitutivas para o conceito de ordenamento comunitário, “Pois sem as (...) liberdades fundamentais são os dois outros mecanismos de atingimento dos objetivos da Comunidade, constados do artigo 2º. TCE (união monetária e econômica e políticas comunitárias), sem base e sem função considerável”<sup>325</sup>. As autorizações para a aproximação legislativa são tidas como meios para a realização ou facilitação da defesa das liberdades, através da criação de um padrão comunitário contra a limitação ao acesso ao mercado ou contra falseamentos da concorrência ocasionados pelas diferenças das ordens jurídicas dos Estados-membros.

Ao comentar uma provável mudança nas funções, ele não via a possibilidade dos objetivos da Comunidade mudarem da realização das liberdades fundamentais em um mercado interno para a realização dos direitos fundamentais da Comunidade, então somente constados da Carta dos Direitos Fundamentais de dezembro de 2000. Uma tal modificação conceitual no direito comunitário seria questionada “Apenas em caso de transição da Comunidade a uma com qualidade de Estado (*Staatlichkeit*) ou ao menos a uma Comunidade de prioridade aos direitos fundamentais”<sup>326</sup>. Hoje a referida Carta é parte integrante do tratado que estabelecerá uma Constituição para a Europa.

Apesar das diferentes funções das liberdades e dos direitos fundamentais, é possível pensar-se em uma área comum entre ambas, o que enseja uma aplicação paralela, ou mesmo se uma terá aplicação preferencial em relação a outra. Assim, para MÜLLER-GRAFF, as limitações à liberdade de ação transfronteiriça são casos afetos às liberdades fundamentais<sup>327</sup>. Diferente é o caso relativo à limitação na liberdade de ação transfronteiriça ocasionada pela transposição de medida comunitária pelo Estado-membro. Neste, tanto as liberdades, como os direitos fundamentais, são afetados. E medidas realizadas por privados, em princípio, não estão afetadas à aplicação das regras das liberdades ou aos direitos fundamentais comunitários<sup>328</sup>.

Em paralelo à relação entre a aplicação dos elementos abordados, o autor levanta a necessidade de solução de conflitos entre eles. Uma das situações de conflitos é marcada pela garantia de direitos a um particular, ocasionando, ao mesmo tempo, a limitação de direitos a outro. A estas situações o autor chama de “casos de efeito contra terceiros (*Drittwirkungsfälle*)”<sup>329</sup>. É, por exemplo, o julgado em Comissão c. França<sup>330</sup>, no conflito de interesses entre a Coordenação Agrária francesa e a entrada de produtos agrícolas espanhóis no mercado, ou ainda no julgado no Caso

---

<sup>324</sup> *Idem*, p. 1285.

<sup>325</sup> *Idem*, p. 1286.

<sup>326</sup> *Idem*, p. 1290.

<sup>327</sup> *Idem*, p. 1293.

<sup>328</sup> *Idem*, p. 1295.

<sup>329</sup> *Idem*, p. 1296.

<sup>330</sup> Caso Comissão c. França, EuGH, Slg. 1997, p. I-6959. Comentado em KÜHLING, Jürgen. *Staatliche Handlungspflichten zur Sicherung der Grundfreiheiten*, p. 403-404.

Angonese<sup>331</sup>, sobre a infração que o estabelecimento de condições para a candidatura a um emprego ocasionou no direito protegido pelo artigo 39 TCE. Outros conflitos são vislumbrados, quando uma medida comunitária é necessária para a realização dos direitos fundamentais, mas ocasiona efeitos limitadores às liberdades de circulação, e no caso da efetivação de liberdades fundamentais no momento da transposição de obrigações do direito comunitário pelos Estados-membros.

A questão refere-se a como solucionar esses conflitos de interesses entre liberdades e direitos fundamentais, que haviam sido tangenciados por JARASS. MÜLLER-GRAFF propõe uma diferenciação tripartite, entre ponto de partida, princípios e conseqüências. Respectivamente, primeiro observa o fundamental significado das liberdades fundamentais para a ordem econômica. Então afirma que as liberdades fundamentais devem ser conjugadas com os direitos fundamentais, especialmente pela imanente barreira que estes podem representar e, por fim, que desproporcionalidades no exercício de liberdades de ação, que envolvam limitações em função da nacionalidade, devem ser tratadas no âmbito da liberdade de circulação de pessoas<sup>332</sup>.

Isso posto, o autor estabelece uma regra de conflito que parte da obrigação de respeito às exigências das liberdades fundamentais e do fato de que as restrições destas, com fundamento na proteção de direitos fundamentais comunitários, só são admitidas quando a afetação é própria, necessária e razoável para a realização de reconhecidos direitos fundamentais comunitários (conjugação que é difícil de ser atingida). Por fim, conclui que, em caso de dúvida, a preferência deve ser dada à realização das liberdades fundamentais<sup>333</sup>. Haver conflitos de interesses a serem solucionados deixa evidente a existência de uma relação entre liberdades fundamentais e direitos fundamentais comunitários.

O que este trabalho apresenta é um pouco além das teorias vistas, mas um pouco menos que o entendimento das liberdades fundamentais como direitos fundamentais. Expõe uma convergência, também tendo a liberdade de concorrência como liberdade fundamental, a partir do seu ingresso neste seletivo grupo. A própria doutrina se apresenta muito misturada sobre essa nova classificação. Como anunciado, o seguimento deste estudo tentará esclarecer, afinal, quantas são as liberdades econômicas fundamentais, e mais, a presente análise versará também sobre a classificação da liberdade de concorrência entre elas.

#### *4. Nova classificação para a liberdade de concorrência*

Uma primeira questão envolve saber se o rol das liberdades fundamentais é taxativo ou apenas exemplificativo. FRADERA, afirmando sustentar sua argumentação na doutrina majoritária, assevera que o caso “trata-se de relação apenas exemplificativa, tanto é que a terminologia utilizada pelos tratados representa uma fórmula para dissimular uma grande lacuna do sistema comunitário no que se refere a uma concepção geral de liberdade de comércio, já presente em outros tratados (...)”<sup>334</sup>.

---

<sup>331</sup> Caso Angonese, EuGH, Slg. 2000, p. I-4139.

<sup>332</sup> MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Op. cit.*, p. 1299.

<sup>333</sup> *Idem*, p. 1301.

<sup>334</sup> FRADERA, V. M. J. de. A Jurisprudência Européia como orientadora do novo Direito. In: RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto (Org.). *Mercosur: Unión Europea*, p. 387-388.

Do exposto, é possível pensar-se que o rol pode perfeitamente ser ampliado com a introdução nele da liberdade de concorrência.

De fato, alguns autores que estudam processos de integração posicionam essa liberdade no rol das liberdades fundamentais características da fase de mercado comum, outros não se referem à liberdade de concorrência, ao menos ao tempo da publicação das obras consultadas, e outros já se manifestavam pela consideração de outras liberdades além das clássicas.

Partindo do consagrado e unânime entendimento que é na fase de mercado comum que se encontra o ambiente propício para o desenvolvimento das liberdades econômicas fundamentais, o tópico iniciado agora pretende ver quantas são, de fato, as liberdades adjetivadas com essa importância. Para tanto, o trabalho enumerará autores que não incluem a liberdade de concorrência neste seletivo grupo, autores que entendem ser esse conjunto formado por cinco liberdades básicas, sendo a quinta o objeto deste estudo e autores terceiros que incluem outras singulares liberdades entre as consideradas fundamentais à fase de mercado comum dos processos de integração, como o caso da liberdade de circulação de sentenças.

Ao final desta parte, pretende-se analisar se é possível, com segurança, determinar ser a liberdade de concorrência a quinta liberdade fundamental dos processos de integração que envolvem a fase de mercado comum, em especial o da Comunidade Européia, e se, em verdade, são elas em número de cinco, o que é condição prévia.

Como mencionado, parte da doutrina apresenta as liberdades como sendo apenas quatro, sem incluir a liberdade de concorrência, motivo pelo qual são suscitadas, ainda, constantes controvérsias. As liberdades apontadas pela doutrina como clássicas ou tradicionais, onde quase já não há mais controvérsias, são a livre circulação de pessoas<sup>335</sup>, de bens<sup>336</sup>, de serviços e de capitais. Nesse sentido, OLIVEIRA aduz que o mercado comum trata-se “de uma zona de livre comércio e de uma união aduaneira que permitam a livre circulação de fatores e serviços nos Estados-Membros, isto é, a liberação de bens, capitais, serviços e pessoas, com a eliminação de toda forma de discriminação. Constitui, o mercado comum, uma das formas complexas de integração econômica. Além de avançar em direção à liberação dos fluxos comerciais, dirige-se à plena liberdade de circulação de bens, pessoas, serviços e capitais, imprimindo dinâmica e singular mobilidade ao processo, o que requer medidas de destacada condução política de harmonização às condições desiguais dos Estados-Membros”<sup>337</sup>. Contudo, ainda que sem incluir como liberdade necessária, a autora reconhece que a liberdade de concorrência, ao menos à Comunidade Européia, trata-se de uma política comum “fundamental”<sup>338</sup>. FORTE,

---

<sup>335</sup> Já se fez a ressalva de que a livre circulação de trabalhadores também está incluída nesta classificação. Para aprofundamento do assunto, indica-se a obra de JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, em especial a p. 16.

<sup>336</sup> Da mesma forma se fez a ressalva de que a livre circulação de mercadorias também está incluída nesta classificação. Para aprofundamento do assunto, indica-se a obra de GOBBO, onde foi trabalhada a conceituação dos termos mercadorias e bens, através de análise da doutrina civilística e comunitária européia, e a controvérsia doutrinária sobre quais são os (bens ou mercadorias) livres para circular num processo de integração. GOBBO, E. *Op. cit.*, em especial p. 60-64.

<sup>337</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. *União Européia: processos de integração e mudanças*, p. 38.

<sup>338</sup> *Idem*, p. 251.

por sua vez, em pensamento muito próximo, também considera serem as liberdades fundamentais em número de quatro<sup>339</sup>, e posiciona o estudo da concorrência em seu livro em tópico chamado de “A política de concorrência e as respectivas regras”<sup>340</sup>. RUIZ DÍAZ LABRANO observa que “O mercado comum se constitui por meio de uma área de livre comércio entre os Estados membros, uma tarifa externa comum e ademais pela supressão das barreiras aos intercâmbios de fatores para a produção: pessoas, bens, serviços e capitais. Se caracteriza, ainda, pela coordenação das políticas macroeconômicas e a aproximação legislativa”<sup>341</sup>. FARIA explicita que “Um *mercado comum* constitui a forma mais avançada e complexa de integração econômica, essencialmente porque não visa apenas à liberação dos fluxos comerciais, mas sim à plena liberdade de circulação de bens, pessoas, serviços e capitais”<sup>342</sup>. E LIÑÁN NOGUERAS escreve que “O mercado comum não era nem mais nem menos que o conjunto dessas quatro liberdades”<sup>343</sup>.

Como se pode depreender, todos os autores acima citados ou não se manifestam quanto à liberdade de concorrência, ou não estão convencidos de sua classificação como liberdade fundamental, ou ainda não tinham esse pensamento no momento da edição de suas obras. Podem, também, entender que as liberdades econômicas fundamentais são em número restrito a quatro, e ser a liberdade de concorrência uma política comunitária<sup>344</sup>. Neste mesmo sentido a publicação oficial das Comunidades Européias<sup>345</sup> e vasta doutrina<sup>346</sup>.

---

<sup>339</sup> FORTE, U. *União Européia: Comunidade Econômica Européia (Direito das Comunidades Européias e harmonização fiscal)*, p. 16, 25 e, especialmente, 123.

<sup>340</sup> *Idem*, p. 133-137.

<sup>341</sup> RUIZ DÍAZ LABRANO, R. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>342</sup> FARIA, J. A. E. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>343</sup> LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. El mercado interior: las cuatro libertades. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve (Coord.). *Mercosur y Comunidad Europea*, p. 90.

<sup>344</sup> Como faz CASELLA, para quem “O termo *políticas comunitárias* abrange desde a agricultura à energia, da indústria à pesquisa, do meio ambiente aos aspectos de integração regional, de matérias sociais ao comércio exterior, passando, pela união econômica e monetária”. CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade européia e seu ordenamento jurídico*, p. 119. Ver ainda as páginas 302, 329 e 413-512. Para ALVES, “a concorrência é um dos princípios basilares do mercado comum e, simultaneamente, uma das Políticas Comunitárias”. ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, p. 18. FRADERA observa que, segundo os comentaristas do Tratado, a localização das regras jurídicas sobre a concorrência entre as políticas não é devida ao puro acaso. Ela “expressa a idéia de que a teleologia do Tratado não pode ser atingida apenas pela efetivação das quatro liberdades. Algo mais se faz necessário para movimentar esse complexo de liberdades (...)”. FRADERA, V. M. J. de. *A integração européia e o Mercosul: confronto atual (direito da concorrência e integração em perspectiva comparatista)*, p. 90-91.

<sup>345</sup> COMUNIDADES Europeias: Comissão. *Europa: perguntas e respostas*, p. 87 e COMUNIDADES Europeias: Comissão. *A livre circulação de pessoas na Comunidade Europeia*, p. 5.

<sup>346</sup> ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Mercosul: fundamentos e perspectivas*, p. 13; BASSO, Maristela. Apresentação. In: BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros*, p. 19; CARVALHO, I. M. F. T. *Op. cit.*, p. 54; CASELLA, P. B. *Mercosul: exigências e perspectivas*, p. 34; CASELLA, P. B. *Direito da Concorrência na UE e no Mercosul*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul: das negociações à implantação*, p. 343; CASELLA, P. B. *Comunidade européia e seu ordenamento jurídico*, p. 108, 302 e 327-387; FARIA, Werter R. A institucionalização do Mercosul. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade*, v. 2, p. 383; LEBEDICH SICHIK, J. M. *Op. cit.*, p. 10; MARQUES, C. L. *Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 – notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor*, p. 59; MENEM, Carlos Saúl. *¿Qué és el Mercosur?*, p. 190; NORRIS, Roberto. *Contratos coletivos supranacionais do trabalho e a internacionalização das*

Sobretudo, em particular no caso do Mercosul, é importante lembrar que o Tratado de Assunção se manteve em silêncio sobre a inclusão explícita dessa liberdade de concorrência no artigo 1º. Contudo, devido à importância do tema, vagamente a incluiu entre as políticas macroeconômicas e setoriais que têm por finalidade assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-partes, e destinou um artigo próprio para a concorrência comercial, que é o 4º. O silêncio do documento marco inibe os autores a incluírem a liberdade de concorrência no rol das fundamentais, especialmente aqueles que simplesmente comentam o que o Tratado dispõe. Mesmo assim, em algum momento, invariavelmente, suas obras tratam da questão da concorrência, ainda que sem considerá-la liberdade fundamental, e quase sempre quando escrevem sobre as políticas macroeconômicas e setoriais implicadas pelo mercado comum.

O visto também se passa com doutrinadores comunitários. Para von BOGDANDY, o objetivo da integração envolve a remoção das barreiras nacionais que impeçam a livre circulação de bens, serviços, capitais e pessoas, onde a liberdade de circulação de pessoas abrange a liberdade de residência de trabalhadores e o livre direito de estabelecimento<sup>347</sup>. ZACKER cita que elas são em número de quatro, mas divide a liberdade de circulação de pessoas em liberdade de residência de trabalhadores e liberdade de estabelecimento<sup>348</sup>. KOENIG e HARATSCH entendem que as liberdades são em número de quatro<sup>349</sup>, mas sumarizam sua obra em liberdade de circulação de bens, liberdade de residência de trabalhadores, liberdade de estabelecimento, que vem apresentada em tópico separado<sup>350</sup> da liberdade de circulação de prestação de serviços e, por fim, junta num mesmo tópico a de circulação de capitais e a de pagamentos<sup>351</sup>. SCHUSTER intitula a parte de sua obra sobre o assunto de “As 4 liberdades fundamentais”, mas internamente ela vem dividida em cinco, em função da divisão entre liberdade de estabelecimento de liberdade de circulação de serviços, bem assim, aquela precedendo a esta e logo após o trato da liberdade de domicílio de força laboral (*Arbeitskräfte*)<sup>352</sup>. OPPERMANN agrega em sua obra o trato da liberdade de circulação de capitais e pagamentos na seção que vem iniciada pela liberdade de circulação de bens. Depois estuda conjuntamente a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços, nesta ordem, em seção precedida pela liberdade de domicílio de trabalhadores, cidadania da União e regras gerais da circulação das pessoas. Mas o mais interessante é que, ao contrário da quase absoluta maioria dos autores, que fala das regras da liberdade de concorrência logo após tratar das regras das liberdades fundamentais, apresenta as regras da liberdade de concorrência antes de todos os temas acima vistos<sup>353</sup>. FASTENRATH e MÜLLER-GERBES reúnem em um mesmo tópico a

---

*relações laborais no Mercosul*, p. 39; OLESTI RAYO, A.; DEL RÍO PASCUAL, A. *Op. cit.*, p. 176; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades*, p. 77; SARDEGNA, Miguel Angel. *Las relaciones laborales en el Mercosur*, p. 33 e SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Manual das Organizações Internacionais*, p. 217.

<sup>347</sup> von BOGDANDY, A. *Op. cit.*, apartado 9.

<sup>348</sup> ZACKER, C. *Op. cit.*, p. 489-490.

<sup>349</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 284.

<sup>350</sup> *Idem*, cujos tópicos iniciam, respectivamente, nas páginas 232 e 248.

<sup>351</sup> *Idem*, p. 262-271.

<sup>352</sup> SCHUSTER, Andreas. *EG-Recht: Normenlehre und Grundfreiheiten*, 237 p.

<sup>353</sup> OPPERMANN, T. *Op. cit.*, p. 389 e seguintes.

liberdade de circulação de pessoas e a de prestação de serviços<sup>354</sup>, que internamente vem apresentado em liberdade de circulação de trabalhadores, liberdade de estabelecimento e liberdade de prestação de serviços. Mas o que deve ser observado é que ele trata a matéria do direito de concorrência em local diferente<sup>355</sup> do que trata as políticas setoriais.

Tais separações conduzem sempre à pergunta do porquê deste destacamento em especial para a matéria do direito da concorrência. Por algum motivo nem sempre evidente (ou é a disposição dos artigos no Tratado) alguns autores tratam da matéria das liberdades e logo após tratam da concorrência. Não colocam-na junto com as demais políticas comunitárias, como fazem OLIVEIRA<sup>356</sup> e MATHIJSEN<sup>357</sup> e ainda HAKENBERG, que apresenta as liberdades juntando capital e pagamentos numa mesma seção e o capítulo das políticas começa com o da concorrência<sup>358</sup>. Ele trata em sua obra do “mercado interno e suas diversas liberdades, da concorrência transfronteiriça (*grenzüberschreitende Wettbewerb*), assim como de outras políticas especiais”<sup>359</sup>. Observa-se que alguns autores agregam ao substantivo concorrência o adjetivo transfronteiriça e já falam em diversas liberdades, como se tal universo não se resumisse mais a apenas quatro.

Mesmo entre os que vêem que as liberdades fundamentais são em número de quatro, há os que mesclam a liberdade de concorrência por entre elas. BISCHOF divide sua obra, ao tratar das liberdades, em livre circulação de bens, liberdade de residência de trabalhadores, depois agrega no mesmo tópico<sup>360</sup> as liberdades de estabelecimento e prestação de serviços e, por fim, aborda a livre circulação de capitais. O autor observa que, em função da definição legal de mercado interno, recaem nas liberdades fundamentais outras matérias importantes do mercado comum, como a política da concorrência e a eliminação de barreiras alfandegárias e que “O desenvolvimento mostra que também estes âmbitos, sobretudo através do Tratado da União Européia, de fato tinham sido abrangidos”<sup>361</sup>. Em que pese acredite que o conceito de mercado interno abranja somente as quatro liberdades fundamentais, para ele também são importantes outros campos do mercado comum, como a política da concorrência e a eliminação de barreiras tarifárias. Mesmo sendo as liberdades tradicionalmente entendidas como em número de quatro, “A evolução mostra que também estes âmbitos, sobretudo através do Tratado da União Européia, de fato foram abrangidos”<sup>362</sup>, isto é, o desenvolvimento do processo mostra a importância para o mercado interno da política da concorrência. CASSOTTANA e NUZZO observam que são em número de quatro<sup>363</sup> e asseveram que “De fato, para os objetivos do Tratado – de criação e manutenção de um mercado interno caracterizado pela expressão das ‘quatro liberdades fundamentais’ – a normativa da tutela da

---

<sup>354</sup> FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 61-88.

<sup>355</sup> *Idem*, p. 89-105.

<sup>356</sup> OLIVEIRA, O. M. de. *Op. cit.*, p. 251-265.

<sup>357</sup> MATHIJSEN, P. S. F. R. *Op. cit.*, p. 251-320 e MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*, p. 289-327.

<sup>358</sup> HAKENBERG, W. *Op. cit.*, 239 p.

<sup>359</sup> *Idem*, p. 1.

<sup>360</sup> BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 126-132.

<sup>361</sup> *Idem*, p. 116.

<sup>362</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>363</sup> CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*, p. 263.



concorrência assume um papel de todo central”<sup>364</sup>. PALMA aduz que “A par das quatro liberdades (...) a liberdade de concorrência ocupa um lugar de primeiro plano no ordenamento jurídico da comunidade européia”<sup>365</sup>. Mesmo sem indicar explicitamente a liberdade de concorrência como uma das liberdades fundamentais, ao tratar da necessária coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais que ocorre na fase de mercado comum, SILVA inclui entre elas a de concorrência<sup>366</sup>.

Em posição que pode ser entendida como intermediária, ALMEIDA afirma que “A etapa seguinte a ser percorrida pelo Mercosul é a da implantação do mercado comum, caracterizado pela livre circulação dos fatores de produção, capital e trabalho, que ensejará, por conseguinte, o livre estabelecimento e a livre prestação de serviços pelos seus nacionais. Esse mercado compõe-se das quatro liberdades que o regem: a livre circulação de bens, serviços, pessoas e capitais”<sup>367</sup>. Observe-se que a autora não faz referência à liberdade de concorrência. Contudo, mais adiante, ao falar da Comunidade Européia, ela volta a afirmar que “Por ser o mercado comum europeu um mercado concorrencial, como bem exposto no artigo 3º. TCE, que, dentre os objetivos elencados, prevê, em sua alínea ‘g’, ‘um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno’, alguns autores incluem a *concorrência* como sendo a quinta liberdade do mercado comum”<sup>368</sup>, passando ela a falar em “As quatro ou cinco liberdades que compõem o Mercado Comum Europeu”<sup>369</sup>. Como visto, há quem ache que as liberdades fundamentais não são somente quatro e também há quem acredite que a concorrência seria uma delas.

A compreensão de que a liberdade de concorrência é a quinta, enseja o pressuposto de que as liberdades econômicas fundamentais são em número de cinco. E alguns dos autores que pensam assim serão trazidos a seguir. Um sério problema de classificação ocorre quando eles não as citam nominalmente, pois assim não se está a saber se o número cinco demonstra a inclusão da concorrência ou mera classificação própria em função de algum desdobramento entre gênero e espécie de alguma das quatro liberdades clássicas, hipótese anteriormente levantada. BEHRENS fala em liberdade de circulação com bens, com prestação de serviços e com capital, em liberdade de residência de pessoas, que ele separa em trabalhadores dependentes e autônomos, assim como, finalmente, em liberdade de pagamentos<sup>370</sup>. Veria, então, BEHRENS cinco liberdades. PUGLIESI ensina que “constitucionalistas norte-americanos, com base na ‘free commerce clause’ da sua Constituição, desenvolveram o que a doutrina tem chamado de cinco liberdades (...)”, sendo a quinta a liberdade de

---

<sup>364</sup> *Idem*, p. xxii.

<sup>365</sup> PALMA, Maria João. Direito da concorrência na Comunidade Européia: perspectivas para o Mercosul. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade*, v. 2, p. 302.

<sup>366</sup> SILVA, Roberto Luiz. *Direito comunitário e de integração*, p. 119. Trata-se do exposto no Artigo 1º do Tratado de Assunção, que diz que o mercado comum implica a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-partes, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência.

<sup>367</sup> ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional*, p. 21.

<sup>368</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>369</sup> *Idem*, p. 29. Quem também constatou esta visão intermediária da autora foi CARVALHO, Evandro Menezes. *A integração econômica e o controle das ajudas estatais: uma evolução do direito da concorrência nos países do Mercosul*, p. 90-91, nota de rodapé número 18.

<sup>370</sup> BEHRENS, P. *Op. cit.*, p. 146.

concorrência<sup>371</sup>. Por sua vez, em artigo que examina as vantagens da criação de uma empresa binacional brasileiro-argentina e as múltiplas possibilidades que oferece a *joint venture*, COSTA diz que o objetivo de formação de um Mercado Comum do Sul “será alcançado através de uma liberação progressiva e contínua entre aqueles países. Essa liberação será consolidada pelas chamadas ‘cinco liberdades básicas’: livre circulação de mercadorias; livre circulação de capitais; livre circulação de trabalhadores; livre concorrência; e, liberdade de estabelecimento”<sup>372</sup>. PAZ, em obra que discute a (im)possibilidade de harmonização do direito coletivo do trabalho dos Estados-partes do Mercosul, demonstrando a grande dificuldade existente para a realização dessa tarefa, assevera que a constituição de um mercado comum possui “outros elementos que o caracterizam e precisam ser implementados, conhecidos como as cinco liberdades básicas, (...) liberdade de movimentação de mercadorias, livre circulação de capitais, livre circulação de trabalhadores, livre concorrência e liberdade de estabelecimento”<sup>373</sup>. Logo após, a autora repete que “O atual objetivo incorpora outros elementos que requerem uma liberalização progressiva e contínua entre os Estados-Partes das chamadas ‘cinco liberdades básica’: livre circulação de mercadorias, livre circulação de capitais, livre circulação de trabalhadores, livre concorrência e liberdade de estabelecimento”<sup>374</sup>. GIMENES, em estudo em que avalia se o regime das empresas binacionais afeta o regime da concorrência no Mercosul, observa que ele “consiste, ‘grosso modo’, em atribuir-lhes as chamadas cinco facilidades do mercado comum: livre circulação de mercadorias, liberdade de estabelecimento, livre circulação de trabalhadores, livre circulação de capitais, liberdade de acesso ao mercado”<sup>375</sup>. BAPTISTA, em esclarecedora enumeração das cinco liberdades, afirma que “finalmente, a quinta é a liberdade de concorrência, que submete todos os produtores desse país às mesmas regras de natureza econômica, administrativa, fiscal, política e social, isto é, todos se sujeitam a uma disciplina

---

<sup>371</sup> PUGLIESI, Fábio. A livre circulação de mercadorias no Mercosul. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul: das negociações à implantação*, p. 175-176. Neste mesmo sentido está BAPTISTA, Luiz Olavo. Impacto do Mercosul sobre o sistema legislativo brasileiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Mercosul: das negociações à implantação*, p. 23. A *interstate commerce clause* é a que proíbe os Estados (*States*) que participam da Federação (*Union*) de erigir barreiras ao comércio interestatal. CONNOR, John M. International Convergence of Antitrust Laws and Enforcement. In: VIEIRA, Wilson; CARVALHO, Fátima (Edit.). *MERCOSUL: agronegócios e desenvolvimento econômico*, p. 224. Estudos e casos sobre esta disposição constitucional podem ser vistos em NELSON, Grant S; PUSHAW JUNIOR, Robert J. *Rethinking the Commerce Clause: Applying First Principles to Uphold Federal Commercial Regulations but Preserve State Control over Social Issues*, p. 1-173; JACKSON, John H.; DAVEY, William J.; SYKES JUNIOR, Alan O. *Legal problems of international economic relations: cases, materials and text*, p. 168-179; BOEREN, John; PENDERS, Zaira. *The Position of the Commerce Clause in U. S. Constitutional Law*, p. 209-220; HARSCH, Bradley A. *Finding a Sound Commerce Clause Doctrine: Time to Evaluate the Structural Necessity of Federal Legislation*, p. 983-1041; BARNETT, Randy E. *New Evidence of the Original Meaning of the Commerce Clause*, p. 847-867; CUSHMAN, Barry. *Continuity and Change in Commerce Clause Jurisprudence*, p. 1009-1054 e em NELSON, Grant S. *A Commerce Clause Standart for the New Millennium: ‘Yes’ to Broad Congressional Control over Commercial Transactions; ‘No’ to Federal Legislation on Social and Cultural Issues*, p. 1213-1251.

<sup>372</sup> COSTA, Ligia Maura. A cooperação entre empresas no Mercosul. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). *O MERCOSUL em movimento*, p. 22.

<sup>373</sup> PAZ, Vânia Beatriz Rey. *Mercosul: a impossibilidade de harmonizar as legislações sindicais*, p. 23.

<sup>374</sup> *Idem*, p. 27.

<sup>375</sup> GIMENES, Rafael Urbano. Regime de concorrência das empresas binacionais no MERCOSUL. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *MERCOSUL: integração regional e globalização*, p. 417.

jurídica e a encargos idênticos que vão incidir da mesma maneira nos produtos de sua empresa”<sup>376</sup>.

Nesse mesmo sentido encontra-se crescente doutrina<sup>377</sup>.

A mesma hipótese se passa com doutrinadores comunitários. Como anteriormente citado, da leitura de SCHWARTZ é possível se pensar em mais liberdades<sup>378</sup>. O autor considera a questão da concorrência. Inicialmente observa ele que “Através de cada abertura dos mercados nacionais para uma atividade, bens, serviços, (...) nasce no mercado comum existente uma concorrência transfronteiriça entre a empresa ou pessoa nacional e a estrangeira”<sup>379</sup>. Tal relação só pode ser aceitável quando as condições de concorrência são uniformes. Temas como por exemplo ajudas públicas, empresas públicas, alta tributação de bens de outros Estados-membros, tratamento mais favorável a multinacionais que a empresas nacionais podem conduzir a um falseamento da concorrência empresarial transfronteiriça. Assim, a ordem concorrencial comunitária protege a liberdade e a igualdade dos concorrentes no comércio interestadual. Então, para SCHWARTZ, “Em paralelo ao mercado comum como fusão dos mercados nacionais, é encontrada uma ordem concorrencial nova e altamente desenvolvida. Ela garante a livre concorrência (...) que é realizada pelos órgãos comunitários. Além disso, a livre concorrência é protegida pelo Tribunal como direito subjetivo do particular à liberdade de concorrência transfronteiriça”<sup>380</sup>. Por fim, o autor é taxativo ao afirmar que “Esta liberdade de concorrência pode-se caracterizar como a quinta liberdade fundamental europeia”<sup>381</sup>. Isso representa algo como ver que o conceito aqui estudado de mercado comum já era suficientemente abrangente para passar a abarcar a liberdade de concorrência como uma quinta liberdade econômica fundamental. Repetindo, pertinente ao defendido aqui, essa parece ser a sua mais brilhante manifestação. Também JARASS, ao construir a sua teoria da dogmática, acima vista, elenca as liberdades tradicionais (bens, pessoas, estabelecimento, serviços, capital e pagamentos) e observa que as outras liberdades e instituições, por motivos de espaço, não seriam tratadas<sup>382</sup>. Mas, pergunta-se, quais seriam as outras liberdades? A resposta, contudo, parece vir em outro artigo dele, e trata-se da liberdade do revogado

---

<sup>376</sup> BAPTISTA, L. O. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>377</sup> AGUINIS, Ana Maria M. de. *Actualidad Societaria: La libertad para establecer sociedades en los países del Mercosul*, p. 337-338; DIOS KOSTIANOVSKY, Olga E. *Paraguay and Uruguay in Mercosur: using competition policies as an equalizing tool*, p. 106; JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 14, 57 e 112; MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Defesa da Concorrência, Supranacionalidade e Mercosul*, p. 179; QUIROGA OBREGÓN, Marcelo. *MERCOSUR*, p. 43-50; SABBATO, Luiz Roberto. *O Tribunal de Luxemburgo*, p. 56; SILVA NETO, Orlando Celso; MELO, Suzana Soares. Considerações sobre cooperação jurisdicional no âmbito do Mercosul. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*, p. 87; TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, p. 288; VIEIRA, Debora Cristina. O exercício da advocacia no Mercosul frente à livre circulação de serviços e trabalhadores. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*, p. 115; PRAXEDES, Walter; PILETTI, Nelson. *O Mercosul e a Sociedade Global*, p. 46 e RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Mercosul: alguns conceitos básicos necessários à sua compreensão. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*, p. 24.

<sup>378</sup> SCHWARTZ, I. E. *Op. cit.*, p. 159.

<sup>379</sup> *Idem*, p. 161.

<sup>380</sup> *Idem*, p. 163.

<sup>381</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>382</sup> JARASS, H. D. *Op. cit.*, p. 204.

artigo 18 TCEE<sup>383</sup> (contribuição para o desenvolvimento do comércio internacional e para a redução dos entraves às trocas comerciais). O mais comum entre os comunitários, porém, é afirmar que o conceito de mercado interno do artigo 14 TCE não é taxativo (*abschließend*)<sup>384</sup> e, por tal, não limitado às quatro liberdades. O de mercado comum já não era, como visto. O que esse estudo observa é que, com o surgimento do novo objetivo, a liberdade de concorrência não foi apenas mantida como um dos outros elementos que ele comporta, mas elevada a uma liberdade, a quinta.

Como se pode deduzir, alguns autores, ainda que aqui em minoria, já passam a considerar, retratando a formulação teórica de constitucionalista norte-americanos, baseados na *commerce clause* da sua Constituição, que as liberdades fundamentais são em número de cinco, bem como outros já falam que a quinta é a liberdade de concorrência.

Entretanto, outras singulares liberdades, como a livre circulação de sentenças e de pagamentos, também são lembradas. Em posição que se pode considerar como alternativa, DREYZIN DE KLOR trata a livre circulação de decisões como sendo a quinta liberdade fundamental do Mercosul<sup>385</sup>. Em artigo em que trata a livre circulação dos instrumentos pelos quais se resolvem os conflitos que o tráfico internacional suscita, a autora assevera que “Sem dúvida, desde uma ótica que vai mais além do aspecto puramente econômico, é requisito destes processos de integração regional que se reconheça também, a livre circulação de decisões. Para que esta liberdade de corte jurídico, conhecida como a quinta liberdade fundamental se efetive é necessário que a instrumentação normativa elaborada a tal efeito compreenda somente cuidados mínimos que, ademais, devem interpretar-se de acordo aos princípios que sustentam o processo associativo”<sup>386</sup>. Vale ressaltar que num processo que ainda se mantém em estágio intergovernamental pela falta de um tribunal supranacional, a livre circulação de sentenças aparece limitada<sup>387</sup>. Já em sede de conclusão de seu artigo, a autora estima que “obstaculizar o reconhecimento das decisões judiciais fundadas no direito estrangeiro, que tenham sido emanadas por autoridades jurisdicionais no espaço integrado, conduz a situações claudicantes e a

---

<sup>383</sup> JARASS, H. D. *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II*, p. 705, nota de rodapé número 3.

<sup>384</sup> GRABITZ, E.; von BOGDANDY, A. *Op. cit.*, p. 174 e ZACKER, C. *Op. cit.*, p. 489-490.

<sup>385</sup> DREYZIN DE KLOR, Adriana. Hacia la quinta libertad fundamental del Mercosur. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). *MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade*, v. 1, p. 17-29; DREYZIN DE KLOR, A. *El derecho internacional privado en las relaciones Mercosur-Unión Europea*, p. 1312; DREYZIN DE KLOR, A. *El Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Matéria Civil, Comercial, Laboral y Administrativa con particular referencia al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales*, p. 86 e DREYZIN DE KLOR, A. La cooperación jurídica internacional en el Mercosur. In: DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Temas de Derecho de la Integración: Derecho Internacional Privado*.

<sup>386</sup> DREYZIN DE KLOR, A. Hacia la quinta libertad fundamental del Mercosur. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. (Org.). *MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade*, v. 1, p. 17-18.

<sup>387</sup> Segundo DREYZIN DE KLOR, esta limitação se dá por duas razões fundamentais: “Por uma parte, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdiccional em Matéria Civil, Comercial, Laboral e Administrativa – Protocolo de Las Leñas – que legisla sobre o tema, não contempla suficientes facilidades para tal e em segunda idéia, os tribunais nacionais perante os quais se propõem as escassas suposições conhecidas na existência do Mercosul, não evidenciam ainda, estar totalmente consubstanciados com os princípios da integração e da vontade política multilateral geradora do esquema, vontade que no momento atual, segue sendo seu principal motor”. DREYZIN DE KLOR, A. *Op. cit.*, p. 18.

uma negação da vontade integradora, verdadeiro pilar do processo, pondo em perigo a continuidade e dinamização das relações jurídicas”<sup>388</sup>.

Quanto à livre circulação de sentenças em um espaço integrado, ou seja, a eficácia de sentenças proferidas por tribunais de um Estado-membro cujos efeitos terão de projetar-se em outros, outro pensamento que merece ser lembrado é o de BALART e NAJURIETA. Para estas autoras, na Comunidade Européia o artigo 293 TCE, ao observar que a simplificação de formalidades às quais se subordinam o reconhecimento e a execução recíprocos das decisões judiciais, como assim também das sentenças arbitrais, e o Convênio de Bruxelas, de 1968, e, no Mercosul, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Laboral e Administrativa, - Protocolo de Las Leñas, aprovado pelo Conselho do Mercado Comum pela Decisão n. 5/92, que comporta um capítulo dedicado ao reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais<sup>389</sup>, são suficientes documentos para possibilitar o atingimento e a implantação da referida liberdade. Ainda há o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual e o Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo<sup>390</sup>. Para ter vigência em um outro Estado, a sentença ou o laudo devem se submeter a um procedimento que verifica certos requisitos de regularidade, tradicionalmente classificados em requisitos formais, processuais e substanciais. Com efeito, segundo as palavras de BALART e NAJURIETA, “A construção de um âmbito de cooperação, onde as relações privadas encontrem continuidade jurídica apesar do fenômeno das fronteiras, e onde as decisões que ponham fim a litígios tenham plena efetividade em toda a zona, é um meio conducente a estreitar uma integração real (...)”<sup>391</sup>.

---

<sup>388</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>389</sup> BALART, Laura; NAJURIETA, Maria Susana. Libre circulación de sentencias en un espacio integrado. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (Coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional*, p. 76-79. O capítulo V deste Protocolo se dedica ao reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais. Todavia, o Mercosul não conta com uma garantia de interpretação uniforme dos instrumentos pelo fato de não contar com um órgão jurisdicional supranacional. A finalidade do Protocolo de Las Leñas é assegurar a prestação de uma adequada prestação jurisdicional entre os Estados-partes. MARQUES analisa, em uma proposta de “diálogo de fontes” regionais, universais e do Mercosul, como as convenções sobre processo civil internacional elaboradas em sede de Mercosul podem ser harmonizadas ou coordenadas com outras convenções internacionais relativas à matéria, adotadas por outras organizações regionais, com as Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIPs) da Organização dos Estados Americanos, ou com as adotadas por organizações mundiais, como a Conferência de Haia de direito internacional privado e o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT). MARQUES, C. L. *Procédure civile internationale et Mercosur: pour un dialogue des règles universelles et regionales*, p. 465-484. Para MARQUES, ele é o instrumento mais completo em matéria de processo civil no Mercosul. *Idem*, p. 472. Vem citado também em JAYME, E. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, p. 66.

<sup>390</sup> Detalhada doutrina sobre o reconhecimento de sentenças no Mercosul é possível ser vista em BALART, L.; NAJURIETA, M. S. *Op. cit.*, p. 82-89. Como antecedentes destes instrumentos são tidas as convenções interamericanas elaboradas em sede das Conferências Especializadas de Direito Internacional Privado, tais como a Convenção sobre Cartas Rogatórias e Recepção de Provas no Estrangeiro de 1975 – CIDIP I e a Convenção sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros e sobre Prova e Informação de Direito Estrangeiro, de 1979 – CIDIP II. *Idem*, p. 82.

<sup>391</sup> *Idem*, p. 89.

Na Comunidade Européia o assunto se apresenta mais desenvolvido. Desde 1960 era buscada a concretização de acordos que assegurassem aos cidadãos a simplificação de formalidades, as quais se subordinam o reconhecimento e a execução das decisões judiciais. Posteriormente, o Convênio de Bruxelas, de 27 de setembro de 1968, relativo à competência judicial e ao reconhecimento e execução de resoluções judiciais em matéria civil e mercantil, significou em seu momento um êxito político e um avanço inestimável no processo de unificação europeu<sup>392</sup>. Ele foi firmado pelos ministros de assuntos exteriores reunidos no seio do Conselho, com o que se pretendia afirmar seu caráter comunitário, configurando-se como convênio complementar ao Tratado de Roma. Entrou em vigor em 1º de fevereiro de 1973. Esse documento não é considerado direito comunitário derivado e por tal não dispunha de efeito direto, nem de aplicabilidade imediata. Num instrumento especial, qual seja o Protocolo de Luxemburgo de 3 de junho de 1971, os Estados consentiram submeter ao Tribunal de Justiça das Comunidades Européias a sua interpretação. Duas vias de acesso foram previstas, assim o recurso prejudicial de interpretação e o procedimento consultivo de interpretação<sup>393</sup>.

Um estudo aprofundado sobre o sistema do Convênio, especialmente o âmbito de aplicação, o catálogo de regras de competência e as disposições relativas ao reconhecimento e à execução de resoluções judiciais foi realizado por IGLESIAS BUHÍGUES e DESANTES REAL<sup>394</sup>. Todavia, o que chama mesmo a atenção é o nome dado a ele, qual seja, *La Quinta Libertad Comunitaria: Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales em la Comunidad Europea*. Uma segunda análise da Convenção é tida em AUDIT, que estuda sucessivamente o campo de aplicação, as regras de competência e de procedimento e, por fim, as de reconhecimento de decisões. Começa o autor o capítulo de sua obra a ela dedicado dizendo que “A Convenção de Bruxelas instaurou, no domínio que ela cobre, uma verdadeira ‘livre-circulação’ de julgamentos no mercado comum”<sup>395</sup>.

Já para facilitar essa livre circulação é que a Convenção se caracteriza, em matéria de efeito de decisões, por um extremo liberalismo. Para AUDIT, “o objetivo tem sido assegurar, no domínio material do Tratado, uma ‘livre circulação’ efetiva de julgamentos”<sup>396</sup>. Para tanto, formou-se um espírito de confiança sistemática entre os Estados-membros contratantes, no qual os motivos de recusa de reconhecimento são concisos, e uma busca por celeridade, em função da redução das formalidades ao mais simples possível. Por exemplo, a exclusão de todos os recursos por parte de terceiros<sup>397</sup> pode ser entendida como um facilitador da circulação de sentenças.

Ocorre que uma sentença é algo palpável, é matéria. Ela pode passar fisicamente a fronteira. Pode ser, assim, a quinta liberdade muito mais que a concorrência. Mas ela não tem caráter econômico e não é imprescindível ao mercado

---

<sup>392</sup> JAYME, E. *Op. cit.*, p. 66-67 e 102-103 e IGLESIAS BUHÍGUES, José Luis; DESANTES REAL, Manuel. La quinta libertad comunitaria: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; GONZÁLES CAMPOS, Julio D.; MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo: Estudio sistematico desde el derecho español*, p. 711.

<sup>393</sup> BALART, L.; NAJURIETA, M. S. *Op. cit.*, p. 77.

<sup>394</sup> IGLESIAS BUHÍGUES, J. L.; DESANTES REAL, M. *Op. cit.*, p. 713-750.

<sup>395</sup> AUDIT, Bernard. *Droit International Privé*, p. 403.

<sup>396</sup> *Idem*, p. 450.

<sup>397</sup> *Idem*, p. 461.

comum. O caráter detido por ela é o instrumental e o reconhecimento de sentenças pode se dar por vias de direito internacional privado. A sua vinculação com a economia não é direta, mas tão somente de efeitos. E a concorrência, por sua vez, foi imprescindível ao mercado comum e mais ainda ao mercado interno. Por isso seria difícil conceber a livre circulação de sentenças como uma liberdade econômica fundamental e a concorrência não.

Já JAYME e KOHLER lembram que “A atividade legislativa da Comunidade (econômica) européia no domínio do direito privado é limitada desde longo tempo a aproximar, ou ‘harmonizar’ as regras ‘materiais’ dos direitos nacionais em setores determinados”<sup>398</sup>. Em que pese a Comunidade tenha ficado inativa longo tempo nessas questões, os Estados-membros concluíram entre si convênios internacionais em matéria de direito internacional privado, notavelmente o de Bruxelas e de Roma, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais<sup>399</sup>.

Esses acordos formam o núcleo do direito internacional privado e do direito internacional processual da Comunidade Européia<sup>400</sup>. Posteriormente, o papel do direito internacional privado como direito de integração (*Integrationsrecht*) da Comunidade Européia foi reforçado no TUE, com a introdução do princípio da subsidiariedade<sup>401</sup>. Esse Tratado mantém e aperfeiçoa o acervo comunitário, instaura âmbitos de cooperação intergovernamental nas áreas de política estrangeira e de segurança comum e nas áreas de justiça e de assuntos interiores. O direito internacional privado em si não figura entre as matérias pelas quais ele atribui competências à Comunidade. Apenas o artigo 293 TCE se refere ao reconhecimento e execução de decisões estrangeiras. Com o tempo, foi no setor da livre circulação de serviços que se adotou os primeiros atos de direito derivado compreendendo regras de conflito<sup>402</sup>.

A liberdade de circulação de sentenças na Comunidade apresentou novidades após Maastricht. Nas conclusões concernentes à interação do direito comunitário derivado e aos Convênios de Bruxelas e de Roma do Grupo Europeu de direito internacional privado, reunido em Barcelona, em 1º de outubro de 1994<sup>403</sup>, foi dito que “Se estima que as autoridades comunitárias competentes, ao formular regras especiais de conflitos de leis e de conflitos de jurisdição nas diretivas ou regulamentos, deveriam levar em consideração os Convênios de Bruxelas e Roma (...)”<sup>404</sup>. De fato, assim fez o legislador comunitário, pois comunitarizou o Convênio de Bruxelas em um regulamento.

---

<sup>398</sup> JAYME, Erik; KOHLER, Christian. *L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome*, p. 2.

<sup>399</sup> JAYME, E. *Op. cit.*, p. 66-67 e JAYME, E.; KOHLER, C. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>400</sup> JAYME, E.; KOHLER, C. *Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG nach Maastricht*, p. 346.

<sup>401</sup> *Idem, ibidem*. Três tarefas do direito internacional privado frente à unificação das regras materiais do direito privado podem ser vistas em JAYME, E. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>402</sup> Um rol de diretivas e regulamentos neste sentido pode ser visto em JAYME, E.; KOHLER, C. *L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome*, p. 5-10.

<sup>403</sup> Da reunião do mesmo Grupo ocorrida em Heidelberg em 1993 surgiu uma proposta de convenção sobre a competência judicial e a execução de decisões em matéria familiar e sucessões, que incluiu os regimes matrimoniais e as questões de filiação. BALART, L.; NAJURIETA, M. S. *Op. cit.*, p. 81.

<sup>404</sup> JAYME, E.; KOHLER, C. *Op. cit.*, p. 40.

Em 1º de março de 2002 entrou em vigor na Comunidade Européia o Regulamento n. 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judicial e à execução de resoluções judiciais em matéria civil e mercantil. O Regulamento, conhecido pela denominação de Bruxelas I, constitui um dos cinco atos normativos promulgados até então sob a competência do artigo 65 TCE, sobre a cooperação judicial em matéria civil<sup>405</sup>, conforme consta do seu Considerando 3.

Esse regulamento tem um texto explicativo, cujo preâmbulo trata a circulação de sentenças como ‘liberdade’. Quer isso dizer que há mais liberdades, então? Em que pese a de sentenças não ser uma liberdade econômica, a circulação de sentenças em um espaço comunitário provoca profundos reflexos na economia. Esse ato vem a substituir o Convênio de Bruxelas<sup>406</sup>. Com isso, é possível se falar em uma institucionalização ou comunitarização (*comunitarización*) dele<sup>407</sup>.

A partir de quatro considerandos, a seguir analisados, é possível assemelhar, e como se verá não apenas gramaticalmente, esse Regulamento com a idéia de surgimento de mais liberdades, mesmo que a liberdade de circulação de sentenças não seja da espécie econômica. Nesse sentido, o Considerando 1 observa que “A Comunidade tem o objetivo de manter e desenvolver um espaço de liberdade, (...) no qual esteja garantida a livre circulação de pessoas. A fim de estabelecer progressivamente tal espaço, a Comunidade adota, entre outras coisas, as medidas no âmbito da cooperação judicial em matéria civil que sejam necessárias para o bom funcionamento do mercado interior”. Ocorre que as pessoas passaram a circular mais e isto poderia dificultar a execução dos atos judiciais.

O Considerando 2 também demonstra a importância de tal medida, ao disciplinar que “Certas diferenças nas normas nacionais sobre competência judicial e reconhecimento das resoluções judiciais tornam mais difícil o bom funcionamento do mercado interior (...)”. Mais adiante, o Considerando 6 observa que “Para alcançar o objetivo da livre circulação das resoluções judiciais em matéria civil e mercantil, é necessário e oportuno que as regras relativas à competência judicial, ao reconhecimento e à execução das resoluções se determinem por um instrumento jurídico comunitário vinculante e diretamente aplicável”.

---

<sup>405</sup> Uma lista dos demais atos pode ser vista em SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: el Reglamento 44/2001. In: SÁNCHEZ LORENZO, Sixto; MOYA ESCUDERO, Mercedes (Editores). *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, p. 39.

<sup>406</sup> Sobre a substituição da Convenção pelo Regulamento e o caso especial da Dinamarca ver JAYME, E.; KOHLER, C. *Europäisches Kollisionsrecht 2002: Zur Wiederkehr des Internationalen Privatrechts*, p. 464-468.

<sup>407</sup> Segundo SÁNCHEZ LORENZO, a conversão destas regras em regulamento é uma consequência imediata da inclusão, por Amsterdam, de uma competência comunitária específica no âmbito de cooperação judicial em matéria civil. SÁNCHEZ LORENZO, S. *Op. cit.*, p. 40. Os textos não são iguais, todavia. Para uma análise comparativa deles ver SÁNCHEZ LORENZO. *Idem*, p. 47-65. Para as novidades em conteúdo que o Regulamento trouxe sobre a Convenção de Bruxelas ver JAYME, E.; KOHLER, C. *Europäisches Kollisionsrecht 1999: Die Abendstunde der Staatsverträge*, p. 404-406 e JAYME, E.; KOHLER, C. *Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip staat IPR?*, p. 505-508. Para um amplo estudo sobre os temas ver GAUDEMET-TALLON, Hélène. *Compétence et exécution des jugements en Europe: Règlement n. 44/2001 – Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 563 p.



O mais interessante é a terminologia de livre circulação utilizada. Assim, parece que até a legislação colabora com os entendimentos doutrinários antes levantados. Da mesma forma, por fim, o Considerando 10 assevera que “Para os efeitos da livre circulação de resoluções judiciais, as proferidas em um Estado-membro obrigado pelo presente regulamento deverão ser reconhecidas e executadas em outro Estado-membro obrigado pelo presente regulamento, (...)”. Um aprofundamento no teor e disposições do Regulamento não é imperioso<sup>408</sup>, pois o mais importante a ser visto com o levantamento desse assunto era a classificação de livre circulação de sentenças, ao menos gramaticalmente, como uma liberdade.

Em uma conclusão valorativa, SÁNCHEZ LORENZO observa que “Parece, em definitivo, que a ‘lógica da integração’, não apenas econômica, mas também social, é o princípio motor das reformas, mais que a ‘lógica processual ou de direito privado’. Neste âmbito, se tem a sensação de que pôr o carro na frente dos bois constitui uma política legítima para forçar avanços no plano da integração, (...) e, de fato, indo muito mais além do que o bom funcionamento do mercado interno exige. E não se deve esquecer que o trânsito de convênio a regulamento não é somente um trânsito de fonte a fonte, mas um salto político desde uma fonte que negociam diretamente os Estados a outra em que a soberania estatal desaparece a favor das competências institucionais, e onde os limites de competência e os princípios de subsidiariedade e proporcionalidade se submetem a regras e limites constitucionais de índole jurídica, e não política”<sup>409</sup>.

Tal citação leva a duas reflexões. O adiantamento forçado proposto representa a preparação do terreno para uma fase posterior. Uma semelhante idéia é o que se quer com a pretensão de uma quinta liberdade fundamental, em relação ao alcance da fase de mercado comum no Mercosul. Segundo, que a submissão da integração a regras e limites jurídicos e não políticos se assemelha à visão do direito como instrumento de integração válido, em substituição à política, o que também virá a ser uma das conclusões deste estudo.

Inovador em duplicar liberdades, como visto, foi BÖRNER, no artigo em que chama a livre circulação de pagamentos de a quinta liberdade do mercado comum<sup>410</sup>. Que as liberdades seriam cinco, quais sejam bens (ou mercadorias), pessoas, serviços (ou prestação de serviços), capitais e pagamentos, também é o pensamento de STUYCK<sup>411</sup>. Nesse mesmo sentido MATHIJSEN e MATTERA, ao diferenciarem a livre circulação de capitais, pela qual todas as restrições ao movimento de capitais pertencentes a pessoas residentes nos Estados-membros e todas as discriminações de tratamento em razão da nacionalidade, da residência ou do local do investimento devem ser progressivamente suprimidas, da livre circulação de pagamentos, ainda que o primeiro autor também entenda que a concorrência é uma política comum e não

---

<sup>408</sup> O âmbito de aplicação especial do Regulamento é determinado pelo artigo 2º., qual seja, o domicílio do demandado. O âmbito temporal está presente no artigo 76, que disciplinou a entrada em vigor em 1º. de março de 2002. Com isto, as sentenças proferidas até ai deverão ser reconhecidas através do Convênio de Bruxelas. E o âmbito material é determinado pelo artigo 1º.

<sup>409</sup> SÁNCHEZ LORENZO, S. *Op. cit.*, p. 66-67.

<sup>410</sup> BÖRNER, B. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>411</sup> STUYCK, Jules. Libre circulation et concurrence: les deux piliers du marché commun. In: DONY, Marianne (Coord.). *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*, p. 1479.

uma liberdade fundamental autônoma e o segundo que a de pagamentos “não é uma (...) quinta liberdade”, mesmo vindo a falar mais tarde nas “outras quatro liberdades fundamentais”<sup>412</sup>. Segundo aquele, “A livre circulação de capitais deve ser distinguida da livre circulação de pagamentos que está relacionada directamente com as outras liberdades fundamentais de tal maneira que estas não poderiam concretizar-se sem a liberalização dos pagamentos com elas relacionadas”<sup>413</sup>. Já para LEBEDICH SICHIK, esta liberdade “deve ser autorizada na medida em que estejam relacionados com a livre circulação de mercadorias, serviços ou capitais, porque caso contrário, estas liberdades básicas não teriam sentido, caso os resultados financeiros dessas transações não pudessem ser repatriados”<sup>414</sup>.

A liberdade de concorrência pode ser efetivamente vista como fundamental, pois está no Tratado de Roma, ao lado das demais. Assim, as regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações (Título V), estão inseridas junto às políticas da Comunidade (Parte III), ao lado e na mesma posição hierárquica das regras de livre circulação de mercadorias (Título I), da política comunitária para a agricultura (Título II), das regras destinadas à livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais (Título III) e da política comunitária para os transportes (Título IV), entre muitas outras políticas. Mas essa posição desencadeia outros pensamentos, especialmente o de que a liberdade de concorrência trata-se, em verdade, de política fundamental.

Em decorrência da controvérsia em classificar a liberdade de concorrência vista, se agora fosse o momento da conclusão, seria possível numa análise superficial dizer que as liberdades são em número de cinco, mas que não é pacífico ser a liberdade de concorrência a quinta, já que há quem entenda ser esta a livre circulação de sentenças ou a livre circulação de pagamentos ou, numa visão mais aberta, qualquer outra liberdade que decorra de um mero desdobramento doutrinário entre gênero e espécie de qualquer uma das liberdades econômicas fundamentais tradicionais. Há doutrinadores que já vêem até seis<sup>415</sup>.

Novos argumentos à conclusão quanto à liberdade de concorrência ser a quinta, em função do levantamento doutrinário realizado, serão agregados no decorrer deste estudo. Por ora não é possível afirmar de forma categórica que a liberdade de concorrência seja, sem controvérsia, a quinta liberdade econômica fundamental dos processos de integração que envolvem uma fase de mercado comum, haja vista também o grande e influente número de autores e outros elementos que fizeram supor ser esse seletor rol composto por somente quatro liberdades tradicionais: livre circulação de bens, de pessoas, de serviços, e livre circulação de capitais.

Não é possível desconhecer os entendimentos doutrinários juntados quanto ao alargamento sofrido pelo conceito de mercado comum e sua transformação em mercado interno e que a doutrina trazida não descarta a inclusão da liberdade de concorrência no rol das liberdades fundamentais, nem mesmo como sendo a quinta. Mas é necessário, para uma conclusão definitiva, aguardar a comprovação

---

<sup>412</sup> MATTERA, A. *El mercado único europeo: sus reglas, su funcionamiento*, p. 589-602.

<sup>413</sup> MATHIJSEN, P. S. F. R. *Op. cit.*, p. 251.

<sup>414</sup> LEBEDICH SICHIK, J. M. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>415</sup> EHLERS, D. *Op. cit.*, p. 148 e KINGREEN, T. *Op. cit.*, p. 20-23.

jurisprudencial e o combate às teorias contrárias a esta visão, o que será feito em breve.

Particularmente, entende-se que a permanecer esta não-inclusão da liberdade de concorrência no rol das liberdades fundamentais, a aspiração do alcance da fase de mercado comum no caso do Mercosul se mantém na esfera da ilusão devido a essa e outras carências estruturais. O que justifica o esforço para ensejar a inclusão da liberdade de concorrência dentre as liberdades econômicas fundamentais dos processos de integração que envolvem a fase de mercado comum é o desejo de ver o bloco avançar à etapa posterior.

### 1.3. UMA QUINTA LIBERDADE FUNDAMENTAL NA JURISPRUDÊNCIA

Este tópico demonstrará que a regra da aproximação das normas legislativas também serviu à liberdade de concorrência. Como consequência do Caso Dióxido de Titânio, de 1991, mecanismos de aproximação unicamente destinados ao mercado interno serviram à concorrência e, em função disso, caso ainda fosse entendido que ela não fazia parte deste, é dito que a concorrência foi introduzida nele, possivelmente com a característica de uma liberdade fundamental. Para um melhor entendimento do julgamento ocorrido e da interpretação obtida a partir do estudo do Caso se faz necessário, inicialmente, conhecer o sistema comunitário de aproximação legislativa. Este já foi apontado como tendo sido um dos principais mecanismos para a conformação do mercado comum na parte que a esta precedeu. O estudo será focalizado no instrumento de aproximação legislativa, posteriormente na sua aplicação a matérias que envolvam a concorrência e na consolidação, pela jurisprudência, da classificação da liberdade de concorrência entre as liberdades fundamentais do mercado interno.

#### 1.3.a) Sistema comunitário de aproximação legislativa

A aproximação de regras jurídicas e de atos administrativos é prevista como tarefa da Comunidade no artigo 3º., letra h TCE<sup>1</sup>. O Tratado destina ao Conselho disposições contendo autorizações para a edição de medidas com esse objetivo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> O Tratado apresenta uma confusão das técnicas utilizadas para esta tarefa. MARQUES, Cláudia Lima. *Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 – notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor*, p. 61, nota 52. Frequentemente, a doutrina trata de uniformização, harmonização, unificação, aproximação e coordenação como se esses conceitos representassem o mesmo processo e equivalessem ao de adaptação (*Angleichung*, na versão alemã). TASCHNER, expressando pensamento que julga majoritário, observa que os conceitos são sinônimos e definem uma idêntica tarefa comunitária. TASCHNER, Hans Claudius. *Angleichung von Rechtsvorschriften*. In: von der GROEBEN, Hans; THIESING, Jochen; EHLERMANN, Claus-Dieter. *Kommentar zum EU-/EG – Vertrag: Art. 88-102 EGV*, p. 2200-2201. Diferenças entre os termos, como por exemplo a expressada na afirmação de que harmonizar não é unificar, podem ser vistas em MARQUES, C. L. *Direitos do Consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse*, p. 915-921. Para OPPERMANN, adaptação significa a “remoção das prejudiciais diferenças para o regular funcionamento do mercado comum em âmbitos do direito definidos dentro dos ordenamentos nacionais dos Estados-membros”. OPPERMANN, Thomas. *Europarecht: Ein Studienbuch*, p. 475. Numa análise mais precisa, adaptação não significa uniformização nem unificação. Estas últimas nem são queridas. A adaptação não prevê, também, a criação de novas regras nacionais, nem o afastamento delas. Representa uma modificação deste direito, preservando a identidade dele. Vale lembrar que apenas nos momentos finais de discussão entre os legisladores é que o termo adaptação veio a substituir o termo aproximação (*Annäherung*). EVERLING, Ulrich. *Zur Funktion der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft: Vom Abbau der Verzerrungen zur Schaffung des Binnenmarktes*. In: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. *et alli* (Hrsg.). *Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, p. 229. Na versão portuguesa do Tratado de Roma o termo empregado é o de aproximação, o qual recebe a preferência neste estudo. Entre os autores nacionais, o tema foi abordado em PABST, Haroldo. *Mercosul: direito de integração*, p. 19-92.

<sup>2</sup> O Tratado original destinava ao Conselho 17 disposições contendo autorizações. Com o AUE, este número cresceu para 21. Uma extensa lista de matérias jurídicas expressamente compreendidas por estas autorizações pode ser vista em SCHWARTZ, Ivo E. *30 Jahre EG-Rechtsangleichung*. In: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). *Eine*

O objetivo da aproximação era, originalmente, contribuir ao alcance do mercado comum e à aproximação da política econômica dos Estados-membros<sup>3</sup>. Para entender melhor esse objetivo servirá a discussão antes levantada sobre os conceitos de mercado comum e mercado interno.

O Tratado transferiu competências à Comunidade para o atingimento e manutenção de um mercado comum. Ele previu um sistema legislador e, dentre este, um sistema que servisse em específico para a aproximação das diferenças entre os ordenamentos. Como fundamento do processo de aproximação legislativa para a realização do mercado comum contava a Comunidade com a norma autorizadora do artigo 94 TCE. Este pode ser tido como uma regra original. Hoje o sistema de aproximação legislativa já conta com outras importantes normas autorizadas, em especial a do artigo 95 TCE.

### *1. O objetivo de mercado comum e o artigo 94 TCE*

Em seus primórdios, a atividade da Comunidade abrangia a aproximação das regras jurídicas e administrativas internas, na medida em que isso fosse necessário para a consecução do objetivo de mercado comum. Regras jurídicas são leis em sentido formal, promulgadas por órgãos competentes segundo o direito constitucional. Regras administrativas são os demais atos da administração. Portanto, ambos são conceitos de extensa interpretação, que envolvem mesmo regras da *common law* britânica e irlandesa. Ainda, vale lembrar que não é necessário que os Estados tenham regras a serem aproximadas. Mesmo na hipótese de Estado-membro não possuir regramento com respeito a um assunto ele não é excluído do efeito do processo de aproximação<sup>4</sup>. Assim, o recurso de aproximação legislativa pode ser usado quando alguns Estados necessitam ter suas regras harmonizadas e nos casos em que os Estados-membros sequer tenham regras, ou mesmo apliquem interpretações diferenciadas às normas. Isso é comum de acontecer com novos ordenamentos, como os relativos ao meio ambiente e à proteção do consumidor.

O desenvolvimento do sistema comunitário de aproximação legislativa pode ser dividido entre uma fase evolutiva da prática na integração econômica e o papel decisivo que lhe deu o Ato Único Europeu. Já no Relatório Spaak foi tomada a aproximação do direito como o único instrumento para a remoção de distorções legislativas, mesmo as relacionadas com a concorrência. Partia-se da idéia que o direito dos países poderia ter efeitos diferentes nos custos das indústrias e isso conduzir a deturpações das condições da concorrência<sup>5</sup>. Para a eliminação dessas específicas distorções, o Relatório previu um processo com votação por maioria e cláusulas de proteção<sup>6</sup>. A aproximação do direito foi apontada como o melhor meio

---

*Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag*, p. 333-335. Esta lista contém as regras especiais de aproximação legislativa e as regras gerais.

<sup>3</sup> Isso lhe dá a especial característica de servir tanto à integração como à legislação de determinadas matérias. *Idem*, p. 337.

<sup>4</sup> TASCHNER, H. C. *Op. cit.*, p. 2217.

<sup>5</sup> EVERLING, U. *Op. cit.*, p. 228. Com uma detalhada perspectiva histórica da evolução do sistema de aproximação em geral e das matérias que sob ele foram adotadas também contribui SCHWARTZ, I. E. *Op. cit.*, p. 338-364.

<sup>6</sup> Cláusulas de proteção ou de salvaguarda são as limitações às liberdades por razões de interesse geral, como por exemplo a atual permissão de reserva do artigo 95, n. 4 TCE. Ainda, o artigo 134 TCE.

para a remoção das deturpações. Todavia, “a estreita formulação do artigo 100 TCEE demonstra a timidez das partes do Tratado quanto a aceitar uma intervenção nas suas ordens jurídicas. Somente efeitos ‘diretos’ no mercado comum deviam justificar uma adaptação (...). Como instrumento foi previsto somente as diretivas, para que os próprios Estados-membros pudessem introduzir a norma no seu direito do modo apropriado. Sobretudo, foi também exigida a regra da unanimidade das votações, porque os Estados-membros desejavam ter a última palavra sobre intervenções nas suas ordens jurídicas”<sup>7</sup>.

Como visto, a aproximação dos direitos era exigida para o desmantelamento dos obstáculos ao mercado comum. Mas o Tratado se mostrou limitado em relação às sugestões promovidas pelo Relatório Spaak. Dessa discussão toda restou que a remoção das deturpações à concorrência era necessária aos interesses do funcionamento desse mercado e que a aproximação do direito prevista no artigo 94 TCE era um meio próprio<sup>8</sup>.

Sob a regra do artigo 94 TCE, os primeiros temas tratados foram aqueles que mais diretamente dificultavam o atingimento do mercado comum<sup>9</sup>. As propostas de aproximação e de substituição de sistemas nacionais dataram de 1962. Na prática, a função central era eliminar os obstáculos às liberdades de circulação, provenientes das diferenças entre as regras dos Estados-membros. A importância do artigo 94 TCE se tornou mais visível com o surgimento das decisões *Dassonville* e *Cassis de Dijon*<sup>10</sup>.

Em função da jurisprudência do Tribunal, os Estados por si próprios passaram a tomar certas medidas com vistas a uma aproximação. Esse efeito, iniciado em meados da década de 70, impulsionado pelo temor dos Estados-membros serem acionados por não-cumprimento do Tratado, foi considerado como uma parcial aproximação do direito nacional, através de atos nacionais autônomos<sup>11</sup>.

---

EVERLING, U. Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1163.

<sup>7</sup> EVERLING, U. Zur Funktion der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft: Vom Abbau der Verzerrungen zur Schaffung des Binnenmarktes. In: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. et alli (Hrsg.). *Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, p. 230.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 232.

<sup>9</sup> Entre estes, encontrava-se o sistema tributário dos Estados-membros. SCHWARTZ, I. E. *Op. cit.*, p. 339.

<sup>10</sup> Neste sentido, SEIDEL tem *Cassis de Dijon* como o fundamento do reconhecimento recíproco ou da concorrência de normas. Mas via que esta estratégia não encontrava aplicação em todos os âmbitos que necessitavam aproximação. SEIDEL, Martin. Die Vollendung des Binnenmarkts der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsetzungsprozeß. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1468-1474. De fato, *Cassis de Dijon* ainda veio a impulsionar uma concorrência de sistemas (*Wettbewerb der Systeme*). Esta determinava uma aproximação das regras em uma direção mais liberal. EVERLING, U. Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1171-1173. A aproximação tida como efeito deste último caso é possível ser entendida como oriunda da jurisprudência, isto é, não era legislativa. Prós e contras da sentença *Cassis de Dijon* como instrumento de promoção de uma certa aproximação podem ser vistos em EVERLING, U. *Abgrenzung der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 100a EWGV durch den Gerichtshof*, p. 181-182.

<sup>11</sup> SCHWARTZ, I. E. *Op. cit.*, p. 356.

Nesse mesmo âmbito de raciocínio, TASCHNER via um outro fenômeno admirável. Ele observava que a recusa da votação de uma proposta não significava que houvesse uma rejeição unânime a ela. A prática mostrava que “Em não poucos casos os Estados-membros introduzem autonomamente uma regra proposta pela Comissão (...) em seu ordenamento antes ou sem que o Conselho lhe obrigue a isso através da emissão da diretiva proposta”<sup>12</sup>. Se isso for realizado por mais de um Estado-membro, o autor já fala em uma aproximação indireta<sup>13</sup>. Assim ocorreu com muitas propostas dos órgãos comunitários. O processo de tomada de medidas não andava a contento, mas os Estados entre si iam implantando-as, também por acordos internacionais, no caso de mais de um Estado estar envolvido. Isto é, em determinadas áreas, alguns Estados-membros promoveram uma aproximação legislativa indireta e autônoma sem a pressão dos órgãos comunitários ou de diretivas<sup>14</sup>.

Como será visto, nem essa movimentação toda era suficiente para o atingimento do novo objetivo, o mercado interno. O sistema de aproximação continuava o instrumento indicado como meio para tanto, mas viria a necessitar melhorias. De fato, todas as mudanças ocorridas no processo de aproximação não deixaram dúvida que nesse instrumento, apesar de todas as dificuldades, continuavam a residir as expectativas da conclusão do mercado interno<sup>15</sup>.

O limite da regra de aproximação do artigo 94 TCE parece estar ligado ao atingimento ou funcionamento do mercado comum. À Comunidade só é facultado o uso desse instrumento enquanto relacionado a tal objetivo. Mas o artigo 94 TCE não traz um catálogo de matérias. Ante a necessária relação da aplicação do artigo 94 TCE às liberdades de circulação, não era possível afirmar com a mesma segurança a sua aplicação à aproximação das condições de concorrência. Todavia, a prática se mostrou diferente e numerosas diretivas de aproximação de matérias relacionadas à concorrência vieram a ser editadas<sup>16</sup>. Isso faz dele uma cláusula geral<sup>17</sup>. Em todas as

---

<sup>12</sup> TASCHNER, H. C. Mittelbare Rechtsangleichung? In: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). *Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag*, p. 410.

<sup>13</sup> Três exemplos neste sentido, envolvendo os temas de um estatuto para a sociedade por ações européia, responsabilidade do produtor e a introdução de um passaporte europeu e mesmo de uma unificação de passaportes, são trazidos por TASCHNER. *Idem*, p. 411-423.

<sup>14</sup> O processo autônomo de adaptação, a partir de exemplos do direito europeu, não restritos ao direito comunitário, pode ser conhecido em WILL, Michael R. Autonome Rechtsangleichung in Europa. In: SCHWIND, Fritz (HRSG.). *Österreichs Weg in die EG: Beiträge zur europäischen Rechtsentwicklung*, p. 53-109.

<sup>15</sup> EVERLING, U. Zur Funktion der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft: Vom Abbau der Verzerrungen zur Schaffung des Binnenmarktes. In: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. *et alli* (Hrsg.). *Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, p. 240-241.

<sup>16</sup> Positivamente, é possível ser dito que o âmbito de aplicação do artigo 94 TCE envolve todas as regras relacionadas a produtos, exceto as contidas em disposições especiais e as políticas comuns excepcionadas. EVERLING, U. Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1160 e EVERLING, U. Zur Funktion der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft: Vom Abbau der Verzerrungen zur Schaffung des Binnenmarktes. In: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. *et alli* (Hrsg.). *Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, p. 230-232.

matérias que podem ser pensadas, o elemento limitador é o efeito das normas no atingimento ou no funcionamento do mercado comum. Nessas também se arrolam os temas de união econômica e monetária, bem como a execução das várias políticas comunitárias, enquanto elas estejam relacionadas com esse mercado.

Era entendido que o artigo 94 TCE não serviria mais aos novos objetivos, primeiramente por prever somente diretivas e por permitir apenas medidas que contassem com a votação por unanimidade no Conselho. Assim, acreditavam os legisladores que os objetivos do artigo 8º. a TCEE só poderiam ser cumpridos no prazo se o Conselho pudesse tomar decisões fundadas em maioria qualificada. Em determinadas áreas, já em 1959 foram sentidos problemas com o uso só permitido de diretivas<sup>18</sup>, por exemplo. As diferentes tradições e valores dos Estados-membros nas questões de estruturas sociais e econômicas, nas quais se fundavam os seus direitos, fizeram com que esse processo enfrentasse dificuldades<sup>19</sup>. Sobretudo, os direitos aproximados por diretivas só poderiam novamente ser alterados por novas diretivas<sup>20</sup>, isto é, somente a partir do nível comunitário. Ainda com respeito a esse instrumento, transposições retardadas e incompletas pelos Estados-membros deram origem a numerosos processos de descumprimento do Tratado. Vale recordar que a edição de uma diretiva de aproximação não significa que após o decurso do prazo de transposição haverá um direito único nos Estados-membros. As diferenças podem ainda permanecer, sempre fundadas nas tradições jurídicas e nos métodos de interpretação dos Estados-membros.

Ademais, o ingresso de novos países na Comunidade em 1973 significou novos sistemas jurídicos, novas línguas, e isso tornou o processo de aproximação mais moroso. Os sucessivos alargamentos tornaram extremamente difícil uma aproximação segundo a regra da unanimidade, constada no Tratado, diferentemente do que havia sido proposto pelo Relatório Spaak. Alguns países também não desejavam tanta interferência da Comunidade, como as procedidas por diretivas detalhadas ou de matérias não-econômicas<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> TASCHNER, H. C. Angleichung von Rechtsvorschriften. In: von der GROEBEN, Hans; THIESING, Jochen; EHLERMANN, Claus-Dieter. *Kommentar zum EU-/EG – Vertrag: Art. 88-102 EGV*, p. 2219.

<sup>18</sup> SCHWARTZ, I. E. *Op. cit.*, p. 341.

<sup>19</sup> Num exercício com situações realistas e fictícias, HAKENBERG aponta diferenças drásticas entre os sistemas jurídicos dos Estados-membros, vinculados às tradições e particularidades que um Estado reflete, para ao final dizer que a meta da aproximação é uma fantástica idéia do ponto de vista do objetivo e afirmar que como seria fácil se em toda a Europa uma sociedade de responsabilidade limitada pudesse ser constituída segundo o mesmo tipo e modo. HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 203-204. Em determinados âmbitos o atingimento deste objetivo pode ser idealizado, especialmente aqueles fundamentais aos objetivos comunitários, como regras técnicas e normas, mas não é de se pensar numa aproximação do direito administrativo, por exemplo. *Idem*, p. 204. HAKENBERG ainda assevera que quando os âmbitos estiverem completamente harmonizados, não há mais espaço para a aplicação das liberdades fundamentais. *Idem*, p. 203. Não em todo o sentido concorda-se com o autor. Apenas no caso de ver-se as regras das liberdades fundamentais como um meio para o atingimento delas próprias, mas não é de se concordar se for interpretado que uma completa adaptação dos ordenamentos acabaria com as liberdades fundamentais. Pelo contrário, uma completa adaptação faria com que elas fossem dominantes, isto é, estivessem plenamente sendo exercidas, já sem os entraves ocasionados pelas diferenças dos ordenamentos jurídicos.

<sup>20</sup> EVERLING, U. *Op. cit.*, p. 233.

<sup>21</sup> Em razão disto, também em 1978 surgiu a idéia de estabelecer critérios para a emissão de diretivas de aproximação legislativa, que podem ser vistos em SCHWARTZ, I. E. *Op. cit.*, p. 348.



A Comissão passou a pensar em um novo mecanismo. Este envolvia o reconhecimento recíproco das ordens jurídicas dos outros Estados, ou, visto de uma perspectiva do hoje, em todas as modificações vindas com o AUE. Um reconhecimento recíproco das ordens dos Estados-membros entre si (cuja evolução aproxima-se da idéia do princípio do país de origem) tem como resultado um estágio semelhante ao que ocorre após uma harmonização. Esta busca uma eliminação das diferenças e o princípio expressa algo como que as diferenças não sejam levadas em consideração ao permitirem que um bem, produzido em um determinado Estado-membro, possa também sem mais cumprir as condições para ser introduzido em outros Estados-membros.

Uma resposta à identificação desses problemas e à tentativa de solução veio com o AUE. Já foi visto que o artigo 13 deste previu o artigo 8º. a TCEE para a efetivação do mercado interno. Ao encontro desse objetivo veio a também introdução dos artigos 100 a e 100 b TCEE, feita pelo artigo 17 AUE<sup>22</sup>. O primeiro, hoje, é o artigo 95 TCE e o segundo foi revogado<sup>23</sup>. Eles representaram o esforço da Comunidade em dar uma nova dinâmica à remoção das barreiras internas para a conformação do novo objetivo de mercado interno.

## 2. O objetivo de mercado interno e o artigo 95 TCE

Com efeito, segundo MÜLLER-GRAFF, a regra da aproximação das normas jurídicas entrou em movimentação no final da década de 80<sup>24</sup>, em função de quatro fatores. O primeiro é que em 1987, com o AUE, as regras do sistema de aproximação foram modificadas e se tornaram uma espécie de portadoras de esperança do atingimento do mercado interno<sup>25</sup>.

A segunda movimentação ocorrida havia sido sentida com o Livro Branco de 1985, no qual a Comissão havia anunciado novos princípios para a sua política de aproximação, com vistas nas medidas que deveriam ser tomadas à época. Tal modificação dizia respeito ao abandono dos processos de aproximação pormenorizados (*Detailangleichung*) e concentração em aproximações minimais ou nucleares (*Minimal- oder Kernangleichung*), entre outras modificações ocorridas à luz

---

<sup>22</sup> Durante a fase das conferências governamentais, havia a alternativa de modificar o artigo 94 TCE ou introduzir um novo artigo. Optou-se pela segunda alternativa. LANGEHEINE, Bernd. Art. 100a EGV. In: GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard (Hrsg.). *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar zur Europäischen Union (EUV/EGV)*, apartado 3 e LANGEHEINE, B. *Le rapprochement des législations nationales selon l'article 100 a du Traité CEE: l'harmonisation communautaire face aux exigences de protection nationaux*, p. 348.

<sup>23</sup> O então artigo 100 b TCEE tratou-se de regra transitória que tinha como fundamento o abandono da política radical quanto ao cumprimento do prazo de 1992 para a efetivação do mercado interno. Tal abandono, como já visto, se deu nos momentos preparatórios ao AUE. Para mais detalhes ver EHLERMANN, Claus-Dieter. *The internal market following the Single European Act*, p. 399-402.

<sup>24</sup> Sem dúvida, os anos de 1985 a 1992 foram de grande movimentação. O período ficou conhecido como de revolução e nova orientação (*Umbruch e Neuorientierung*). GRUNWALD, Jürgen. *Die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts*, p. 414-440. Por um lado, a Comunidade havia constatado a necessidade de avançar a um mercado interno. As medidas necessárias para tanto já eram conhecidas e haviam sido definidas com o Livro Branco. Nele o instrumento de aproximação havia sido novamente prestigiado como o mais importante para este objetivo. SCHWARTZ, I. E. *Op. cit.*, p. 359-360.

<sup>25</sup> MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian. *Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes*, p. 109-110.

do princípio do país de origem<sup>26</sup>. O Livro Branco desenvolveu uma nova concepção de aproximação, voltada para a concretização do mercado interno. Essa nova concepção é devida ao Caso Cassis de Dijon e ao correlacionado princípio do país de origem<sup>27</sup>. A isso também colabora o princípio do reconhecimento recíproco, o qual enseja que certas regras sejam tomadas em consideração sem harmonização, mas sim baseadas em uma confiança na equivalência de normas nacionais<sup>28</sup>.

Em princípio, com a entrada em vigor do AUE, todas as medidas previstas pelo Livro Branco estavam submetidas ao novo artigo 95 TCE. Mas não apenas essas. Também as medidas cuja necessidade à época não eram conhecidas podem ser apoiadas no artigo 95 TCE, se os seus conteúdos estão relacionados com o atingimento dos objetivos do mercado interno. Ainda, as medidas que antes da entrada em vigor do referido documento foram promulgadas com apoio no artigo 94 TCE, se necessitarem modificações, e tiverem como objetivos o atingimento do mercado interno, desde que suas matérias não estejam excluídas pelo artigo 95, n. 2 TCE. Mais, os regulamentos antes apoiados no artigo 308 TCE, sob temas que necessitavam ser aproximados por regulamentos, agora também podem ser apoiados no artigo 95 TCE, já que este passou a prever regulamentos. O artigo 95 TCE pode também ser usado para complementações de normas que foram adotadas com base no artigo 94 ou 308 TCE antes de ele ter entrado em vigor.

Uma terceira movimentação no sistema de aproximação foi decorrente da criação da possibilidade de reservas à aproximação, como as exercidas por Inglaterra e Dinamarca<sup>29</sup>, que aqui serão analisadas como mudanças ocorridas.

Por fim, uma quarta movimentação sentida é decorrente da tomada da grande maioria das medidas necessárias e previstas para o mercado interno quanto à remoção das barreiras materiais, técnicas e fiscais, o que deixava observar uma dinamização de fato do processo de aproximação<sup>30</sup>. Os dados dão conta que antes do AUE foram editadas 900 diretivas<sup>31</sup>. Todavia, o resultado não estava a contento e não conduziu à eliminação dos obstáculos remanescentes. Isso prova que o processo não era fácil. As diferenças entre os Estados-membros se sobressaíam e o processo disciplinado pelo artigo 94 TCE não seria capaz de efetivar o mercado interno até 1992. A evolução do mercado comum para mercado interno passou a exigir um novo mecanismo. Por isso os dois assuntos vieram juntos no AUE.

O AUE ofereceu à aproximação legislativa um fundamento adicional para a facilitação do processo. Ele fortaleceu e alargou o papel central do sistema. Não só introduziu novas regras, como novas autorizações. Uma das novas autorizações veio com o artigo 175 TCE, que abrange a aproximação de normas relacionadas com a

---

<sup>26</sup> *Idem*, p. 110-111.

<sup>27</sup> FISCHER, Hans Georg. Rechtsangleichung. In: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.). *EU- und EG-Vertrag: Kommentar*, p. 1152-1153.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 1153.

<sup>29</sup> MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Op. cit.*, p. 111-113.

<sup>30</sup> MÜLLER-GRAFF cita as diretivas editadas para a remoção das barreiras e os principais progressos em cada uma das liberdades fundamentais. *Idem*, p. 113-116.

<sup>31</sup> EVERLING, U. Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1163-1164. Para TASCHNER, a diretiva é o meio que mais obteve resultados práticos. TASCHNER, H. C. *Op. cit.*, p. 2225.

proteção ao meio ambiente. O artigo 95 TCE, dirigido ao mercado interno, previu a possibilidade de emissão também de regulamentos, a votação por maioria qualificada, a colaboração do Parlamento Europeu, excetuou alguns âmbitos e ainda criou possibilidades de reservas. Houve um alargamento das possibilidades de decisão com a introdução da maioria qualificada, a fixação de um prazo para o mercado interno ser atingido e a introdução de requisitos para o uso das autorizações diferentes dos requisitos até então tidos com o artigo 94 TCE, como por exemplo a colaboração do Parlamento Europeu. O AUE criou, com certeza, uma nova ordem (*Neuordnung*) e uma nova estratégia<sup>32</sup>, pela qual a Comunidade recebeu competências e encargos do legislador para o atingimento do mercado interno. Através dela devia a aproximação legislativa atingir progressos mais rápidos na concretização do novo objetivo.

### 3. As novas regras em comparação

As particularidades que diferenciam o âmbito de aplicação dos artigos 94 e 95 TCE são quatro: as medidas não necessariamente devem ter a forma de diretivas, mas também outros tipos de atos podem ser considerados, a unanimidade no Conselho não é mais necessária em todos os casos, podendo este, presentes os requisitos exigidos, decidir por maioria qualificada, o Parlamento Europeu assume funções de colaboração no processo legislativo e, por fim, os Estados-membros podem, sob determinadas condições, divergir unilateralmente<sup>33</sup>.

Como é possível depreender do artigo 95 TCE, este é empregado nas medidas de aproximação legislativa, salvo disposições em contrário contidas no Tratado<sup>34</sup>, conhecidas como normas especiais, que afastam determinados temas da sua aplicação. Disso decorre que medidas de aproximação que devam ser apoiadas em regras especiais não podem ser emitidas com fundamento no artigo 95 TCE. Para não ensejar conflitos com elas, já que os próprios artigos que disciplinam as matérias as excepcionam, existe a ressalva do artigo 95 TCE. Exemplos de normas que não possuem regras especiais para a tomada de medidas de aproximação são as relacionadas à livre circulação de bens e à união monetária e econômica.

Entre todas as modificações, a apontada como a mais importante é a votação por maioria qualificada. Ela fez com que a *Legende* do direito do veto desaparecesse<sup>35</sup>. Uma remoção da exigência de unanimidade já havia sido proposta no

---

<sup>32</sup> SEIDEL, M. *Op. cit.*, p. 1457, 1468 e 1474.

<sup>33</sup> Um resumo das quatro alterações pode ser visto em LANGEHEINE, B. *Op. cit.*, p. 347-348.

<sup>34</sup> Uma enumeração destas disposições especiais pode ser vista em DAUSES, Manfred A. *Die rechtliche Dimension des Binnenmarktes*, p. 9, nota de rodapé número 14, e em FISCHER, H. G. *Op. cit.*, p. 1150. GRABITZ também apresenta um rol destas normas especiais ao artigo 94 TCE, mas observa que a aproximação de normas realizada segundo elas, e não segundo a aplicação do artigo 95 TCE, igualmente serviria para o atingimento do que ele chama de elevado grau em igualdade de mercado. GRABITZ, Eberhard. *Über die Verfassung des Binnenmarktes*. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1236.

<sup>35</sup> EVERLING, U. *Op. cit.*, p. 1165. Ainda para mais sobre o *Vetorecht* e o *Luxemburger Protokoll* e suas relações com o *Mehreitsprinzip* ver EVERLING, U. *Zur Funktion der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft: Vom Abbau der Verzerrungen zur Schaffung des Binnenmarktes*. In: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. *et alli* (Hrsg.). *Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, p. 240. Em função do Compromisso de Luxemburgo de 1966 se estabeleceu a faculdade de permitir a um Estado-membro invocar interesses nacionais muito importantes para evitar ser posto em minoria nos casos onde o Tratado previsse a

Livro Branco da Comissão<sup>36</sup>. Da mesma forma, foi proposto o reconhecimento mútuo de regulamentações nacionais. A exigência de unanimidade bloqueava muitos processos de adoção de medidas de aproximação. Por outro lado, a abertura dos mercados necessitava de uma melhoria na estrutura decisória. Então, em primeiro plano está a autorização contida no artigo 95 TCE, que prevê a facilitação das condições processuais para a aproximação das normas jurídicas e administrativas dos Estados-membros. Essa facilitação, advinda com o princípio da maioria qualificada do artigo 95 TCE, deu à integração uma nova dinâmica. Anteriormente a essa regra, normas nacionais divergentes, que em muito limitavam as liberdades transfronteiriças, não puderam ser aproximadas de modo satisfatório e suficiente. O processo de aproximação legislativa exigia a unanimidade no Conselho.

Uma outra modificação importante é o fortalecimento da participação do Parlamento Europeu no processo de decisão. Isso não diminuiu o déficit democrático da Comunidade, mas representou um passo nesse sentido<sup>37</sup>. Com o advento das modificações, a título de manutenção dos interesses dos Estados, serve também um fortalecido processo de colaboração do Parlamento Europeu. Em diferenciação das demais regras autorizadas do Tratado, essa colaboração só é exigida nos casos de votação por maioria.

Uma terceira modificação é a possibilidade de tomada de outras medidas<sup>38</sup> para a aproximação, ao invés das meras diretivas do artigo 94 TCE. Ela foi movida

---

votação majoritária no Conselho. Com as alterações aqui estudadas, segundo LANGEHEINE, ele não pode mais ser invocado para bloquear uma votação baseada no artigo 95 TCE. LANGEHEINE, B. *Op. cit.*, p. 353. Mais sobre a compatibilização do Compromisso com a possibilidade de reservas estampada no artigo 95, n. 4 TCE, ver em BARDENHEWER e PIPKORN, que observam que o Compromisso e a reserva do artigo se diferenciam não somente em respeito ao seu caráter jurídico, mas eles também estão em diferentes níveis. Assim, aquele refere-se somente ao processo de votação no Conselho e não limita a aplicação do ato deste no ambiente comunitário. E isso o artigo 95, n. 4, faz. BARDENHEWER, Angela; PIPKORN, Jörn. Angleichung der Rechtsvorschriften: Artikel 100 A. In: von der GROEBEN, Hans; THIESING, Jochen; EHLERMANN, Claus-Dieter. *Kommentar zum EU-/EG – Vertrag: Art. 88-102 EGV*, p. 2297. MÜLLER-GRAFF contribui com o cálculo matemático dos votos necessários para o sucesso de uma votação por maioria qualificada e com prováveis conjunturas a serem formadas entre alguns países para enfrentar as votações. MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Binnenmarktziel und Rechtsordnung: Binnenmarktrecht*, p. 46.

<sup>36</sup> LANGEHEINE, B. *Op. cit.*, p. 348.

<sup>37</sup> EVERLING, U. Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1165. Para conhecer o tema do déficit democrático ver BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 238-239.

<sup>38</sup> Pelo fato de o Tratado ter falado em medidas, os órgãos comunitários possuem um âmbito de eleição de qual ato será emitido. Regulamentos possuem certas vantagens em relação às diretivas. Diretivas são instrumentos que necessitam de um, geralmente moroso, processo de transposição, mas têm a vantagem de permitir uma aproximação mais flexível. Assim, a Conferência de Chefes de Estado, por ocasião do AUE, estabeleceu que a Comissão daria preferência às diretivas para as suas propostas com base no artigo 95 TCE quando a aproximação exigisse modificações legislativas em um ou mais Estados-membros. Seriam as diretivas as preferidas, já que permitem uma aproximação mais flexível. Nas discussões sobre a nova regra, a Comissão ofereceu garantias de que daria preferência ao uso de diretivas. Mas existem áreas onde há legislações nacionais e pertinentes razões para o não-uso de diretivas, e nestes casos regulamentos seriam usados. Alguns exemplos podem ser vistos em EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 386. Como consequência, um regulamento só pode ser proposto quando apenas este instrumento permite o atingimento do aspirado objetivo ou quando as considerações das vantagens e desvantagens indicam que medidas de aproximação assim são mais apropriadas do que sob diretivas. Excepcionalmente, outros instrumentos também podem ser utilizados para o atingimento do mercado interno, tais como decisões, recomendações e resoluções.

pela dificultosa transposição daquelas<sup>39</sup>. Para SCHWARTZ, a possibilidade de emissão de regulamentos poderia parecer uma ampliação do conceito de aproximação, no rumo de uma unificação do direito, em função da força do instrumento<sup>40</sup>. Regulamentos representariam não uma aproximação, mas sim uma unificação, nem sempre desejada. Essa possibilidade era uma nova carta na manga da Comunidade, nesse caso uma arma de pressão. Atualmente, estão à disposição diretivas e regulamentos para a aproximação de regras jurídicas e administrativas dos Estados-membros. As diretivas estabelecem um objetivo ao qual a norma nacional deve ser aproximada. Já os regulamentos removem as diferenças normativas existentes, pois estas são afetadas pelas suas determinações carregadas de aplicabilidade direta.

A quarta modificação ressaltada pela doutrina é a possibilidade de reserva do artigo 95, n. 4 TCE<sup>41</sup>. Esta, que faz a norma ser conhecida como *opting out*, permite ao Estado-membro aplicar disposições nacionais, que são justificadas por exigências imperativas de ordem pública, saúde pública, propriedade industrial, bem como proteção do ambiente de trabalho e do meio ambiente<sup>42</sup>.

As mudanças no direito de adaptação do direito (*Rechtsangleichungsrecht*) vindas com o AUE são tratadas, sob outra ótica, por MÜLLER-GRAFF. As primeiras mudanças são identificadas nas normas autorizadoras que determinam a necessidade de haver uma aproximação ou não. O AUE tornou o sistema de aproximação das normas mais complexo. Não se limitou à sugestão da Comissão de estender o recurso de maioria qualificada apenas a medidas necessárias ao mercado interno, mas alargou esse sistema de autorização a outros campos. O centro dessa modificação reside no artigo 95 TCE. Ele está relacionado aos objetivos do mercado interno, enquanto o artigo 94 TCE estava relacionado aos do mercado comum, o que não é uma mera diferença terminológica, mas também no conteúdo desses objetivos<sup>43</sup>, bem como passou a exigir de forma positiva uma identificação das medidas de aproximação que tenham como objetivo a criação e funcionamento do mercado interno<sup>44</sup>.

As regras que determinam quando uma norma necessita ser aproximada também têm limites. Assim, a frase 1 do 95, n. 1 TCE assevera que ele é aplicado em derrogação do artigo 94 TCE, para a realização dos objetivos enunciados no artigo 14 TCE e salvo disposição em contrário do Tratado<sup>45</sup>. Da mesma forma, o n. 2 do artigo 95 TCE e o artigo 175, este sobre a autorização de aproximações relativas à política do meio ambiente, são tidos como normas limitadoras<sup>46</sup>. No caso específico da limitação imposta pelo artigo 175 TCE, observa-se que ela não pode excluir a

---

<sup>39</sup> De fato, tal extensão é uma reação às experiências passadas com diretivas. A Comissão se via obrigada a editar diretivas extremamente detalhadas, o que contrariava a idéia do artigo 249 TCE, porque os Estados-membros não faziam o que deviam. A transposição dos instrumentos pelos Estados-membros era insatisfatória, muito demorada ou incompleta. *Idem*, p. 386.

<sup>40</sup> SCHWARTZ, I. E. *Op. cit.*, p. 365.

<sup>41</sup> EVERLING detém-se com problemas oriundos desta nova formulação da regra de aproximação. Os primeiros relacionam-se com a questionável cláusula de reserva e com a delimitação do artigo 95 TCE às demais determinações do Tratado. EVERLING, U. *Op. cit.*, p. 1155.

<sup>42</sup> DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>43</sup> MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes*, p. 121-122.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 129.

<sup>45</sup> SCHWARTZ ainda fala de uma outra limitação relacionada à “utilidade instrumental da adaptação (...) para contribuir à realização do objetivo do Tratado”. SCHWARTZ, I. E. *Op. cit.*, p. 336.

<sup>46</sup> MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Op. cit.*, p. 132.

aplicação do artigo 95, n. 1 TCE, entendimento que é resultado do Caso Dióxido de Titânio, como será visto. Para MÜLLER-GRAFF, todas as medidas que sirvam primeiro “à realização das liberdades fundamentais em um sistema de concorrência não-falseado devem, apesar de conter um conteúdo relacionado ao meio ambiente, ser apoiadas no artigo 100 a, n. 1 TCEE”<sup>47</sup>. Ao artigo 175 TCE restariam as medidas não vinculadas ao mercado interno. Esse pensamento enseja uma das primeiras colocações sobre o Caso Dióxido de Titânio. A sustentação da diretiva nele questionada no artigo 175 TCE e não no 95 TCE, relacionado ao mercado interno, deixava entender que o assunto julgado não era relacionado ao mercado interno.

As segundas mudanças relacionam-se aos novos elementos oferecidos à solução do problema da determinação do conteúdo das medidas de aproximação em concreto, isto é, ao quanto elas necessitam ser detalhadas e qual espaço resta aos Estados-membros<sup>48</sup>. A necessidade crescente de diretivas detalhadas reduziu o espaço da aproximação permitido aos Estados. Esta potencial tensão tornou-os cada vez mais reticentes à concordância com tais tipos de diretivas<sup>49</sup>. Acontece que em determinado momento foi necessário aproximar as inúmeras regras nacionais relacionadas às liberdades, que por sua vez também eram detalhadas. E diretivas para detalhar mais o que já era muito detalhado haviam se tornado inviáveis. Assim, no final dos anos 80 a Comissão e o Conselho desenvolveram um novo conceito aplicável às normas técnicas, qual seja o de que as diretivas passariam a regular apenas de forma geral as exigências dos produtos<sup>50</sup>. Hoje, o Tratado não se limita mais à previsão de diretivas como instrumentos de aproximação.

Uma terceira mudança de critérios foi vista por MÜLLER-GRAFF na solução do problema do estabelecimento da validade da norma (*Ingeltungsetzungsproblem*), ou seja, do como pôr a norma em vigor, e relaciona-se com a não-limitação ao instrumento de diretivas, com a limitação ou não do uso do artigo 95 TCE no prazo dado pelo artigo 8º. a TCEE, bem como com a inovação da votação por maioria qualificada e a possibilidade de estabelecimento de reservas<sup>51</sup>. Cabe aqui, então, uma nova incursão na questão do prazo de 31 de dezembro de 1992, agora em sua relação com o artigo 95 TCE.

A regra de aproximação do artigo 95 TCE não serve apenas ao atingimento, mas também ao funcionamento do mercado interno<sup>52</sup>. Por isso, o prazo estabelecido pelo AUE não tem efeito algum neste tópico<sup>53</sup>. Não é de se compreender que a aproximação do direito pelo artigo 95 TCE não mais seria possível após o decurso do

---

<sup>47</sup> Vale observar que esta afirmação é anterior ao Caso Dióxido de Titânio, que será visto a seguir. *Idem*, p. 133.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 133-139.

<sup>49</sup> TASCHNER, H. C. *Op. cit.*, p. 2226.

<sup>50</sup> *Idem*, p. 2227.

<sup>51</sup> MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Op. cit.*, p. 139-150.

<sup>52</sup> Sobre o significado da locução funcionamento do mercado interno, ver MÜLLER-GRAFF. *Idem*, p. 130-131.

<sup>53</sup> Tal já tinha sido a interpretação deduzida das declarações anexas ao AUE, como visto. O valor jurídico destas declarações para a interpretação das regras relacionadas ao processo de aproximação introduzidas pelo AUE é comentado por LANGEHEINE. Mesmo desprovidas de originar conseqüências jurídicas obrigatórias, seus conteúdos exercem uma certa influência no comportamento das instituições comunitárias e nacionais. Mas há outras interpretações possíveis, lembradas pelo autor, segundo as quais tais declarações deveriam ser eventualmente até utilizadas na interpretação das disposições do Ato. LANGEHEINE, B. *Op. cit.*, p. 348-349.

prazo para a realização do mercado interno. Uma retirada da vigência do dispositivo não é prevista no AUE. O controle do funcionamento é tarefa constante e não pode ser temporalmente limitado. Até porque os cuidados com o funcionamento do mercado interno se prolongam no tempo, como demonstra a prática do Conselho, que continuou a emitir atos com aquele fundamento. De resto, uma retirada da vigência do fundamento implicaria em problemas para as regras nacionais criadas ou que viessem a ser criadas em função da reserva do artigo 95, n. 4 TCE<sup>54</sup>. O decurso do prazo não significou que todas as normas diferentes entre os Estados-membros tivessem sido revogadas<sup>55</sup>.

Uma vez vistas todas essas evoluções históricas, modificações que se fizeram necessárias e que efetivamente ocorreram no sistema comunitário de aproximação legislativa, este estudo requer uma concentração no sistema atualmente empregado e no uso dele no âmbito da concorrência.

#### 4. *O atual mecanismo de aproximação e a liberdade de concorrência*

O Conselho, ante proposta da Comissão e após consulta, ou execução do processo de cooperação, do Parlamento Europeu, por unanimidade, ou por maioria qualificada nos casos permitidos, emite diretivas de aproximação, ou regulamentos, conforme a disciplina específica da regra indicada para apoio.

A aproximação legislativa para a remoção de obstáculos ao comércio abrange, em primeiro lugar, as chamadas regras relacionadas aos produtos<sup>56</sup>. Em segundo lugar, abrange a remoção de limitações que resultem de diferentes regras aplicadas pelos Estados-membros e que se oponham à liberdade de prestação de serviços transfronteiriça. Em terceiro lugar, engloba as regras destinadas à realização da liberdade de estabelecimento. Ainda, o sistema de aproximação legislativa envolve as regras de liberdade de circulação de pessoas e capitais. SEIDEL agregava um dos seus componentes do mercado comum entre os abrangidos pelo sistema, qual seja a realização da união aduaneira e econômica exterior<sup>57</sup>. O último campo de normas abrangido pelo sistema de aproximação é composto pelas normas que determinem condições de concorrência. Este foi o mais discutido de todos e originou o famoso Caso Dióxido de Titânio.

A relação entre a anterior e ainda válida autorização geral de aproximação do artigo 94 TCE e a nova do artigo 95 TCE não é pacífica. Ela traz novamente as diferenças entre os conceitos de mercado interno e mercado comum à baila<sup>58</sup>, um oriundo do Caso Gaston Schul e o outro introduzido pelo AUE no artigo 14, n. 2 TCE. Tal discussão é importante especialmente para saber quais as matérias, dentre as que caem sob o artigo 94 TCE, poderiam ser aproximadas pelo recurso do artigo 95 TCE. A diferenciação entre qual regra a aplicar é muito difícil. A prática dos órgãos

---

<sup>54</sup> LANGEHEINE, B. Art. 100a EGV. In: GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard (Hrsg.). *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar zur Europäischen Union (EUV/EGV)*, apartado 10.

<sup>55</sup> SEIDEL, M. *Op. cit.*, p. 1471.

<sup>56</sup> Extensa lista dos âmbitos e matérias envolvidos pode ser vista em SEIDEL. *Idem*, p. 1462-1464.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 1464-1466.

<sup>58</sup> EPINEY, Astrid. *Gemeinschaftsrechtlicher Umweltschutz und Verwirklichung des Binnenmarktes: "Harmonisierung" auch der Rechtsgrundlagen?*, p. 565.

comunitários conduz a uma aplicação do artigo 95 TCE<sup>59</sup>, pois mais democrático, se as exceções do n. 2 do mesmo artigo não estiverem presentes.

EVERLING já discutia o alcance da norma do artigo 95 e qual âmbito de aplicação restaria ao artigo 94 TCE. Já foi visto que as diferenças dos objetivos dos artigos é um dos elementos de solução dessa problemática. A discussão que restava, então, resumia-se a saber se o artigo 95 poderia ser utilizado na aproximação dos âmbitos relacionados com o mercado comum, que até então eram afetos à aplicação do artigo 94 TCE. Vale lembrar que o mercado interno é conceituado no Tratado de Roma.

Por exemplo, a aproximação das regras das condições da concorrência no mercado comum estava afeta ao artigo 94 TCE não porque a concorrência fizesse parte do mercado comum, “mas porque o funcionamento do mercado comum exige uma tal adaptação e ela age diretamente sobre este funcionamento”<sup>60</sup>. Segue o autor a afirmar que não deve ser questionada a interpretação do artigo 95 TCE para saber se o conceito de mercado interno encerra ao lado das quatro liberdades também as condições da concorrência, “mas muito mais se tal adaptação é necessária para a realização do mercado interno definido no artigo 8 a TCEE”<sup>61</sup>.

Uma inversão da ordem dessa relação também foi pensada. Nesse sentido, LANGEHEINE questiona se o artigo 94 TCE poderia ainda servir de base para as matérias que atualmente de forma forçosa estão no campo de aplicação do artigo 95 TCE. Tal discussão se mostra igualmente relevante, pois determina a participação ou não do Parlamento e a possibilidade de aplicação de disposições nacionais mais restritas, bem como o possível uso de regulamentos. Ocorre que o artigo 95 vem em derrogação do artigo 94. Assim, ele é visto como regra especial. Isso impede a livre opção pelo artigo 94. Ademais, uma tal escolha excluiria o procedimento de cooperação com o Parlamento Europeu no processo de elaboração de uma norma conduzido pelo Conselho. Tal inexistência de uma livre escolha pode ser vista como um não à tentativa de poder excluir o Parlamento da decisão de tomada de um ato. O artigo 94 permanece válido para a aproximação das matérias que escapam da aplicação do artigo 95, como contribuições fiscais<sup>62</sup>. Ressaltando, uma maior democracia na decisão chama a matéria para o artigo 95 TCE.

Uma análise das novas normas do Tratado em específico é válida para a compreensão do sistema atualmente empregado. O artigo 95, n. 1 TCE<sup>63</sup> observa que as suas disposições se aplicam à realização dos objetivos enunciados no artigo 14 TCE, quais sejam, a realização do mercado interno e a melhoria da situação econômica e social da Comunidade. Em razão disso, o âmbito de aplicação do artigo 95 TCE não é definido em função da matéria tratada, mas sim funcionalmente<sup>64</sup>, como ocorria com o artigo 94 TCE. Desde que nenhuma regra específica seja

---

<sup>59</sup> BARDENHEWER, A.; PIPKORN, J. *Op. cit.*, p. 2260.

<sup>60</sup> EVERLING, U. *Op. cit.*, p. 1170.

<sup>61</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>62</sup> LANGEHEINE, B. *Op. cit.*, p. 351 e EPINEY, A. *Op. cit.*, p. 566.

<sup>63</sup> Para mais detalhes ver EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 382-386.

<sup>64</sup> LANGEHEINE, B. *Op. cit.*, apartado 18 e LANGEHEINE, B. *Le rapprochement des législations nationales selon l'article 100 a du Traité CEE: l'harmonisation communautaire face aux exigences de protection nationales*, p. 349.



aplicável, qualquer matéria constada em regras nacionais que limitem o atingimento dos objetivos do artigo 14 TCE pode ser objeto de aproximação<sup>65</sup>. Isso é o mesmo que dizer que o campo de aplicação cobre matérias de ordens diversas desde que contribuam para o estabelecimento do mercado interno. A aproximação, assim vista, tem o objetivo de eliminar influências perturbadoras da formação ou do funcionamento do mercado antes comum, agora interno. O âmbito de aplicação do artigo 95 TCE não é limitado a determinadas matérias.

O artigo 95, n. 2 TCE exclui da possibilidade de votação por maioria qualificada mediante proposta da Comissão e em colaboração com o Parlamento Europeu os âmbitos fiscais, as disposições relativas à livre circulação de pessoas e as relativas aos direitos e interesses dos trabalhadores assalariados<sup>66</sup>. Essa norma prova, como observa EHLERMANN, que uma estreita interpretação da noção de mercado interno não é correta, já que ela exclui algumas questões, entre as quais não está a liberdade de concorrência. Tal exclusão não seria necessária se o mercado interno fosse efetivamente um conceito limitado as quatro liberdades econômicas fundamentais<sup>67</sup>. Como é mais, necessitou o artigo fazer tais reservas.

O artigo 95, n. 3 TCE<sup>68</sup> exige que a Comissão baseie-se num nível de proteção elevado como base de suas propostas em matéria de saúde, segurança, proteção do ambiente e proteção dos consumidores. Para EHLERMANN, esse parágrafo seria mais significativo se não houvesse o n. 4, segundo o qual é permitido ao Estado-membro manter seu próprio nível de proteção se o nível proposto pela Comissão, e desde que aprovado por maioria no Conselho, seja muito baixo. Mas o autor ressalva que o n. 4 não cobre a proteção ao consumidor, e nessa questão o n. 3 iria mais além<sup>69</sup>. Assim, Estados-membros com um sistema de proteção ao consumidor altamente desenvolvido tinham interesse em garantir que a Comissão cumprisse sua obrigação, segundo um nível de proteção elevado, o que é justamente previsto no artigo 95, n. 3 TCE.

O artigo 95, n. 4 TCE<sup>70</sup> permite ao Estado-membro adotar derrogações unilaterais às medidas aproximadoras, quando procura manter um nível mais alto de proteção, segundo condições imperiosas e sujeito à revisão judicial. A principal problemática do novo inciso reside na vinculação de um processo de maioria qualificada com a possibilidade dos Estados-membros aplicarem medidas mais severas<sup>71</sup>, possibilidade justamente lhes dada em compensação<sup>72</sup> pela perda da

---

<sup>65</sup> Mera verificação de diferenças entre as normas dos Estados-membros, e um perigo abstrato de prejuízo às liberdades fundamentais ou, em decorrência disso uma conturbação na liberdade de concorrência, não bastam para a utilização do recurso do artigo 95 TCE. KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*, p. 285. Diferente é um obstáculo fático ou a existência de uma sensível conturbação da concorrência que deva ser removida através de um processo de aproximação do direito.

<sup>66</sup> Para mais detalhes ver EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 386-387.

<sup>67</sup> *Idem*, p. 370 e BARDENHEWER, A.; PIPKORN, J. *Op. cit.*, p. 2250.

<sup>68</sup> Para mais detalhes ver EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 387-389.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 388.

<sup>70</sup> Para mais detalhes ver EHLERMANN. *Idem*, p. 389-398.

<sup>71</sup> Pela adoção do artigo 95 TCE os Estados pareciam ter destruído um dos principais pilares da Comunidade, que era o do equilíbrio funcional. WEILER, J. H. H. *The transformation of Europe*, p. 2458. Contudo, o n. 4 do mesmo artigo restabelece este equilíbrio para os casos que se valerem da faculdade da votação majoritária, já que permite a manutenção de regras nacionais mais severas.

necessidade da unanimidade da votação em determinadas matérias, anteriormente exigida para a adoção de decisões do Conselho, e pela possibilidade de edição de regulamentos<sup>73</sup>. Isto é, com o objetivo de proteger Estados em posição de minoria de serem forçados a aceitar o desejo da maioria. No regime do artigo 94 TCE, a ausência da concordância de um Estado-membro barra a proposta.

Em sede de avaliação, se torna necessário ressaltar a importância dessa regra como um todo para a realização do mercado comum, inicialmente, e depois do mercado interno. Mesmo com a regra da maioria, lembra-se que muitas decisões são tomadas por consenso. E como reforça WEILER, tal é ainda mais notável, pois consenso conseguido em esfera do voto é completamente diferente do obtido sob a sombra do veto, como anteriormente na Comunidade<sup>74</sup>.

É válido ainda indicar a importância desse sistema para as regras da concorrência, que não somente a conclusão que será tida com o Caso Dióxido de Titânio. A possibilidade de adoção de medidas de aproximação do direito se constituiu num dos principais instrumentos utilizados para a realização do conceito de mercado comum. Um dos âmbitos em que as regras de aproximação desempenharam um papel importante é o da concorrência. A Comunidade apresentava deformações que tornavam cada vez mais exigível a regra da aproximação legislativa para a execução do seu objetivo<sup>75</sup>.

A necessidade de uma aproximação específica do direito da concorrência na Comunidade é tratada na obra de HUCKE<sup>76</sup>. Os esforços começaram no início da década de 60 com o trabalho de cientistas e documentos da Comissão. Todavia, até o surgimento do AUE os resultados não foram satisfatórios. A necessidade de uma aproximação de normas, como por exemplo no campo da concorrência desleal, era justificada por muitos aspectos. Um tal processo viria ao encontro dos interesses dos participantes do mercado, dos ofertadores, que poderiam oferecer produtos segundo as mesmas exigências em toda a Comunidade, e também dos consumidores, que se beneficiariam de um nível de proteção unificado. Por outro lado, o direito da

---

<sup>72</sup> Não somente a disposição do n. 4 é vista como uma compensação, mas os ns. 3 e 5 também contribuem para a formação de um conjunto de regras visto como compensatórias da supressão do princípio da unanimidade. O artigo 95, n. 5 TCE prevê uma cláusula de salvaguarda que autoriza os Estados-membros a tomar, por uma ou várias das razões não-econômicas referidas no artigo 30 TCE, medidas provisórias sujeitas a um procedimento comunitário de controle, o que nada mais é que uma prática de longa data em questões que se referem à diretivas de aproximação. É a adoção de medidas temporárias nos casos de âmbito de aparecimento de perigos não previstos. Para mais detalhes ver EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 398-399. Para LANGEHEINE, a compensação “é o preço que necessitou ser pago para o abandono do princípio (...)”. LANGEHEINE, B. *Op. cit.*, p. 353.

<sup>73</sup> O fato de o artigo 95 TCE permitir outros atos que não apenas diretivas gera uma outra questão, qual seja a relacionada à própria natureza dos regulamentos. Para LANGEHEINE, “uma derrogação a suas disposições é dificilmente concebível e não será possível sem uma cláusula de exceção expressa no próprio texto do regulamento”. *Idem*, p. 354. Isto é, o artigo 95, n. 4 TCE só teria aplicabilidade se a norma a ser reservada constar de uma diretiva. Pois na hipótese de um regulamento ressalvado não há necessidade de reserva.

<sup>74</sup> WEILER, J. H. H. *Op. cit.*, p. 2461.

<sup>75</sup> REICH, Norbert. *Binnenmarkt als Rechtsbegriff*, p. 206.

<sup>76</sup> O objetivo do trabalho foi analisar as diferenças dos direitos da concorrência nos Estados-membros da Comunidade dos Quinze e, com base nos resultados, submeteu HUCKE uma proposta de adaptação do direito da concorrência desleal com o desejo de que pudesse encontrar aceitação nos Estados-membros. HUCKE, Anja. *Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in Europa*, p. 24.

concorrência é de fundamental importância para o mercado interno. Uma aproximação traria uma contribuição importante para a realização deste mercado. Tal processo minimiza os problemas advindos com as diferentes regras dos Estados relativas às liberdades de circulação<sup>77</sup>.

Em rápida visão, a necessidade de uma aproximação do direito da concorrência pode ser explicada da seguinte forma. Um dos objetivos centrais da Comunidade é o mercado interno. Este só pode funcionar efetivamente com um mínimo de unidade entre as normas destinadas à garantia das liberdades. Ao lado destas, as normas destinadas à liberdade de concorrência possuem uma importância central para a efetivação do mercado interno, tanto que aqui neste estudo essa liberdade é apontada como uma liberdade fundamental. Além da remoção de obstáculos à livre circulação, também é tarefa a ser perseguida pelo artigo 95 TCE a criação de condições iguais para a concorrência<sup>78</sup>. Normas nacionais diferentes podem obstruir as liberdades e conduzir a falseamentos na concorrência, já que os produtos não podem ser oferecidos em todos os Estados-membros sob as mesmas condições. Por isso se tornou necessária e esperada uma aproximação dos direitos nesta área<sup>79</sup>. A uma aproximação daquelas normas se agrega uma aproximação destas, também.

O objetivo de todos os esforços é a criação de uma base<sup>80</sup> de regras que sejam parecidas desde o princípio em todos os Estados-membros e que não permitam o surgimento de limitações à concorrência. Com isso, observa-se na aproximação legislativa uma função liberalizadora<sup>81</sup>, pois ela abre o mercado aos produtos produzidos segundo as regras aproximadas.

Para a visão que se quer expressar, o sistema de aproximação em sua relação com a liberdade de concorrência tem uma importância maiúscula. A disputa entre o âmbito de aplicação de suas normas em julgamentos como Dióxido de Titânio pode ter precisado o conceito de mercado interno e, de resto, ampliado-o. A entrada da concorrência no âmbito do mercado interno, uma das conclusões deste julgamento, como se verá, torna-a parte dele, ao lado das liberdades, podendo ser vista como uma destas, qual seja a quinta. A seguir, a confirmação jurisprudencial da conclusão já obtida na doutrina vista.

### 1.3.b) O Caso Dióxido de Titânio

Pensamentos anteriores ao Caso Dióxido de Titânio<sup>82</sup> viam uma limitação no âmbito de aplicação do artigo 95 TCE. Assim, para EVERLING, “Das quatro liberdades conhecidas no artigo 8 a TCEE, o artigo 100 a TCEE diz respeito praticamente só à liberdade de circulação de bens”<sup>83</sup>. Parte dos fundamentos para esta afirmação se apoiava no fato de que as demais liberdades possuem em geral suas

---

<sup>77</sup> *Idem*, p. 21-24.

<sup>78</sup> LANGEHEINE, B. Art. 100a EGV. In: GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard (Hrsg.). *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar zur Europäischen Union (EUV/EGV)*, apartado 20 e REICH, N. *Op. cit.*, p. 207-208.

<sup>79</sup> HUCKE, A. *Op. cit.*, p. 455.

<sup>80</sup> HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 203.

<sup>81</sup> DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>82</sup> Caso Comissão c. Conselho (Dióxido de Titânio), EuGH, Slg. 1991, p. I-2867.

<sup>83</sup> EVERLING, U. *Op. cit.*, p. 1168. Ver ainda CHÉROT, Jean-Yves. *Marché commun, règles et politiques communes?*, p. 4-11.

próprias regras de aproximação. Isso não é nenhuma novidade, pois também logo após o surgimento do AUE ainda havia pensamentos de que “puras condições de concorrência não haviam sido inseridas no conceito de mercado interno”<sup>84</sup>. A consequência da exclusão das mesmas da interpretação do conceito de mercado interno era que não poderia o seu desejo de aproximação se valer do artigo 95 TCE.

Diferentemente do pensamento visto, igualmente antes do Caso Dióxido de Titânio já afirmava LANGEHEINE que “Às regras do mercado interno não pertencem somente regras para a remoção de barreiras comerciais em sentido estrito, mas também a aproximação das condições da concorrência”<sup>85</sup>. Mais, dizia o autor que “o conceito de mercado interno engloba a totalidade das matérias inerentes à noção de mercado comum”<sup>86</sup>. Tudo isso vem fundado no fato de o artigo 95, n. 2 TCE não excluir do campo de aplicação do artigo 95 a aproximação das condições da concorrência, como já visto na análise em particular do artigo. E observa-se da afirmação do autor, ainda, que pelo fato de ele ter usado os dois termos em sua manifestação, não estava fazendo a confusão que a doutrina comumente faz com a simples troca do adjetivo comum por interno ao se dirigir ao então novo objetivo da Comunidade.

Com efeito, antes de Dióxido de Titânio a concorrência já fazia parte do mercado interno. Um tal mercado implica não só na aproximação de regras que se referem a produtos, mas também das que determinem a relação concorrencial entre as empresas. Em verdade, como já foi tentado provar, não é possível ter um mercado integrado sem a remoção de regras nacionais divergentes que conduzam a diferentes custos de produção e que impossibilitem que sejam oferecidas iguais condições de concorrência dentro da Comunidade.

A remoção em definitivo das barreiras levou os legisladores a preverem instrumentos para o combate de efeitos nefastos que as empresas poderiam causar com a chegada de tal fenômeno. Eles reconheciam que não somente custos fiscais e sociais poderiam contribuir para o falseamento da concorrência, mas também normas ambientais mais ríspidas. Para tanto é que a aproximação legislativa objetivada pelo mercado interno estende-se às regras que contribuem para que as empresas sejam diferentemente tratadas nos diferentes Estados-membros. Assim, “Medidas comunitárias para evitar ou remover deturpações da concorrência podem ser tomadas com base jurídica no artigo 100 a TCEE, especialmente se contribuem para a realização do mercado interno”<sup>87</sup>.

A relação entre meio ambiente e concorrência, neste contexto, induz a uma questão mais profunda. Regras nacionais para os padrões de proteção do meio ambiente, que sejam distintas, têm como consequência deturpações na concorrência. A problemática quanto à relação entre o artigo 95 e os também introduzidos artigos 174 e 175 do Tratado, sobre a política do meio ambiente, isto é, em quanto esses artigos excluía a aplicação do artigo 95, já era sentida desde muito antes do Caso

---

<sup>84</sup> SCHWARTZ, I. E. *Op. cit.*, p. 366.

<sup>85</sup> LANGEHEINE, B. *Le rapprochement des législations nationales selon l'article 100 a du Traité CEE: l'harmonisation communautaire face aux exigences de protection nationales*, p. 350.

<sup>86</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>87</sup> PIPKORN, Jörn. Grundsätze: Artikel 8 A. In: von der GROEBEN, Hans; THIESING, Jochen; EHLERMANN, Claus-Dieter. *Kommentar zum EWG – Vertrag: Artikel 1-84*, p. 196.

Dióxido de Titânio<sup>88</sup>. Uma questão é a diferenciação entre normas que visem puramente à proteção do meio ambiente daquelas que visem à aproximação das normas relativas ao meio ambiente, com o objetivo de eliminar distorções na concorrência e possibilitar o mercado interno. Outra questão difícil é a classificação das normas que se referem à organização dos processos de produção<sup>89</sup>. Com tais problemas se defrontou o Tribunal no Caso Dióxido de Titânio<sup>90</sup>.

Certo, para parte da doutrina, era que a concorrência já era entendida como elemento do mercado interno. Entre várias conseqüências, Dióxido de Titânio veio confirmar isso. Outro aspecto que se busca levantar com o estudo desse caso é que a importância dada por ele à concorrência pode ter deslocado esta da posição de uma mera norma apoiadora do mercado interno para um elemento puro deste mercado, isto é, uma liberdade. Pensamentos doutrinários que embasam essa posição foram vistos na parte que antecede a esta. Aqui se está em busca de uma confirmação jurisprudencial.

Para tanto, é conveniente um resumo do procedimento de emissão de uma diretiva de aproximação. Assim, a Comissão detém a competência exclusiva para propor medidas relativas ao artigo 95 TCE. Isso lhe dá uma inegável influência sobre o conteúdo das matérias vislumbradas<sup>91</sup>. Só por unanimidade pode o Conselho modificar as proposições da Comissão. A esta ainda é assegurada a possibilidade de retirar a proposição ou de não submetê-la quando pareça provável que venha a ser recusada ou que os Estados-membros tenham a intenção de derogar suas disposições ao aplicarem regras nacionais mais severas<sup>92</sup>. Visto isso, já é sabido que o AUE reforçou o papel do Parlamento Europeu no processo de aproximação das legislações nacionais. A elaboração das regras deve se desenvolver em cooperação com o Parlamento<sup>93</sup>. Esse reforço representa um passo importante na busca por uma maior legitimidade democrática do legislador comunitário. Na seqüência, as medidas de aproximação propostas pela Comissão segundo o artigo 95 TCE são adotadas pelo Conselho por maioria qualificada.

Por outro lado, os artigos 94 e 175 exigem unanimidade. O artigo 95 prevê uma colaboração do Parlamento Europeu no processo. Os artigos 94 e 175 prevêm apenas a oitiva do Parlamento Europeu e ainda em casos limitados. Os artigos 95 e 175 prevêm outras medidas que não apenas as diretivas. O artigo 94 prevê apenas a tomada destas. O artigo 95, n. 4, prevê reservas, o que o artigo 94 não faz, e o artigo 175 tem a regra do artigo 176 a observar. A diferença entre o artigo 94 e o artigo 95, como foi visto, envolve a relação entre os conceitos de mercado comum e de mercado interno. O Caso Dióxido de Titânio parece ter tratado e delimitado todos estes assuntos, reafirmando.

---

<sup>88</sup> A discussão de se as regras no mesmo momento ou de fato perseguiram objetivos relacionados à política do meio ambiente era insignificante, para EVERLING, U. *Op. cit.*, p. 1169.

<sup>89</sup> NETTESHEIM, Martin. *Das Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften*, p. 339

<sup>90</sup> Um resumo do caso pode ser visto em NETTESHEIM. *Idem, ibidem*.

<sup>91</sup> LANGEHEINE, B. *Op. cit.*, p. 351.

<sup>92</sup> *Idem*, p. 351-352.

<sup>93</sup> Um detalhamento do procedimento de cooperação com o Parlamento Europeu pode ser visto em LANGEHEINE. *Idem*, p. 352.

O Conselho, através da Diretiva n. 89/428, editou em 8 de junho de 1989 regras de aproximação dos programas de redução, tendo em vista a sua eliminação, da poluição causada por resíduos provenientes da indústria do dióxido de titânio. Para tanto, apoiou esta diretiva na regra autorizadora do artigo 175 TCE, relacionada à proteção do meio ambiente. A Comissão havia sugerido a regra do artigo 95 TCE para fundamentar tal edição, já que, segundo sua interpretação, a norma era relacionada à uniformização das condições da concorrência e não à questões de proteção do meio ambiente.

A entrada em vigor do AUE tinha feito com que a Comissão alterasse uma proposta sua de 18 de abril de 1983, que baseava a emissão de uma diretiva no fundamento dos artigos 100 e 235 TCEE (atuais 94 e 308 TCE), passando a apoiá-la então no introduzido artigo 95 TCE. Aquela proposta veio a ser a origem da diretiva questionada e posteriormente anulada, como será visto.

Em 1988 o Conselho manifestou que havia decidido apoiar uma sua proposta no artigo 130 s TCEE, atual artigo 175 TCE. Com tal decisão, o Parlamento Europeu necessitou ser escutado novamente, tendo se manifestado a favor da interpretação da Comissão, opondo-se à proposta do Conselho, que considerava o artigo 175 TCE como o artigo próprio para fundamentar a medida. Apesar da objeção do Parlamento, baseada no princípio democrático, o Conselho editou a diretiva conforme o seu entendimento.

O ponto central da discussão era determinar qual a regra a ser usada como norma autorizadora quando o ato jurídico persegue mais de um objetivo regulados em diferentes normas do Tratado. O caso envolve o fundamento da autorização para a edição de uma diretiva. Problemas neste âmbito podem ocorrer em duas esferas. A primeira se apresenta quando o Tratado não traz nenhum fundamento jurídico que autorize a emissão de um ato. A segunda é justamente quando o Tratado apresenta mais de um fundamento<sup>94</sup>. No Caso Dióxido de Titânio ainda eram vistas três normas em questão, quais sejam as dos artigos 94, 95 e 175 TCE. Quando esse fenômeno acontece, ou ambas as normas autorizadoras devem ser utilizadas ou procedida uma limitação entre os seus âmbitos de aplicação.

Ante à decisão tomada pelo Conselho, a Comissão impetrou uma petição de declaração de nulidade perante o Tribunal contra a diretiva do Conselho, com fundamento no artigo 230, frase 1 TCE, em 28 de setembro de 1989. Para a Comissão, a diretiva deveria ter sido baseada no artigo 95 TCE. Nesse mesmo processo, em 21 de fevereiro de 1990 o Parlamento Europeu foi admitido como interveniente do pedido da Comissão. Ele também pediu a declaração de nulidade da diretiva. O Conselho se defendeu. O Tribunal decidiu pela nulidade da diretiva. Em 31 de dezembro de 1992 foi publicada a nova Diretiva, de n. 92/112, do Conselho, desta vez fundada no artigo 95 TCE.

A argumentação da Comissão<sup>95</sup> era que a diretiva visava a melhoria das condições da concorrência. Ela era uma medida direcionada ao atingimento e funcionamento do mercado interno, e por tal deveria ter sido fundada a sua emissão

---

<sup>94</sup> EPINEY, A. *Op. cit.*, p. 564.

<sup>95</sup> Caso Comissão c. Conselho (Dióxido de Titânio), EuGH, Slg. 1991, p. I-2867, Relatório da Sessão, parte III, apartado 1.

no artigo 95 TCE. Segundo este, o Conselho decidiria sobre proposta da Comissão, em cooperação com o Parlamento. Já segundo o artigo 175 TCE, o Conselho decidiria por unanimidade, da mesma forma sob proposta da Comissão, mas com a mera oitiva do Parlamento. Aquele seria lei especial em relação ao artigo 175 TCE, que em si não perseguia o objetivo do mercado interno. Em função disso, deveria ser possibilitada a emissão de normas aproximadoras que tenham relação com o mercado interno sob as regras do artigo 95 TCE. Todavia, não só a característica de lei especial, que também se apresenta em relação ao artigo 94 TCE, é juntada para chamar a si as matérias. A posição sistemática do artigo 95 TCE assim deixa entender. Antes do AUE, já era incontestável a competência da Comissão em apoiar no artigo 94 TCE as medidas de aproximação do direito relacionadas ao meio ambiente. Restavam agora menos dúvidas, segundo EPINEY, que elas pudessem ser apoiadas no artigo 95 TCE<sup>96</sup>. Não é de se esquecer que o AUE introduziu também o artigo 175 TCE, originador da provável existência de outra regra apoiadora válida, a qual foi considerada pelo Conselho, e da disputa em si.

Ainda, sustentou a Comissão que o artigo 95 TCE poderia servir para a emissão de normas sobre o meio ambiente, pois em numerosos casos a sua proteção, em função da implicância que tem com as condições da concorrência, vem a ter efeitos no mercado interno. Lembra-se que o artigo 175 TCE não apresenta uma relação expressa com o mercado interno.

Mas o que tem a ver a questão da concorrência com o meio ambiente? A relação é simples. Empresas que cumpram normas de proteção ao meio ambiente em determinados países em que estas são mais severas estariam em desvantagem competitiva com empresas estabelecidas em países da Comunidade onde as normas não fossem tão severas. Essa diferença legislativa conduziria a falseamentos na concorrência, cujo evitar foi entendido como objetivo do mercado interno. Por isso, ademais do processo ser mais democrático, entre outros fatores de legalidade mesmo, a regra de aproximação aqui trabalhada deveria ter sido apoiada no artigo 95 TCE. Da confirmação desse raciocínio decorrem outros, como o que o mercado interno não é limitado, que a concorrência faz definitivamente parte dele, tanto que uma norma dirigida a sua realização foi usada para questões de concorrência, e que nesse alargamento podem ter entrado outros elementos que possam vir a ser tidos como liberdades fundamentais, que eram os seus elementos originários. No caso em específico, trata-se da entrada da liberdade de concorrência nesse seletivo grupo.

Na seqüência, observa-se da argumentação da Comissão que anteriormente já tinha decidido o Tribunal que a escolha de uma norma deveria considerar as circunstâncias objetivas. No caso, a norma possuía uma duplicidade de objetivos, o que era plenamente visível no artigo 1º. da Diretiva. Ela perseguia tanto a proteção do meio ambiente como a proteção do funcionamento do mercado interno. Assim, observa-se que o seu objetivo e conteúdo realmente se referiam a dois objetivos, cada qual fundado numa norma determinadora de um processo diferente de elaboração de regras.

Entendia, ainda, essa que o caráter de norma especial do artigo 95 TCE permitia a ele tratar também de matérias relacionadas ao meio ambiente. Uma

---

<sup>96</sup> EPINEY, A. *Op. cit.*, p. 566.

vinculação da diretiva em questão com o objetivo de mercado interno determinaria a sua fundamentação no artigo 95. Por fim, a Comissão ainda reportava o caráter mais democrático do processo levado por esse artigo. Como já foi visto no estudo das normas em específico, a opção por uma delas determina um processo diferenciado em relação ao processo das outras, assim a modalidade de votação no Conselho e o grau de colaboração do Parlamento no processo.

Mais, a Comissão tinha que o Conselho, ao manter-se firme em sua posição, faria com que o artigo 175 TCE fosse apto a autorizar normas relacionadas à concorrência, mas não admitia que o artigo 95 TCE fosse fundamento para a proteção do meio ambiente. Para a Comissão, o ponto central da diretiva era a melhoria das condições da concorrência. Mas isto também não bastava para uma sustentação no artigo 95, pois, como foi visto, havia entendimentos de que a concorrência não era parte do mercado interno. Uma solução geral passa então, primeiro, pela ampliação do mercado interno ou, ao menos, de seu conceito.

O Parlamento Europeu<sup>97</sup> clamava por uma participação mais efetiva no processo, o que só era permitido pelo artigo 95 TCE. Uma sustentação, pelo Conselho, da norma no artigo 175 TCE comprometia a participação do Parlamento, reduzindo-a à prevista nos procedimentos clássicos. O Parlamento ainda se manifestou no sentido de que, havendo duplicidade de normas autorizadoras, deveria a opção recair sob aquela que melhor correspondesse ao especial caráter da norma a ser emitida. Após essa manifestação, ele se questionou se o objetivo do mercado interno envolvia a melhoria das condições da concorrência, ao que respondeu afirmativamente. Seria a relação da medida questionada com o mercado interno um fator determinante para a sua sustentação no artigo 95 TCE.

O Conselho<sup>98</sup> acreditava ter fundado a diretiva na norma condizente e observado o respectivo processo legislativo, já que o introduzido artigo 175 TCE determinava à Comunidade a tarefa do trato de matérias especificamente relacionadas ao meio ambiente, sendo que ela, para o cumprimento desta, daquele se valeria. Nesse contexto, entendia o Conselho que o artigo 95 TCE serviria apenas a outros objetivos. Ele defendia a posição de que o ponto central era a questão ambiental, isto é, o ato servia aos objetivos do artigo 174 TCE, e por tal sustentava a fundamentação da sua emissão no artigo 175 TCE. Essas diferentes classificações promovidas pelos órgãos comunitários demonstrava bem as diferenças de pensamentos entre eles, que por sua vez eram os reflexos das diferentes avaliações dirigidas a cada um dos aspectos tratados no ato em questão.

O Advogado-geral Giuseppe Tesaro<sup>99</sup> entendia que uma regra de aproximação como essa perseguia dois objetivos, mas que, em função de o Tratado expressamente permitir a tomada de medidas relativas ao meio ambiente na esfera de outras competências comunitárias, especialmente na de aproximação das regras legislativas constada do artigo 95 TCE, este era suficiente para ter apoiado a regra. O fato de o artigo 174, n. 2 TCE observar que a necessidade de proteção do meio ambiente devia ser integrada na definição das demais políticas da Comunidade

---

<sup>97</sup> Caso Comissão c. Conselho (Dióxido de Titânio), EuGH, Slg. 1991, p. I-2867, Relatório da Sessão, parte III, apartado 2.

<sup>98</sup> *Idem*, apartado 3.

<sup>99</sup> Requerimento final do Advogado-Geral Giuseppe Tesaro, EuGH, Slg. 1991, p. I-2892-2894.



determinava que medidas nesse sentido também pudessem ser apoiadas noutras regras apoiadoras, nominalmente aquelas que se relacionem à realização do mercado interno. Ainda, entendia Tesouro que uma tal interpretação, mesmo que alargasse a aplicação do artigo 95 pelo Conselho e reforçasse a participação do Parlamento, condizia com os objetivos do AUE de desenvolvimento do processo de integração e de garantia do aumento do caráter democrático no processo de formação de vontades (*Willensbildung*) da Comunidade. Mais, via que uma interpretação restritiva do artigo 95 contraditaria os objetivos do documento acima expostos, bem como que a solução proposta para a questão de nenhum modo prejudicaria o efeito prático do artigo 175 TCE, como a prática já vinha a demonstrar com a emissão de numerosas normas que não se relacionavam nem com a circulação de bens, nem com o estabelecimento de condições de concorrência. Para ele, tampouco o interesse de proteção ao meio ambiente seria prejudicado com tal solução. Por todos esses motivos, o advogado-geral se pronunciou no sentido de que a diretiva tinha sido fundada em uma norma não condizente pelo Conselho e que por tal deveria ser declarada a sua nulidade.

Na decisão, o Tribunal observou que, segundo o artigo 175 TCE, o Conselho decide sobre questões relacionadas ao meio ambiente, que sob o artigo 95 TCE o Conselho emite regras aproximadoras destinadas ao atingimento e funcionamento do mercado interno, bem como que a compreensão deste último prevê condições de concorrência não-falseadas. Também argumentou o Tribunal que a realização desse objetivo passa pela aproximação de normas que possam criar ou manter diferentes condições de concorrência. Justamente com esse fundamento a Comunidade é autorizada a emitir tais regras segundo o artigo 95 TCE.

O Tribunal entendeu que os órgãos não são livres para a escolha do fundamento autorizador da emissão de uma norma, mas que eles devem ater-se ao processo determinado pelo Tratado. Por isso, reforçou que a escolha não deveria ser feita em função do convencimento de um órgão sobre o objetivo desejado, mas sim através de circunstâncias objetivas<sup>100</sup>. Segundo o Tribunal, estas devem resultar dos objetivos e conteúdo do ato jurídico, que no Caso Dióxido de Titânio tanto diziam respeito à proteção do meio ambiente como à remoção de diferenças nas condições da concorrência.

O problema é que a diretiva em questão perseguia dois objetivos, quais sejam, o de proteção do meio ambiente e o de melhoria das condições da concorrência<sup>101</sup>. Assim, segundo seu objetivo e conteúdo, ela se relacionava a objetivos inseparáveis e perseguidos com a mesma intensidade<sup>102</sup>. Enquanto o artigo 175 TCE prevê a ação do Conselho nas questões do meio ambiente, o artigo 95 TCE refere-se às questões relacionadas ao mercado interno. Segundo os artigos 2º. e 3º. TCEE, este mercado engloba condições de concorrência não-falseadas. O alcance desse objetivo passa pela aproximação dos âmbitos que ofereçam perigos pela criação ou manutenção de diferentes condições de concorrência. Com esse fundamento é que o artigo 95 TCE autoriza a Comunidade a tomar medidas de aproximação do direito.

---

<sup>100</sup> Caso Comissão c. Conselho (Dióxido de Titânio), EuGH, Slg. 1991, p. I-2867, Sentença do Tribunal, apartado 10.

<sup>101</sup> *Idem*, apartado 11.

<sup>102</sup> *Idem*, apartado 13.

Por outro lado, uma decisão do Tribunal de 1988<sup>103</sup> determinava que, havendo dois fundamentos para a edição de uma regra, o órgão competente era obrigado a fundá-la em ambas as determinações. Esta jurisprudência, todavia, não encontrou aplicação no presente caso<sup>104</sup>. Uma das regras previa a colaboração do Parlamento e a outra a mera oitiva do referido órgão. Uma fundamentação em ambos os fundamentos prejudicaria o processo de colaboração do Parlamento na edição da medida. Não era possível sustentar a emissão nas duas normas, uma vez que não havia condições de completar todos os requisitos de ambos os processos e nem apenas se valer de um deles, pois são diferentes. Uma sustentação, no caso, nas duas normas, tornaria um dos processos prejudicado<sup>105</sup>. Por isso, o Tribunal afastou uma dupla fundamentação e procurou a norma autorizadora que fosse mais própria.

De um modo geral, a questão que envolve o Parlamento parece ser pequena. Mas como se verá, envolve legitimidade democrática, maior severidade no processo, entre outros aspectos. Em primeiro plano, uma maior participação do Parlamento Europeu no processo seria vista como um reforço ao princípio democrático. Em segundo, um processo que conte com tal participação é mais severo. Também por isso a pretendida diretiva devia ter sido apoiada no artigo 95 TCE.

Por esse motivo, foi colocada a questão sobre qual regra permitiria uma melhor participação do Parlamento, isto é, qual regra seria mais democrática<sup>106</sup>. Além disso, o Tribunal observou que o referido objetivo de proteção do meio ambiente, no caso, não era exclusividade do artigo 175 TCE e poderia ser atingido da mesma forma pelo artigo 95 TCE<sup>107</sup>. A interpretação do Tribunal recaiu sobre o artigo 95 TCE, motivo pelo qual a diretiva foi declarada nula<sup>108</sup>. Esta decisão levou em consideração o princípio democrático.

A decisão também evidenciou que o caso envolveu o fortalecimento da participação do Parlamento no processo de formação da vontade da Comunidade e que uma opção por um ou outro artigo autorizador determinou uma maior participação desse órgão e incidência do princípio democrático. Por isso, uma sustentação em duas regras não era possível. Era, pois, necessário decidir-se por uma das normas<sup>109</sup>. Por todos os motivos aqui reproduzidos, decidiu o Tribunal que o ato deveria ter sido fundado no artigo 95 TCE.

Mas, sobretudo, o Tribunal fundamentou que o desejado mercado interno previsto no artigo 8º. a TCEE tinha como requisito, segundo os artigos 2º. e 3º. do Tratado, um sistema de concorrência não-falseado e fixou que, em função disso, as medidas de aproximação devem ser tomadas sob o fundamento próprio para evitar o perigo de que diferentes regras nacionais criem ou mantenham condições de concorrência falseada<sup>110</sup>.

---

<sup>103</sup> Caso Comissão c. Conselho, EuGH, Slg. 1988, p. 5545.

<sup>104</sup> Caso Comissão c. Conselho (Dióxido de Titânio), EuGH, Slg. 1991, p. I-2867, Sentença do Tribunal, apartado 17.

<sup>105</sup> *Idem*, apartado 18.

<sup>106</sup> *Idem*, apartado 19.

<sup>107</sup> *Idem*, apartado 24.

<sup>108</sup> *Idem*, apartado 25.

<sup>109</sup> *Idem*, apartado 21.

<sup>110</sup> *Idem*, apartado 14.

Fundamentalmente, o Tribunal decidiu que medidas de aproximação de diferenças que poderiam conduzir a falseamento das condições de concorrência ou manutenção destas deveriam ser sustentadas sob o artigo 95 TCE. Assim, a aproximação de normas deturpadoras da concorrência é de ser classificada entre os objetivos do mercado interno e com isso entre os casos que estão abrangidos pelas regras do artigo 95 TCE<sup>111</sup>.

A decisão do Tribunal determinou uma ampla interpretação desse artigo. Fica implícito que o Tribunal não seguiu a tese da limitação do conceito de mercado interno perante o de mercado comum. Também não se declarou pela tese da sinonímia ou do alargamento. Mas uma interpretação mais precisa da decisão deixa transparecer, ao menos implicitamente, que houve uma extensão do conceito de mercado interno, ou segundo o pensamento aqui já externado, uma confirmação que o conceito de mercado interno é maior que o de mercado comum, envolve todos os seus elementos e permitiria uma incorporação de novas liberdades. Caso a questão da introdução da garantia da concorrência no mercado interno pela decisão Dióxido de Titânio fosse questionável, o conceito de mercado interno poderia parecer mais estreito que o de mercado comum<sup>112</sup>.

Certo foi que a opção por uma ou outra norma deveria considerar a compreensão do conceito de mercado interno e sua relação com o de mercado comum. Para facilitar essa compreensão é que eles foram vistos anteriormente. Entre as três possíveis relações entre os conceitos, só a que vê o mercado interno como mais que o mercado comum permite que a concorrência seja abrangida por ele e que o artigo 95 TCE sirva a aproximar situações em que diferentes regras, como as aplicáveis aos resíduos de dióxido de titânio, possam ter como consequência diferentes custos de produção e isso possa conduzir a deturpações da concorrência.

Em primeira análise, essa decisão parecia ter vindo a facilitar a tomada de atos de aproximação. Como sabido, ao artigo 95 TCE basta a maioria qualificada e aos demais implicados é exigida uma unanimidade. Uma maioria no Conselho, então, poderia ser mais facilmente atingida. Mas não. Esta facilidade da maioria tem uma dura compensação, que é o reforço da cooperação do Parlamento no processo de edição de uma norma. Nesse contexto, a opção do Conselho por fundamentar a norma no artigo 175 TCE, mesmo que este requeresse unanimidade, também parecia mais fácil, já que o Parlamento Europeu só precisaria ser ouvido. O afastamento de uma maior contribuição do Parlamento, o que dificultaria o processo, pode ter sido um dos motivos para o Conselho ter sustentado a emissão da regra no artigo 175 TCE, mesmo devendo submeter-se a uma difícil decisão por unanimidade.

Interessante é averiguar que diferença fazia para a Comissão uma diretiva ser editada com base no artigo 95 TCE ou no 175 TCE. Isto é, qual seria a real intenção

---

<sup>111</sup> *Idem*, apartado 15.

<sup>112</sup> Após Dióxido de Titânio, as condições para que a concorrência não seja falseada representam uma característica constitutiva do mercado interno. Partindo dessa premissa, NETTESHEIM observa que “Com o entendimento de que o conceito de mercado interno também envolve condições de concorrência não-falseada, o Tribunal também resolveu *en passant* a pendência introduzida desde o Ato Único Europeu e a relação dos conceitos mercado comum e mercado interno e em todo caso recusou o entendimento que interpreta o conceito de mercado interno como mais estreito que aquele de mercado comum”. NETTESHEIM, M. *Op. cit.*, p. 339.

da Comissão em solicitar a declaração de nulidade de um ato do Conselho. Como objetivos não-velados da Comissão podem ser elencados o desejo de basear a diretiva em uma sua proposta, uma preservação do princípio democrático em uma forma reforçada, fortalecer a alteração trazida pelo AUE no que tange à introdução de um artigo especificamente destinado à realização no mercado interno, fazer o Tribunal reconhecer que o caso era de concorrência e colocá-la dentro dos objetivos perseguidos pelo novo artigo, garantir a busca por um patamar elevado de proteção do meio ambiente, o que se vê no artigo 95, n. 3 TCE, permitir o oferecimento de reservas pelos Estados-membros, à luz do artigo 95, n. 4 TCE, simplesmente certificar-se de que o artigo 95 era o melhor fundamento, e que era este o que deveria ter sido usado como tal, prevenindo disputas futuras, ou ainda meramente não compactuar com uma incompatibilidade baseada em um vício de fundamento. Mesmo que o motivo não fosse o procedimento escolhido pelo Conselho, este foi o encontrado para justificar o pedido de anulação. A idéia é que se a diretiva era adequada, não interessava o artigo no qual ela estava fundada. Sendo ambas as normas autorizadas legais e válidas, bem como capazes de fazer com que a norma editada cumprisse seus objetivos, o fundamento de sua emissão parece ser, em primeiro plano, irrelevante. Não é possível insistir numa fundamentação sobre o artigo 95 TCE só porque este é mais próprio aos objetivos do mercado interno. Ou porque a proposta da Comissão assim havia sugerido. Há de haver argumentos mais fortes. Esse parece residir no grau de participação do Parlamento Europeu no processo. Ao par desse, outros três são aviltados. O primeiro é que o artigo 174, n. 2, frase 2 TCE permite que regras de interesse ao meio ambiente possam ser tomadas em âmbitos de outras políticas. O fato de o artigo 174, n. 2 TCE observar que a necessidade de proteção do meio ambiente devia ser integrada na definição das demais políticas da Comunidade determinava que medidas nesse sentido também pudessem ser apoiadas noutras regras, nominalmente aquelas que se relacionem à realização do mercado interno, como já visto. Segundo, que a garantia de um alto nível de proteção, constada do artigo 95, n. 3 TCE permite que os objetivos relacionados ao meio ambiente, lançados no artigo 174 TCE, sejam satisfatoriamente sustentados no artigo 95, n. 1 TCE. Por fim, e talvez o ponto mais central decorrente dessa decisão para o desenvolvimento desta tese, vale dizer que poderia mesmo a Comissão querer fortemente confirmar que a remoção de distorções da concorrência contribui para a realização do mercado interno. Essa decisão, com essa influência, permite outras reflexões. Não apenas o fato de a concorrência ser parte ou não do mercado interno se mostra como resultado, mas também é possível depreender uma nova classificação para ela e a consolidação da tese de que o mercado interno é um mais em relação ao mercado comum. Dióxido de Titânio pode ter desclassificado a concorrência de uma mera norma apoiadora, de um mero meio para a realização do mercado interno, e tê-la classificado como um elemento puro deste, isto é, como uma liberdade fundamental, além de promover, como condição permissiva a esse entendimento, uma ampliação do conceito de mercado interno.

Dióxido de Titânio promoveu a delimitação entre as regras de aproximação legislativa, especialmente as dos artigos 94, 95 e 175 do TCE. O caso solucionou pendências que vinham sendo discutidas desde o surgimento do AUE, em especial a delimitação da autorização para aproximação legislativa, segundo o artigo 95 TCE, para o mercado interno da aproximação do artigo 94 TCE para o mercado comum, por um lado, e da aproximação segundo o artigo 175 TCE em questões sobre o meio

ambiente, por outro lado<sup>113</sup>. A relação tratada, isto é, a relação entre as autorizações das normas dos artigos 95 e 175 TCE, foi mais complicada que a mera relação vista na parte anterior entre os artigos 94 e 95 TCE. Tanto que só veio a ser solucionada pelo Tribunal e que, como se vê, não somente à disciplina dessa delimitação serviu. Nesse caso valeu a regra de competência onde a intervenção do Parlamento Europeu seja a mais forte<sup>114</sup>. Sob a regra do artigo 95 TCE o Parlamento teria mais importância, pois participaria de um processo de colaboração na emissão de uma norma, e sob a outra autorização haveria apenas uma consulta. Contudo, a delimitação mais evidente em favor do artigo 95 é que a medida melhore os pressupostos de atingimento e funcionamento do mercado interno.

Dióxido de Titânio consagrou, sobretudo, a diferença entre os conceitos de mercado comum e mercado interno. Determinou ao instrumento da aproximação uma importância ainda maior do que a acima vista, pois consolidou que temas que envolvam a concorrência em sua relação com o mercado interno devem ser tratados sob suas disposições. Confirmou que o uso de uma regra destinada ao mercado interno para tratar questões de concorrência estava correto. Com isso, introduziu a concorrência no mercado interno, na condição de liberdade fundamental, que é a conclusão obtida do julgamento.

Resta saber como ficou a linha divisória. Os artigos 174 a 176 TCE, relativos à aproximação das regras do meio ambiente, também foram introduzidos pelo AUE<sup>115</sup>. Isso originou o problema do Caso Dióxido de Titânio. Em função da definição das limitações entre os campos de aplicação dos artigos 95 TCE e 175 TCE pelo Tribunal, este último só deve encontrar aplicação nas normas relacionadas ao meio ambiente que, em função do caráter especial da regra do artigo 95 TCE, não sirvam à realização do mercado interno, e que por isso não encontram a esfera de aplicação deste.

O artigo 95 TCE é destinado aos objetivos do artigo 14 TCE. O alcance destes, mesmo quando se refiram à proteção ambiental, caem na sua esfera de aplicação<sup>116</sup>. Também questões envolvendo circulação de bens, a primeira das liberdades a se consolidar, serão conduzidas sempre para o artigo 95 TCE. Ainda, para EHLERMANN, as questões que envolvam a eliminação de distorções da concorrência, tendo como objetivo o funcionamento e a estabilidade do mercado interno, seguem a mesma aplicação<sup>117</sup>. Essa afirmação não é referência de EHLERMANN ao Caso Dióxido de Titânio, já que o seu artigo é de 1987 e o caso é de 1991. A jurisprudência veio a confirmar esse pensamento doutrinário de que medidas de aproximação devem ser encontradas nos âmbitos que haja perigo que as diferenças criem ou mantenham condições falseadas à concorrência.

---

<sup>113</sup> EVERLING, U. *Abgrenzung der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 100a EWGV durch den Gerichtshof*, p. 179 e EPINEY, A. *Op. cit.*, p. 564.

<sup>114</sup> FISCHER, H. G. *Op. cit.*, p. 1195.

<sup>115</sup> EVERLING, U. Zur Funktion der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft: Vom Abbau der Verzerrungen zur Schaffung des Binnenmarktes. In: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. *et alli* (Hrsg.). *Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, p. 241.

<sup>116</sup> EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 383.

<sup>117</sup> *Idem, ibidem.*

Em um conceito geral, cairiam no artigo 95 TCE todas as regras relacionadas aos objetivos do comércio no mercado interno, e o artigo 94 TCE seria aplicável ao resto das normas<sup>118</sup>, incluindo aí as matérias excepcionadas pelo artigo 95, n. 2 TCE.

A eliminação de outras deturpações na concorrência, não relacionadas ao produto, que afetam e encargam diferentemente as empresas nos Estados-membros, também é tarefa a ser classificada como objetivo do mercado interno<sup>119</sup>. O contrário, isto é, se só as normas relacionadas à livre circulação de bens que afetasse a concorrência estivessem abrangidas pelo artigo 95 TCE, o n. 2 seria parcialmente supérfluo, como já visto.

Para todos os casos envolvendo regras da concorrência, o artigo 95 TCE só pode ser invocado se os campos excetuados pelo artigo 95, n. 2 TCE não estiverem conjuntamente envolvidos. Se estiverem, ainda resta o recurso do artigo 94 TCE, em que essas exceções não estão presentes, pois a igualdade de condições na concorrência é inerente a ambos os conceitos, seja mercado comum ou mercado interno<sup>120</sup>. Se nada couber, há por fim o recurso do artigo 308 TCE.

Em visão manifestada posteriormente ao Caso Dióxido de Titânio, FISCHER resume os pressupostos estabelecidos pelo Tribunal para a aplicação do artigo 95 em respeito à constituição e funcionamento do mercado interno em inexistência de autorizações gerais, a medida deve melhorar os pré-requisitos para o atingimento do mercado interno, a medida deve ter por objetivo e conteúdo a eliminação de barreiras às liberdades ou à concorrência, isto é, deve existir um concreto perigo afetando-as ou a probabilidade da criação de barreiras, e somente alterações sensíveis na concorrência podem ser eliminadas, entre outros<sup>121</sup>.

O significado da decisão pode ganhar até mesmo um valor exagerado<sup>122</sup>. Uma das conseqüências seria ela ter tornado os artigos 94 e 175 TCE de fato obsoletos<sup>123</sup>,

---

<sup>118</sup> EVERLING, U. *Abgrenzung der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 100a EWGV durch den Gerichtshof*, p. 179.

<sup>119</sup> Nesse entendimento, medidas necessárias para a criação de condições jurídicas para a ação transfronteiriça das empresas também estão abrangidas pelo artigo 95 TCE. BARDENHEWER, A.; PIPKORN, J. *Op. cit.*, p. 2246 e 2249.

<sup>120</sup> *Idem*, p. 2249.

<sup>121</sup> FISCHER, H. G. *Op. cit.*, p. 1179.

<sup>122</sup> A doutrina também evidencia algumas deficiências da decisão. Recorda EPINEY que ela observa que a escolha da fundamentação de um ato deve levar em consideração circunstâncias objetivas, que seriam o objetivo e o conteúdo dele. Neste aspecto vê uma dificuldade de ser averiguado o objetivo de um ato, como demonstrou a presença de uma duplicidade de objetivos na diretiva Dióxido de Titânio, e que a decisão também não disciplinou como isso deveria ser feito. Ainda, levando em conta a proibição da fundamentação da emissão de uma norma em dois fundamentos legais, clamou a autora para que a divisão de competências entre as normas autorizadoras fosse transportada para a prática. Por fim, como visto, da decisão resultou também que o artigo autorizador preterido não detém exclusividade para a emissão de normas relacionadas ao meio ambiente. A crítica, neste caso, relaciona-se ao fato de a decisão não ter comportado delimitações entre este âmbito e o de outras políticas. EPINEY, A. *Op. cit.*, p. 568-569.

<sup>123</sup> *Idem*, p. 567. Uma avaliação crítica da decisão também é feita por SCHRÖER, que vê nos fundamentos dela uma série de afirmações não-concludentes. Primeiro, mesmo com toda a fundamentação que a decisão comportou neste sentido, observa uma descrença da eficácia da participação do Parlamento, seja em regime de cooperação ou de mera oitiva, em processos onde a decisão final resida absolutamente no Conselho. Segundo, considerando a alegada possibilidade de também sustentar medidas relacionadas ao meio ambiente no artigo 95 TCE, em função do alto nível

já que todas as normas que servissem à aproximação e à conseqüente criação de iguais condições de concorrência nos Estados-membros deveriam ser fundadas no artigo 95 TCE. Esse fato seria agravado porque quase todas as regras de aproximação encontram relação com questões de concorrência. Aos demais artigos restaria pouca aplicação. De fato, um dos outros entendimentos centrais decorrentes desse caso é que após ele não apenas a aproximação de normas relacionadas aos produtos, mas de todas as normas nacionais, cujas diferenças falseiem a concorrência entre os participantes do mercado dos diferentes Estados-membros, caem sob a aplicação do artigo 95 TCE e não mais sob o artigo 94 TCE<sup>124</sup>. Isso se passa mesmo quando o processo de aproximação tenha objetivos relacionados ao meio ambiente. Assim, a aplicação dos artigos 94 e 175 e seguintes restou limitada, ainda que tal restrição não tivesse fundamento no AUE.

Outra seria observar o fim do proclamado déficit democrático da Comunidade, uma vez que a decisão garantiu de forma absoluta o uso de processo legislativo incapaz de afastar a cooperação do Parlamento Europeu. Isso equivale a dizer que nem mesmo o objetivo de aproximação das normas pode ultrapassar a disciplina do Tratado, no caso, afastar o Parlamento de um papel principal.

A decisão, como já visto, permite mais reflexões. Não apenas o fato de a concorrência ser parte ou não do mercado interno se mostra como resultado, mas também é possível depreender uma nova classificação para ela. Dióxido de Titânio pode ter desclassificado a concorrência de uma mera norma apoiadora, de um mero meio para a realização do mercado interno, e tê-la classificado como um elemento puro deste, isto é, como uma liberdade fundamental, tamanho o esforço argumentativo que foi promovido.

A possibilidade de aproximar as condições da concorrência pelo artigo 95 TCE alarga sobremaneira o conceito de mercado interno. E mais, contribui para o esclarecimento de que o mercado interno não pode ser visto de forma mais reduzida que o mercado comum. Numa visão limitada, ele apenas abrangia o que estava disciplinado no artigo 14 TCE. E com Dióxido de Titânio foi invocada uma regra destinada à aproximação dos elementos contidos no seu conceito também para aproximar outros âmbitos. Quer isso claramente dizer que esses outros âmbitos estavam, pelo menos a partir de então, nele contidos. Daí só é possível compreender que ele foi alargado.

Caberia questionar se teria o Tribunal infringido o artigo 14 TCE do Tratado, que assegura apenas quatro liberdades como figurantes do conceito de mercado interno, ao dizer que a concorrência é afeta ao artigo 95 TCE, e por isso está incluída

---

de proteção garantido pelo artigo 95, n. 3 TCE e da não-exclusividade do trato de tais matérias pelo artigo 175 TCE, a decisão não determina claramente que matéria tem preferência em relação à outra, se a do meio ambiente ou a de mercado interno. As alegações ou tomadas de posições na decisão apresentam, ademais, conseqüências que não podem ser relegadas. Uma delas seria a redução do âmbito de aplicação do artigo 175 TCE, mormente pelo fato de que apenas questões de fauna e flora poderiam receber a aplicabilidade indubitável desta norma autorizadora. Entre todas as relacionadas ao meio ambiente, apenas estas não teriam uma paralela implicância nas liberdades fundamentais ou nos comportamentos concorrenciais, o que, por sua vez, as colocaria sob a regra do artigo 95 TCE. SCHRÖER, Thomas. *Mehr Demokratie statt umweltpolitischer Subsidiarität? – Anmerkung zum Titandioxid-Urteil des EuGH*, p. 360-366.

<sup>124</sup> EVERLING, U. *Op. cit.*, p. 181.

no mercado interno, o que na visão deste trabalho é considerá-la uma liberdade fundamental. Embora válido o questionamento, o Tribunal não recebeu nenhuma causa nesse sentido.

Em função de todos os esforços realizados e conclusões, acrescidas da demonstrada influência, implicância e importância da concorrência para o mercado interno, se permite afirmar que a concorrência, ao ingressar no mercado interno, passou a ser uma liberdade fundamental. Interpretações doutrinárias nesse sentido já foram vistas. Nesta parte foi estudado um caso jurisprudencial. Incertezas remanescentes a esse pensamento serão rebatidas na parte final deste capítulo, a seguir.



## **1.4. CONSOLIDAÇÃO DA QUINTA LIBERDADE FUNDAMENTAL**

Após ter sido visto na doutrina e na jurisprudência que a concorrência é parte integrante do mercado interno, resta averiguar o que ainda a impediria de ser entendida como uma liberdade fundamental. Isto é, que argumentos poderiam ser indicados para contradizer a idéia de que a liberdade de concorrência é uma liberdade fundamental? Em verdade, eles existem ou podem mesmo ser vislumbrados. Com esse objetivo, o seguimento deste capítulo levantará algumas evidências impeditivas dessa visão e, ao final de cada uma, será promovida a respectiva argumentação contrária.

A primeira é oriunda da relação da liberdade de concorrência com as demais políticas comunitárias. Como já apontado, normalmente ela é apresentada pela doutrina como uma política. O estudo, nesse aspecto, objetiva averiguar a relação em especial com determinadas políticas e estabelecer uma preferência da liberdade de concorrência entre elas. Uma preferência justificaria a argumentação de que a principal política pudesse ser elevada à categoria de liberdade fundamental.

A segunda argumentação leva em consideração a eventual existência de mercado comum em economias planificadas, nas quais não houvesse uma concorrência. A não-imprescindibilidade da concorrência em tais economias torná-la-ia um elemento dispensável para um mercado comum.

A terceira argumentação refere-se à provável ausência de caráter transfronteiriço no elemento concorrência, pelo seu não-transpasse da fronteira, pois esta não seria um objeto material, físico, palpável. Esse caráter é intrínseco às liberdades, como foi apontado por ocasião do seu estudo em particular, sendo até umas das variantes da dogmática que permitiria a entrada da concorrência nesse rol.

O estudo, ainda, sobremaneira, promoverá o combate a outras teses, de separação dos temas, como a da linha divisória. Segundo essa argumentação, as regras das liberdades fundamentais e as da liberdade de concorrência têm destinatários distintos. Essa divisão faz com que a doutrina aponte que os temas são coisas distintas. Por certo, a inclusão da liberdade de concorrência no rol das liberdades fundamentais passa pela eliminação dessa divisão, o que aqui é realizado com argumentações fundadas em teorias de publicização, privatização, complementaridade e aplicação combinada dos artigos 3º, n. 1, 10, 81 e 82 TCE.

### **1.4.a) A preferência da liberdade de concorrência entre as políticas**

Este tópico deseja demonstrar a preferência da liberdade de concorrência entre as políticas, a sua suprema relevância para o mercado interno e uma provável elevação da mesma, na condição de principal política, à categoria de elemento do mercado interno, isto é, à categoria de liberdade fundamental.

O pensamento inicial é que tudo o que serve para auxiliar a realização do mercado comum ou do mercado interno é considerado regra apoiadora (*flankierende Regeln*). Entre estas se encontram, sobremaneira, as políticas comunitárias<sup>1</sup>.

As políticas da Comunidade constaram do artigo 3º. TCEE e eram reguladas na Parte III do TCEE. Inicialmente foram desenvolvidas com o auxílio da norma de autorização geral do artigo 308 TCE. Posteriormente, com o Tratado da União Européia, adquiriram um outro status.

O catálogo das ações da Comunidade, constado do artigo 3º. TCE, hoje apresentado em 21 letras (*a a u*), contém políticas que não sofreram alterações, outras que as sofreram em suas redações, bem como outras bem novas<sup>2</sup>. Entre as que não sofreram modificação alguma está a de concorrência, constada em linhas gerais no artigo 3º, letra g, que pode, assim, ser tida como uma das antigas da Comunidade.

O TUE introduziu poucas alterações na questão da concorrência<sup>3</sup>. A alínea f do artigo 3º. TCEE, que previa “o estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum” passou a ser alínea g, com uma redação levemente alterada, já que perdeu a palavra estabelecimento. O artigo 87, n. 3 TCE, recebeu uma nova alínea d e a de então passou a ser a e. Ainda, o artigo 89 TCE passou a ter uma redação diferente. Entre as políticas novas ou que foram reforçadas por ele são de fundamental importância a no domínio do ambiente, constada dos artigos 3º, letra l, e 174 a 176 TCE, a de defesa dos consumidores, dos artigos 3º, letra t, e 153 TCE, e a de cultura, dos artigos 3º, letra q, e 151 TCE.

Os entendimentos tradicionais veem quatro liberdades fundamentais e colocam a questão da concorrência entre as políticas. Assim faz também o Tratado, positiva e negativamente. Positivamente, situando-a no capítulo das políticas. Negativamente, não a tendo relacionado como liberdade fundamental. Nesse sentido, a concorrência, cujo regramento se encontra nos artigos 81 a 89 TCE, seria uma regra apoiadora da consecução dos objetivos do Tratado. O artigo 28 é a regra apoiadora geral e as demais são as específicas, como o capítulo da concorrência. Outras regras apoiadoras são as dos artigos 90 a 93, 105 e seguintes, 98 e seguintes, 131 e seguintes, 135, 61 e seguintes, 65, 136 e seguintes, 158 e seguintes, 154 e seguintes, por exemplo. As liberdades fundamentais precisam dessas regras para serem realizadas. Elas auxiliam a formação do mercado comum e evitam que ele seja conturbado por práticas não admitidas pelo Tratado.

O estudo do Caso Dióxido de Titânio também poderia ter sido visto como um conflito entre políticas, assim a de meio ambiente e a de concorrência<sup>4</sup>. A solução dessa questão foi trazida a pouco. Todavia, se algumas palavras devessem ser novamente dirigidas a ela, valeria dizer que o Tratado original não contemplou em seus dispositivos o ordenamento da política do meio ambiente. Só o Ato Único

---

<sup>1</sup> Sobre políticas comunitárias ver a obra abrangente de OLIVEIRA, Odete Maria de. *União Européia: processo de integração e mutação*, p. 201-448.

<sup>2</sup> BISCHOF, Hans Helmut. *Europarecht für Anfänger*, p. 10.

<sup>3</sup> SCHMIDT, André. *Die europäische Wettbewerbspolitik nach dem Vertrag von Amsterdam*, p. 133.

<sup>4</sup> Este conflito, sem referência ao caso citado, é estudado em NOWAK, Carsten. *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags und der Umweltschutz: Grundfreiheitenliche Schrankensystematik im Lichte der EG-Umweltverfassung*, p. 384-393.

Europeu incorporou a matéria, que foi ampliada pelo TUE. O seu objetivo é caracterizado por conservar, proteger e melhorar a qualidade do meio ambiente, contribuir à proteção da saúde das pessoas e garantir prudente e racional utilização dos recursos naturais. Ocorre que nem todos os Estados executam os instrumentos legislativos postos a serviço da promoção desses objetivos. A relação da concorrência com a política do meio ambiente reside justamente no cumprimento de normas que possam aproximar as desigualdades nas condições de concorrência, como as vistas por oportunidade do estudo do Caso Dióxido de Titânio. Muitas dessas normas partem da política comunitária e se chocam com o modelo capitalista.

Conflitos entre o objetivo de liberdade de concorrência e outras políticas também existem. Para uma confirmação da elevação da liberdade de concorrência à categoria de liberdade fundamental, é necessário primeiro eliminar as dúvidas sobre a preferência da concorrência entre as políticas, suas até então pares, já que essa classificação é a mais comum a ela dirigida. Uma retirada da concorrência da classificação de política, fundada em uma supremacia sobre as outras, poderia permitir uma elevação dela a este outro grupo de elementos do mercado comunitário.

A relação da concorrência com os seus tradicionais pares<sup>5</sup> assume três estágios. O primeiro envolve uma homogeneidade entre as políticas. Ao discutir a questão da hierarquia em direito econômico comunitário, BAQUERO CRUZ observa que o entendimento das políticas como uma realidade homogênea não é de todo pacífico. Em um eventual conflito de normas que dão efeito às fontes do direito comunitário, terão primazia as diretamente aplicáveis. Assim, “entre as normas constitucionais, aquelas que gozam de um efeito direto e amplo campo de aplicação, são fundamentais”<sup>6</sup>. Esse requisito mantém o caminho aberto para que a liberdade de concorrência seja primaz. Com essa argumentação, vê-se ainda um novo ponto de igualdade entre liberdades e concorrência. Ambos os regramentos, os dois grupos normativos centrais do direito constitucional econômico comunitário, têm normas de efeito direto. Da mesma forma, discutindo argumentos de que os objetivos da Comunidade relativos à concorrência e à livre circulação não são mais que dois objetivos entre muitos outros e não ocupam um lugar mais importante no sistema do Tratado, observa o autor que ao menos para a Comunidade esses objetivos são mais importantes que outros<sup>7</sup>. O caráter especificamente comunitário e a aplicabilidade direta de algumas normas afasta uma homogeneidade entre elas.

A segunda manifestação refere-se às posições contrárias a uma preferência da concorrência entre as políticas. Ela exerceria uma função marginal e de acompanhamento. Ademais, uma intromissão dela nos limites das outras políticas perigaria o atingimento dos objetivos gerais do Tratado e seria incompatível com o ordenamento comunitário, como expressa SCHRÖTER<sup>8</sup>. MÖSCHEL, ao comentar o objetivo de reforço da capacidade concorrencial da indústria, também observa que ao

---

<sup>5</sup> Ver estudo sobre esta relação em SCHRÖTER, Helmuth. Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 94. In: von der GROEBEN, Hans; THIESING, Jochen; EHLERMANN, Claus-Dieter. *Kommentar zum EWG – Vertrag*, p. 1311-1318.

<sup>6</sup> BAQUERO CRUZ, Julio. *Entre competencia y libre circulación: el derecho constitucional económico da la Comunidad Europea*, p. 131.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 140. Ver ainda DREHER, Meinrad. *Der Rang des Wettbewerbs im europäischen Gemeinschaftsrecht*, p. 658.

<sup>8</sup> SCHRÖTER, H. *Op. cit.*, p. 1312.

menos formalmente este possui a mesma preferência que o objetivo da concorrência. Já outras políticas, agora misturadas com a da concorrência, podem ocasionar a esta, com o tempo, uma relativização de sua posição<sup>9</sup>.

Mesmo ante o exposto, a conclusão aqui buscada é que entre as regras apoiadoras, especialmente entre as políticas, a liberdade de concorrência é apontada como a principal. A simples presença de um regramento de concorrência, nesse sentido, não relega a esta uma posição marginal. De fato, a terceira manifestação é a da preferência da liberdade de concorrência entre as políticas, o que permitiria ser pensado em uma elevação dessa principal política. Para tanto, é insuficiente um exercício mental isolado. É necessário tomar algumas determinadas políticas em consideração. Essas serão a do consumidor, a econômica e monetária, a agrícola, a política comercial comum e a industrial, na qual residem os maiores problemas.

### *1. A relação da concorrência com a política comunitária dos consumidores*

A relação da concorrência com o tema consumidor, ou a necessária correlatividade, interdependência<sup>10</sup>, indissociabilidade<sup>11</sup> e indivisibilidade<sup>12</sup> é concentrada em duas linhas. A primeira é a observação dos interesses do consumidor na aplicação das regras da concorrência e a segunda é o desenvolvimento da política comunitária propriamente dito.

Os interesses dos consumidores são observados em várias oportunidades, especialmente na definição do mercado do produto e dos critérios de substituíbilidade e na avaliação dos direitos de isenção das proibições do Tratado<sup>13</sup>. Ainda, uma outra observância é condizente ao respeito pelos vendedores e fornecedores das normas de proteção dos consumidores<sup>14</sup>, especialmente o direito de informação, pois um não-cumprimento poderia gerar distorções nas condições de concorrência. Com um maior grau de liberdade de comércio, o que gera um maior grau de concorrência, “mais preservados se encontrarão os direitos do consumidor relativos à quantidade, qualidade e excelência dos bens e serviços que estes consumidores receberão (...)”, segundo a lição de INCHAUSTI<sup>15</sup>.

O controle promovido por autoridades de concorrência almeja manter desconcentradas as estruturas de mercado, de modo a reduzir a autonomia excessiva de alguns participantes, incrementar a concorrência, a competição, a melhoria da qualidade dos produtos e serviços e beneficiar, com a redução de custos, o consumidor final. Normalmente, os atos somente são aprovados se ficar demonstrado

---

<sup>9</sup> MÖSCHEL, Wernhard. *Reform des europäischen und des deutschen Kartellrechts*, p. 250.

<sup>10</sup> INCHAUSTI, Juan Ignacio. Protección de los derechos del consumidor en la Unión Europea y en el Mercosur. In: *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2*, p. 109.

<sup>11</sup> DUTOIT, Bernard. *O direito da concorrência desleal e a relação da concorrência: uma dupla indissociável? Uma perspectiva comparativa*, p. 28-42.

<sup>12</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Der MERCOSUL als Marktregelung. In: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000*, p. 44-46.

<sup>13</sup> WAELBROECK, Michel; FRIGNANI, Aldo. *Derecho Europeo de la competencia*, p. 27-28.

<sup>14</sup> Questões sobre se o nível de proteção oferecido pelas regras de concorrência aos consumidores é adequado ou se deveriam estes ser mais beneficiados foram discutidas em LANG, John Temple. *European Community Competition Policy: how far does it benefit consumers*, p. 128-133.

<sup>15</sup> INCHAUSTI, J. I. *Op. cit.*, p. 109 e 170.

que a transação acarreta benefícios para o consumidor maiores do que as eventuais restrições à concorrência<sup>16</sup>. Isto é claramente visível no ordenamento comunitário.

Antigamente se pensava que as afetações à concorrência eram um ilícito em si. Hoje já se observa que há hipóteses em que o consumidor é mais beneficiado, mesmo que haja a retirada de um agente do mercado, reduzindo dessa maneira suas possibilidades de escolha. Esse procedimento permissivo é a regra da razão (*rule of reason*), surgida nos Estados Unidos da América, em 1911, segundo a qual passaram a ser condenadas apenas as restrições desarrazoadas à concorrência<sup>17</sup>.

Dentre as situações conhecidas como condutas anticoncorrenciais autorizadas, encontram-se o fortalecimento da indústria nacional, o que justifica uma fusão, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade, o desenvolvimento tecnológico ou econômico, as práticas fundadas em motivo preponderante para a economia nacional e os benefícios equitativos entre empresas e consumidores finais<sup>18</sup>, como redução dos preços e aumento da eficiência. Sobretudo, determinadas práticas serão aprovadas especialmente se estiverem em conformidade com o interesse do consumidor<sup>19</sup>. E as leis devem prever essas alternativas. Pela sua importância em uma análise com vistas à autorização de um procedimento, a seguir será pontificado qual é esse interesse.

Qualquer prática concorrencial se torna suscetível de, em tese, afetar os interesses do consumidor, pois pode acarretar a supressão de um ou mais agentes econômicos no mercado, reduzindo as oportunidades de escolha do consumidor<sup>20</sup>. Conforme a dimensão da operação, sendo ela capaz de provocar distorções nos mercados e afetar a livre formação dos preços, independentemente da forma de sua manifestação, ela precisa ser levada à aprovação perante a autoridade competente<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> A título de exemplo, duas empresas, ao reunirem seus patrimônios, seus esforços, suas tecnologias, podem auferir ganhos de escala maiores que se operassem de forma isolada. Não há dúvida que a concentração de empresas acarreta o fortalecimento da economia, mas não se pode descurar os direitos do cidadão enquanto consumidor ou usuário de bens e serviços. Por outro lado, os interesses do Estado não podem sobrepor-se aos direitos dos consumidores e ao direito de acesso ao consumo. Estes limites são de análises por demais estreitas. Pode haver a situação que, mesmo sendo lesionado, o valor maior a ser pesado é o ato de disponibilizar o produto no mercado consumidor. VAZ, Isabel. *Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas*, p. 222-230.

<sup>17</sup> O desenvolvimento deste direito nos Estados Unidos da América pode ser acompanhado em RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. Análisis comparado del derecho de defensa de la competencia: I parte – el tema en los Estados Unidos. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 71-72.

<sup>18</sup> FONSECA, José Júlio Borges da. *Disciplina da concorrência nas operações de concentração empresarial*, p. 35.

<sup>19</sup> Sobre o fato de o interesse do consumidor justificar a concentração ver MELEDO-BRIAND, Danièle. *A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência*, p. 39-59, entre outros apontados ao longo deste trabalho.

<sup>20</sup> VAZ, I. *Op. cit.*, p. 220. AVERITT e LANDE formulam uma proposta de teoria unificada entre o direito antitruste e o direito do consumidor fundada no exercício da escolha pelo consumidor, o que passa por uma mudança no foco da atual ênfase administrativa e judicial apenas no preço. AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. *A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor*, p. 27-49. Ver ainda PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Bem-estar dos consumidores e repressão a cartéis liderados por associações e sindicatos*, p. 14 e CARPENA, Heloisa. *O direito de escolha: garantindo a soberania do consumidor no mercado*, p. 154-171.

<sup>21</sup> Através do conhecido dever de notificar. FONSECA, J. J. B. da. *Op. cit.*, p. 30.

Só esse procedimento constitui condição da legitimidade do ato, cuja negligência acarreta aos infratores pesadas multas e processos administrativos. O pedido que visa a aprovação da prática tem sempre prazo a cumprir, geralmente vinculado à data da sua consumação.

A tarefa se torna difícil quando se almeja conciliar a efetividade da defesa do consumidor com a tendência mundial de formação e fortalecimento de megaempresas, pois, como no caso do Brasil, por exemplo, tanto a livre concorrência quanto a defesa do consumidor adquiriram status de princípios constitucionais a serem respeitados<sup>22</sup>, já que são normas de igual valor hierárquico<sup>23</sup>. Impõe-se um chamado balanceamento econômico<sup>24</sup>, uma compatibilização para a solução dos conflitos entre os princípios.

Evidenciando, vê-se que uma das primeiras preocupações das autoridades ao analisarem uma concentração de empresas, seja ela nacional ou comunitária, consiste na busca de mecanismos capazes de salvaguardar os direitos do consumidor<sup>25</sup>. Também um ato pode ser aprovado pela evidência que beneficie o consumidor ou lhe reserve uma parte razoável do lucro resultante, o que é, para alguns autores europeus, o objetivo final e o critério de aplicação do direito de concorrência<sup>26</sup>, hipótese inclusive prevista no Tratado de Roma<sup>27</sup>. Devido a isso, há os que vêem as autoridades também como órgãos de defesa do consumidor<sup>28</sup>, pois a lesão de um consumidor pode ser a evidência de uma prática abusiva, cujos efeitos sobre o mercado denotam o abuso de posição dominante<sup>29</sup>. LOPES, por exemplo, afirma que o consumidor é o centro do direito da concorrência, já que sua proteção permeia toda a discussão deste<sup>30</sup>. Segundo MELEDO-BRIAND, ao se considerar efetivamente que a satisfação dos consumidores é a finalidade última da atividade econômica e o consumidor enquanto destinatário final das regras de mercado como elemento da dinâmica de mercado, poderá se concluir que o direito da concorrência, ao tê-los como beneficiários finais, serve igualmente aos interesses dos consumidores<sup>31</sup>.

---

<sup>22</sup> Em relação à defesa do consumidor ver MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 577-578. Em relação à livre concorrência ver MAGALHÃES, José Carlos de; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. *A concentração de empresas e a competência do CADE*, p. 32-33 e OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*, p. 21.

<sup>23</sup> VAZ, I. *Op. cit.*, p. 223.

<sup>24</sup> MELEDO-BRIAND, D. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>25</sup> VAZ, I. *Op. cit.*, p. 220 e 231.

<sup>26</sup> Como para MELEDO-BRIAND, D. *Op. cit.*, p. 41 e seguintes. Mais doutrina favorável e contrária a este pensamento está citada em CARPENA, H. *Op. cit.*, p. 164-168.

<sup>27</sup> Nos direitos nacionais esta relação também existe. No Reino Unido observa-se que a preocupação com o consumidor integra o direito da concorrência e foi reforçada pelo *The consumer Act* de 1974. Já no direito francês os dois regramentos perseguem paralelamente os seus objetivos, havendo várias disposições legais interconectadas. MELEDO-BRIAND, D. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>28</sup> Como LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito da concorrência e direito do consumidor*, p. 80.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 82.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 86.

<sup>31</sup> MELEDO-BRIAND, D. *Op. cit.*, p. 41. BORK, por sua vez, é mais explícito ao afirmar que o único parâmetro válido para autorizar a concentração é o bem-estar do consumidor. BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*, p. 69. Ver ainda FONSECA, J. J. B. da. *Op. cit.*, p. 28 e FONSECA, J. J. B. da. *Análise do regime jurídico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE*, p. 28. Mas vale esclarecer que o interesse do consumidor individualmente considerado não é o objetivo primordial, isto é, em todos os casos levados a uma instituição o interesse do consumidor ou o progresso econômico deve dizer respeito ao conjunto da coletividade. MELEDO-BRIAND, D. *Op. cit.*, p. 57.

Por derradeiro, já em encaminhamentos finais desse paralelismo entre o interesse dos consumidores e práticas concentracionistas, é devida menção a instrumentos como, no caso do ordenamento brasileiro, o do compromisso de desempenho<sup>32</sup>, que tem se constituído numa das principais garantias de defesa do consumidor<sup>33</sup> e da concorrência. Há, todavia, outros mecanismos postos à disposição da sociedade como meio de defesa das prerrogativas dos usuários e consumidores de bens e serviços. Mas este exige que os benefícios decorrentes da transação sejam distribuídos equitativamente entre as empresas e os consumidores finais. Fica-se com a idéia que o direito da concorrência serve e protege os interesses dos consumidores<sup>34</sup>.

O segundo viés da relação entre a concorrência e a política do consumidor é dado pela previsão propriamente dita de uma tal política em ambiente comunitário<sup>35</sup>. A proteção dos interesses dos consumidores não relacionados com as práticas anti-concorrenciais não aparecia nos tratados constitutivos. A defesa e promoção desses direitos substantivos como garantias necessárias no processo de construção e consolidação do mercado interior só foi incorporada em definitivo no texto do Tratado da União Européia, o qual estabelece medidas concretas, executadas pelos Estados-membros, a fim de proteger a saúde, segurança e os interesses referidos. Esses são os temas abrangidos pela política comunitária dos consumidores. Com isso, a compatibilização daqueles interesses na Comunidade Européia passou a ser fruto do desenvolvimento dessa política<sup>36</sup> e não apenas das regras de isenção das proibições às práticas concentracionistas tidas até então.

A referida política é oriunda de diversos planos editados e cumpridos ao longo dos anos. Neles são definidas as grandes linhas e os projetos que devem ser perseguidos e atingidos durante um determinado espaço de tempo. Os antecedentes dessas orientações remontam a 1968<sup>37</sup> e constam de um informe do Parlamento Europeu. Já as principais orientações efetivas da ação comunitária para os consumidores foram estabelecidas num programa preliminar, contido na Resolução do Conselho de Ministros da Comunidade Européia de 14 de abril de 1975, chamado de

---

<sup>32</sup> Sobre ele ver PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito de concorrência*, p. 143-160; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial e as estruturas*, p. 290-297; OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 267 e seguintes; WATANABE, Kazuo. Capítulo I: Disposições Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 763-764 e FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 893-906.

<sup>33</sup> VAZ, I. *Op. cit.*, p. 227 e 228-230.

<sup>34</sup> Conclusão que é de CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*, p. 61.

<sup>35</sup> Ver o tema em OLIVEIRA, O. M. de. *Op. cit.*, p. 435-439; em DRUESNE, Gérard. *Droit de l'Union Européenne et politiques communautaires*, p. 555-560 e em MATHIJSSEN, P. S. F. R. *A guide to European Union law*, p. 397-400.

<sup>36</sup> Ver uma abordagem com mais detalhes em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de direito da integração e comunitário*, p. 215-218.

<sup>37</sup> MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, p. 658.

Primeiro Programa sobre Informação e Proteção dos Consumidores<sup>38</sup>, referido a cinco direitos fundamentais<sup>39</sup>.

No período inicial, a proteção do consumidor estava ligada a uma competência para defender diretamente a concorrência leal e apenas indiretamente o consumidor<sup>40</sup>. Os resultados desse programa nos dez anos vindouros se traduziram na adoção de uma série de diretivas<sup>41</sup> que apresentaram importantes inovações ao tema, agasalhando um conjunto de proteção efetiva ao consumidor, a servir como baliza no continente europeu<sup>42</sup>.

Posteriormente, uma Resolução do Conselho, de 1981, introduziu um segundo Programa Novo Impulso à Política<sup>43</sup> de informação e proteção dos consumidores, que se estendeu do seu lançamento até o ano de 1986.

Na seqüência, surgiu um Terceiro Programa de Consumo, compreendido entre os anos de 1986 e de 1990. É durante essa época que surge um dos mais importantes documentos comunitários, o já referido Ato Único Europeu, de 1987.

Seguindo essa orientação, durante o Quarto Programa de Consumo (1990-1992) foi aprovado o Primeiro Plano Trienal de Ação de 1990<sup>44</sup>, contendo assuntos como representação e participação ativa, informação do consumidor e seguridade e um marco jurídico uniforme para as transações transfronteiriças.

---

<sup>38</sup> Ou Programa Preliminar da Comunidade Econômica Européia para uma Política de Proteção e Informação dos Consumidores. MARQUES, C. L. *A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral*, p. 703.

<sup>39</sup> Ver o rol em MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 658 e em INCHAUSTI, J. I. *Op. cit.*, p. 139-140.

<sup>40</sup> MARQUES, C. L. *Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 – notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor*, p. 54-55.

<sup>41</sup> COMUNIDADES Europeias: Comissão. *Os direitos dos consumidores no mercado comum*, p. 6. Segundo MARQUES, “Os princípios que guiam a atuação legislativa e interpretadora dos órgãos da UE em matéria de consumo e de outros temas de direito privado são os da liberdade de circulação de produtos, serviços, pessoas e capitais (as quatro liberdades da UE) e o da proibição de discriminação (princípio da isonomia de tratamento ou tratamento como produto nacional)”. MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 59. Uma enumeração de diretivas pode ser vista em MARQUES, C. L. *A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral*, p. 704-705; em MARQUES, C. L. *Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 – notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor*, p. 61 e em BISCHOF, H. H. *Op. cit.*, p. 16 e 120. Ainda com respeito à atividade legislativa, interessante é a questão enfrentada pela Comunidade Européia durante os estudos para a elaboração de um ato comunitário de proteção ao consumidor, especialmente quanto a qual dos atos elencados pelo Tratado de Roma seria o mais indicado para comportar os assuntos e o desejo de uma aproximação legislativa na matéria. Estando a questão da necessidade de adoção de medidas aproximadoras a critério das instituições, a forma de diretivas se mostrou como a mais coerente, pela finalidade e pela natureza das normas, que não são diretamente aplicáveis. MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 660.

<sup>42</sup> SOUZA, James J. Marins de. *A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto e do serviço*, p. 59.

<sup>43</sup> Sobre o número total de programas realizados e as datas compreendidas entre eles, bem como a própria classificação da política dos consumidores em programas editados, é necessário observar que a doutrina diverge muito. Para alguns autores os planos foram três e para outros foram mais. Como referência ver MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 656-686; COMUNIDADES Europeias: Comissão. *A Europa de A a Z*, p. 157-158 e INCHAUSTI, J. I. *Op. cit.*, p. 138-155.

<sup>44</sup> MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 663.



Em que pese o esforço na regulamentação da defesa do consumidor, em definitivo uma proteção só vem a aparecer em tratados com o da União Européia, cujo artigo 153 TCE considera a proteção do consumidor um dos objetivos políticos fundamentais da Comunidade. Com este e com o de Amsterdam é que a proteção assumiu uma competência direta, proporcional e subsidiária para a defesa dos interesses dos consumidores.

Após o importante primeiro avanço no ordenamento comunitário, um Quinto Programa de Consumo (1993-1995) foi lançado. Durante este é que a Comissão aprovou o Segundo Plano Trienal de Ação, de 1993, sobre a proteção dos consumidores. Também o ano de 1994 ficou marcado como o da publicação do Guia do Consumidor Europeu no Mercado Comum.

Já em época mais recente, a Comunidade esteve com as atenções voltadas para o Sexto Programa de Consumo, que se estendeu de 1996 a 1998, e para o Plano de ação política para 1999-2001<sup>45</sup>. Contudo, todo esse processo foi longo e moroso, pois colidia com grandes interesses econômicos<sup>46</sup>.

Por fim, uma menção há de ser feita ao Plano Quinquenal de Ação para 2002-2006, que prevê três objetivos centrais para serem realizados, quais sejam o asseguramento de um elevado nível comum de tutela da posição jurídica do consumidor, a aplicação efetiva das regras que conformam o seu estatuto comunitário e a participação das instituições de consumidores na definição das políticas empreendidas no seio da Comunidade<sup>47</sup>.

No exposto acima foi dimensionado o peso do interesse do consumidor na eventual aprovação ou não de uma prática restritiva, tendo sido afirmado que o benefício ao consumidor é o objetivo final do direito da concorrência, regulador dos processos aqui analisados. Não há maiores conflitos nessa relação e a questão da preferência pode resumir-se à observação pelas regras da concorrência do interesse do consumidor, por vezes apontado como o único realmente relevante.

## *2. A relação da concorrência com a política econômica e monetária*

A avaliação da relação da concorrência com a política econômica em um estudo que pretende a supremacia de uma delas poderia iniciar com a pergunta se não seriam as regras da união econômica e monetária as principais regras apoiadoras. E a resposta negativa é bem simples de ser encontrada. Havia mercado comum sem essas regras. Mas eram difíceis as transações comerciais por causa das diferentes cotações. Isso não quer dizer, contudo, que a união econômica e monetária fosse imprescindível

---

<sup>45</sup> Cujas prioridades podem ser consultadas em MARQUES, C. L. *Qual o futuro do Direito do Consumidor?*, p. 225-234 e em MARQUES, C. L. *Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 – notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor*, p. 74-75.

<sup>46</sup> COMUNIDADES Europeias: Comissão. *Op. cit.*, p. 158.

<sup>47</sup> Um descrição detalhada do Plano é feita em FROTA, Mário. *O Tratado de Nice e o plano quinquenal de acção (2002-2006)*, p. 31-54. Mais informações podem ser obtidas em [http://europa.eu.int/comm/consumers/overview/cons\\_policy/index\\_pt.htm](http://europa.eu.int/comm/consumers/overview/cons_policy/index_pt.htm).

para tal mercado<sup>48</sup>. Já a liberdade de concorrência é tida como imprescindível. Como será visto, não há mercado, na concepção aqui estudada, sem concorrência.

A política econômica é regulada pelos artigos 98 a 104 TCE<sup>49</sup>. Ela envolve medidas da Comunidade dirigidas à integração econômica, bem como às políticas agrária e social. Também se fundamenta essencialmente na cooperação e coordenação das políticas dos Estados-membros. O primeiro passo foi o cumprimento de critérios convergentes. Em seguida, objetivou-se uma estabilização das economias nacionais. O TUE dividiu os assuntos de política comercial e política econômica e monetária em partes distintas, pois na versão original eles estavam envolvidos no conceito de política econômica no artigo 4º, n. 1 TCE.

Por outro lado, os artigos 105 a 124 contêm os fundamentos jurídicos da política monetária<sup>50</sup>. Esta se encontra ligada a determinações exclusivas da Comunidade. Com a moeda única<sup>51</sup>, os Estados perderam o controle sobre a quantidade de dinheiro em circulação, a capacidade para estabelecer tipos de encargos financeiros e a possibilidade de realizar desvalorizações e valorizações.

A política econômica e monetária é uma das mais antigas aspirações da Comunidade, sucedendo-se paulatinamente ao longo de sua trajetória<sup>52</sup>. É o resultado de um longo processo de desenvolvimento iniciado em 1970. Um dos projetos que fomentaram a aproximação entre a política econômica e a monetária foi o Plano de Pierre Werner, primeiro-ministro de Luxemburgo. Na época, um grupo de técnicos propôs a criação de uma união política e econômica e a introdução da moeda *euror* nos dez anos seguintes<sup>53</sup>. Em 1972 foi criada uma confederação monetária europeia que, todavia, não sobreviveu à crise do petróleo<sup>54</sup>.

De fato, crises posteriores, como também o abandono dos padrões de Bretton Woods, culminaram no adiamento do projeto de união econômica e monetária. Após novas e prolongadas discussões o projeto foi ressuscitado, com a criação do Sistema Monetário Europeu, em 1979, um sistema cambial do qual participou a maioria dos Estados-membros e que diminuiu a oscilação das moedas. Ele tinha o objetivo de

---

<sup>48</sup> GADDUM, Eckart. Wirtschafts- und Währungsunion (WWU). In: WEIDENFELD, Werner; WESSELS, Wolfgang. *Europa von A-Z: Taschenbuch der europäischen Integration*, p. 347.

<sup>49</sup> Ver o tema na doutrina estrangeira em DRUESNE, G. *Op. cit.*, p. 375-384 e em TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*, p. 571-574.

<sup>50</sup> Ver o tema na doutrina estrangeira em DRUESNE, G. *Op. cit.*, p. 385-395 e em TESAURO, G. *Op. cit.*, p. 574-576.

<sup>51</sup> A realização do mercado comum exige uma efetiva coordenação da política econômica nacional dos Estados-membros. Já o Tratado da União Europeia contemplou a união econômica e monetária como conseqüência lógica da concretização do mercado interno. Para se beneficiar melhor deste vasto espaço comercial e de cooperação, tornou-se também desejável o estabelecimento de uma moeda única. Esta é tida por HAKENBERG como a mais importante realização política no processo da unificação europeia. HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 166.

<sup>52</sup> As iniciativas anteriores ao Tratado da União Europeia podem ser acompanhadas em MAASTRICHT *und was dann?: Perspektiven der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, p. 21-47; em GADDUM, E. *Op. cit.*, p. 346-349 e em DAUSES, Manfred A. *Rechtliche Grundlagen der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, p. 129-158.

<sup>53</sup> HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 166.

<sup>54</sup> As Comunidades vivenciaram altas e baixas, crises e inovações, políticas e econômicas. Entre estas, estão as ocasionadas pela quebra do sistema de Bretton Woods e pelas duas crises do petróleo, de 1973 e 1979. *Idem*, p. 6.

estabilizar as relações de câmbio entre as moedas européias para obter um adequado funcionamento do mercado comum e a confiança em seus investimentos<sup>55</sup>.

Em 1981 houve a introdução da unidade monetária européia (*european currency unit*) para servir de cálculo a todos os orçamentos e emissões de documentos de crédito e de capital, contas do comércio exterior, cartões de crédito e atividades financeiras de outras classes.

Novos dez anos praticamente de estagnação decorreram. O Ato Único Europeu não foi explícito para com esse objetivo, embora tenha feito algumas recomendações, como a fixação de margens de flutuação mais amplas às moedas com maiores problemas<sup>56</sup>.

Em 1988, o Conselho Europeu encarregou um grupo de especialistas comandados por Jacques Delors de apresentar um relatório sobre a união monetária. Em 1989, o Plano Delors trouxe os princípios fundamentais da união econômica e monetária, como passos decisivos para a transformação do Sistema em uma união econômica e monetária<sup>57</sup>. Segundo OLIVEIRA, “A união econômica culminaria no funcionamento de um mercado interior único e a união monetária traria estabilidade financeira à área econômica, reduziria os custos das transações, adotaria uma moeda única (não necessariamente) e um tipo de câmbio fixo, reduzindo os possíveis desequilíbrios exteriores junto ao âmbito comunitário”<sup>58</sup>.

Esse plano previu três etapas para o atingimento do objetivo<sup>59</sup>. O começo do primeiro estágio foi fixado para o dia 1º de julho de 1990 com a liberação plena da circulação de capitais na Comunidade e uma coordenação político-econômica mais intensiva nos Estados-membros.

O estágio seguinte começou em 1º de janeiro de 1994 e criou o sistema do Banco Central Europeu<sup>60</sup>. Até o final dessa etapa, os Estados deviam se esforçar em cumprir os critérios de convergência<sup>61</sup>, que eram, por sua vez, os requisitos para o acesso à terceira etapa. O cumprimento desses critérios não foi tarefa fácil para alguns dos Estados-membros. A Alemanha tentou protelar a conclusão do segundo estágio,

---

<sup>55</sup> MAASTRICHT und was dann?: *Perspektiven der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, p. 33-36 e DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 132-139.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Odete Maria de. *União Européia: processo de integração e mutação*, p. 334-335.

<sup>57</sup> Ver mais detalhes em DAUSES, Manfred A. *Rechtliche Grundlagen der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, p. 139-140.

<sup>58</sup> OLIVEIRA, O. M. de. *Op. cit.*, p. 339.

<sup>59</sup> Detalhadas em DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 143-149.

<sup>60</sup> As instituições desta política são o Banco Central Europeu, sediado em Frankfurt am Main, com personalidade jurídica, que veio substituir o Instituto Monetário Europeu, que por sua vez preparou os Estados-membros para a terceira etapa, que controla rigidamente os critérios de estabilidade dos participantes, a Comissão Financeira e Econômica, com tarefas de controle e aconselhamento e o Sistema Europeu dos Bancos Centrais, cujo trabalho teve início com o começo da terceira etapa e é composto pelo Banco Central Europeu e pelos Bancos Centrais nacionais. Ver o tema na doutrina estrangeira em TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 661-662; MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, p. 254-281; MATHIJSEN, P. S. F. R. *Op. cit.*, p. 165-167 e em BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 61-63.

<sup>61</sup> Eles podem ser vistos em HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 167 e em OLIVEIRA, O. M. de. *Op. cit.*, p. 342-343.

mas não obteve apoio<sup>62</sup>. Durante essa fase, em 1995, uma conferência em Madrid e o Conselho Europeu em Dublin estabeleceram as marcas de euro e cent para a moeda comum e que o valor da unidade monetária européia nela se converteria.

O terceiro estágio era previsto para ter início quando do cumprimento das providências preliminares. Entrementes entrou em vigor o TUE, que incorporou ao processo de unificação a concretização da união econômica e monetária. Ele continha disposições normativas pertinentes a regular as condições de política econômica e monetária e institucionais que afetassem os Estados-membros<sup>63</sup>. Em 1999 foram fixados os câmbios das moedas para os Estados que fariam parte da próxima etapa, bem como as cotações que serviriam de parâmetro para a introdução do euro<sup>64</sup>. Com efeito, em 1º. de janeiro de 1999 teve início a etapa da fixação das taxas cambiais dos Estados participantes e da introdução do euro como moeda comum. Nesse momento, a Grécia ainda não havia cumprido os critérios de convergência e a Inglaterra<sup>65</sup>, Dinamarca e Suécia<sup>66</sup> desejaram não participar. Desde então foram transferidas aos órgãos comunitários todas as competências políticas e econômicas.

Cada uma dessas fases correspondeu a uma determinada evolução na convergência das políticas econômicas, compreendendo uma estreita coordenação destas, o acompanhamento do mercado interno e a definição de objetivos comuns em relação com a economia de mercado aberto e de livre concorrência.

Em 1º. de janeiro de 2002 as novas notas e moedas entraram em circulação e em 1º. de julho de 2002 as antigas perderam suas qualificações como meio de pagamento. Doze Estados-membros formam hoje o território do euro. Com a adesão do Principado de Mônaco, da República de San Marino e do Vaticano, que cunharam suas próprias moedas, existem quinze diferentes versões. Mas as cédulas são idênticas em todo o território.

Segundo o Livro Verde sobre a introdução do euro como moeda única, o conjunto de vantagens propiciado aos comunitários abrangia um câmbio estável, crescimento e emprego, eliminação dos custos de transação bancária, a criação de uma moeda competitiva frente ao dólar e ao yen, bem como ainda uma soberania monetária comunitária<sup>67</sup>.

A introdução do euro também trouxe problemas aos cidadãos, não só pelo fato de terem que trocar os dinheiros, mas pela confusão que as conversões provocaram<sup>68</sup>. Tal fato não seria problema aos acostumados países em desenvolvimento. Mas acredita-se que o principal problema ocorreu com cidadãos que tinham dinheiro obtido de forma ilícita, pois este precisou aparecer para ser convertido.

---

<sup>62</sup> HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 167.

<sup>63</sup> Ver mais detalhes em DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 142-143 e em GADDUM, E. *Op. cit.*, p. 349-351.

<sup>64</sup> Que podem ser conferidos em DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>65</sup> A Inglaterra possui nesta matéria, em função do regramento do protocolo do Tratado da União Européia, uma disciplina especial. A ela foi permitido não participar da terceira fase da concretização deste objetivo.

<sup>66</sup> Nova consulta foi realizada em 2003 neste país e também resultou sem sucesso.

<sup>67</sup> OLIVEIRA, O. M. de. *Op. cit.*, p. 347-348.

<sup>68</sup> DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 198-200.

Atingida a união econômica e monetária, o que por sua vez já era desprovido de precedentes na economia internacional, a Comunidade caminha agora para a integração total. Uma paridade em relação ao dólar norte-americano já foi atingida e mesmo atualmente seu valor é superado pelo do euro, o que era um fato ambicionado. Nesse sentido, HAKENBERG até fala de uma conversão ou mesmo aceitação do euro na Turquia e em Kosovo, respectivamente os fenômenos de *currency-board-Lösungen* e *Euroisierung*<sup>69</sup>, o que é interessante de se observar, pois tais efeitos tornam o euro imprescindível para a economia mundial<sup>70</sup>.

Os novos Estados têm a possibilidade de fazer parte da zona do euro, mas para tanto precisam cumprir todos os critérios de convergência previstos. Espera-se que em 2006 a Hungria, a Polônia e a Eslovênia possam aderir à união monetária<sup>71</sup>.

Ademais da não-imprescindibilidade já ressaltada da moeda única para o mercado interno, a relação entre a concorrência e a política aqui estudada é devida à sua mais visível manifestação, qual seja a moeda única. Por tal, é necessário avaliar os seus reflexos na concorrência, em especial na concorrência entre as empresas<sup>72</sup>. A união econômica, que tem como resultado o euro, poderia eliminar a concorrência ou mesmo atrapalhá-la.

A doutrina não desconhecia que o euro traria impactos à concorrência e influenciaria a definição de mercado geográfico, essencial para a aplicação das regras de defesa da concorrência, e o comércio paralelo entre os Estados-membros, uma vez que permitiria uma melhor comparação dos preços praticados entre eles, e por isso também reforçaria a concorrência. Uma melhor comparação com o euro facilitaria o trabalho das autoridades de concorrência, especialmente no cálculo dos faturamentos de uma empresa na Comunidade, como nas hipóteses de reagrupamento<sup>73</sup>.

De fato, inicialmente é necessário considerar que a introdução de uma moeda torna transparente a diferença dos custos das empresas. Fica visível conhecer em que proporção a concorrência transfronteiriça entre empresas é determinada por condições naturais, ou se é por artificiais, ofertadas por um Estado-membro. Isso posto, é possível dizer que sim, há reflexos, pois o euro trouxe uma transparência nos preços, e esta pode levar a uma planificação dos preços de determinados produtos numa região próxima, como entre a fronteira de Luxemburgo, Alemanha e França<sup>74</sup>. Por outro lado, pode-se dizer que não, pois mera planificação, movimentos reflexivos entre empresas ou equivalência de preços não bastam para supor a eliminação da concorrência. E, por fim, há o critério da necessidade. Ninguém se deslocará da Inglaterra para tomar um café na Alemanha porque lá é mais barato. E nem a cafeteria de lá reduzirá o preço com temor de que os clientes venham para a Alemanha tomar um café. Ademais, é lá que a pessoa precisa comer, mesmo que acolá seja mais

---

<sup>69</sup> HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 168.

<sup>70</sup> A perspectiva de o euro tornar-se uma moeda mundial é levantada em DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 203-207.

<sup>71</sup> HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 168.

<sup>72</sup> A necessidade de transformação das empresas, em função da chegada desta etapa do processo de integração, é o tema em DAUSES, M. A. *Op. cit.*, p. 191-197.

<sup>73</sup> TOMASEVIC, Daniel M. *Le passage à l'euro et le droit de la concurrence*, p. 95-112.

<sup>74</sup> O conhecido Espaço Saar-Lor-Lux. BANGEMANN, Martin. *Auf dem Weg zum EG-Binnenmarkt 1992*, p. 24.

barato. Assim, nunca os preços serão iguais. Não é de se supor que a concorrência seja eliminada, pois sempre vai haver alguém disposto a cobrar menos pelos produtos.

Todas essas relações aconteciam, ainda que de outra forma, antes da implantação de uma moeda única. Esta veio a promover e facilitou uma mais visível comparação dos preços, mas não é possível afirmar que tenha sido imprescindível para o atingimento do mercado interno e ainda não é possível afirmar que está sendo para a sua manutenção. Já a liberdade de concorrência é.

### *3. A relação da concorrência com a política agrícola*

Uma terceira política importante é a agrícola<sup>75</sup>. No TCECA, a concorrência era o principal meio para o atingimento dos seus objetivos, segundo os artigos 53 a 64. Já o TCE concede aos objetivos da política da concorrência, em princípio, uma preferência perante os objetivos divergentes de outras políticas comunitárias. Mas uma inversão seria mencionada nos casos que envolvem a política agrícola.

Durante as negociações do Tratado pensou-se em estender as normas referentes ao mercado comum aos produtos agrícolas. Todavia, devido à natureza particular desse setor, optou-se por concertar uma política agrícola comum. Até hoje a agricultura ocupa um lugar especial, governa-se por princípios próprios, imperando a regulação e a intervenção.

Por isso mesmo que uma inversão da preferência aqui defendida é refutável. A política agrícola é uma exceção do Tratado e como tal não pode ser equiparada ou dimensionada com as outras. Entre as políticas, a agrícola, considerada uma política comum, sempre ocupou um espaço de destaque especialmente pelo seu caráter problemático de dependência de recursos estatais e submissão às condições climáticas. Ainda, debatia-se a Comunidade com o estado de insuficiência de muitos países e superprodução agrícola de outros, o que fez com que essa política fosse a primeira a se configurar, para que a população rural fosse estimulada a se manter em suas regiões.

Mesmo que, ao elevar a principal política à liberdade fundamental, essa devesse ser a agrícola, isso não seria possível. A política agrícola não serve a este fenômeno. Muito mais serve a concorrência a essa elevação. Portanto, se não válido o pensamento de que a política da concorrência é a de fato preferente, pelo menos ela assim é dentre as possíveis de serem elevadas à categoria de liberdade fundamental.

---

<sup>75</sup> Analisada detalhadamente em OLIVEIRA, O. M. de. *Op. cit.*, p. 201-217. Ver o tema na doutrina estrangeira em TAMAMES, R.; LÓPEZ, M. *Op. cit.*, p. 325-377; STREINZ, Rudolf. *Europarecht*, p. 337-348; DRUESNE, G. *Op. cit.*, p. 409-491 e em MATHIJSEN, P. S. F. R. *Op. cit.*, p. 321-335. Impactos desta política no Mercosul podem ser vistos em VENTURA, Deisy. *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional*, p. 459 e seguintes, em particular nas p. 537-542, e em VAZ, I. Las tres vertientes del derecho de la competencia. In: CORREA, Carlos María (Dir.). *Derecho de la competencia*, p. 307-308.

#### 4. A relação da concorrência com a política comercial comum

A política comercial comum<sup>76</sup> regula as transações no maior bloco regional importador e exportador do mundo. Ela abrange dois âmbitos principais: a política comercial autônoma, que constitui um conjunto de medidas de política comercial comunitária, de caráter unilateral, não estendida a terceiros países, já que não derivam de acordos com eles, tradicionalmente contemplando a política tarifária, os regimes de importação e exportação e as medidas de defesa comercial, como a regulamentação do dumping, das subvenções e das medidas de salvaguarda, e uma política comercial convencional, que estabelece medidas de aproximação da Comunidade com terceiros países, que se instrumentalizam mediante acordos, tanto bilaterais como multilaterais, preferenciais ou não-preferenciais<sup>77</sup>. Para OLIVEIRA, a diferença entre essas duas atuações está em que a primeira cria contra-prestações e cláusulas de competência e a segunda encontra-se alicerçada em acordos de cooperação e associação<sup>78</sup>. Também é necessário dizer que a política comercial tem direto envolvimento com as medidas da política tarifária e com a criação da tarifa externa comum.

A relação entre a política comercial e a de concorrência reside no fato de que a Comunidade procura evitar práticas comerciais restritivas que possam afetar o funcionamento do mercado interno<sup>79</sup>. Tal política inclui a atenção às empresas públicas e privadas, especialmente pelas modificações advindas com a desregulamentação e a liberação dos mercados nacionais em função das privatizações em vários setores econômicos, determinadas pela entrada em vigor do mercado interno<sup>80</sup>.

#### 5. A relação da concorrência com a política industrial

A última problemática apontada é com a política industrial<sup>81</sup>. Ela, que detém a relação mais conflituosa com a da concorrência<sup>82</sup>, surge com a necessidade de adequar o desenvolvimento das condições da Comunidade em direção ao mercado interno e à união econômica e monetária. Após um período de declínio, o processo de integração comunitário foi reativado, como já visto. Essa nova etapa necessitou ser apoiada por uma “clara estratégia industrial orientada a favorecer a dinâmica do

---

<sup>76</sup> Ver o tema na doutrina estrangeira em MATHIJSEN, P. S. F. R. *Op. cit.*, p. 465-484 e em STREINZ, R. *Op. cit.*, p. 264-279.

<sup>77</sup> VOSGERAU, Hans-Jürgen. *Handels- und Wettbewerbspolitik in Europa: Zusammenhänge und Widersprüche*, 20 p.

<sup>78</sup> OLIVEIRA, O. M. de. *Op. cit.*, p. 229.

<sup>79</sup> WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A. *Op. cit.*, p. 21-23.

<sup>80</sup> OLIVEIRA, O. M. de. *Op. cit.*, p. 231.

<sup>81</sup> Ver o tema na doutrina estrangeira em TAMAMES, R.; LÓPEZ, M. *Op. cit.*, p. 539-564; em DRUESNE, G. *Op. cit.*, p. 503-505 e em IMMENGA, Ulrich. *El Mercado y el Derecho: Estudios de Derecho de la Competencia*, p. 96-99.

<sup>82</sup> Uma análise da relação entre as políticas de concorrência e industrial perante a então proposta de regulamento do controle das concentrações de empresas pode ser vista em MESTMÄCKER. Na verdade, os conflitos entre as políticas iniciaram com a entrada em vigor do Ato Único Europeu e a inclusão de regras no Tratado de Roma, como já visto no estudo do Caso Dióxido de Titânio. O posterior surgimento de um regulamento deveria considerar a relação entre elas, fortemente abalada pelos numerosos indícios de que também outras políticas seriam detentoras de prioridade perante a política da concorrência. MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Fusionskontrolle im Gemeinsamen Markt zwischen Wettbewerbspolitik und Industriepolitik*, p. 355-361.

mercado e a reorganização industrial”, bem como um ajuste estrutural<sup>83</sup>. Além disso, o avanço acelerado de novas tecnologias, o que veio ocasionar desemprego sensível, e o poder de competitividade das empresas sob a influência do fenômeno da globalização criaram desigualdades ao centralizar empresas e riquezas em certas regiões, tornando-as mais atrativas aos investimentos empresariais, frente ao abandono e descapitalização de outras. A Comunidade, ao não prever no Tratado competências sobre o setor industrial, deixou-o desprotegido de instrumentos de apoio frente à crescente internacionalização e mundialização da produção e mercado e o forte incremento da concorrência de terceiros países<sup>84</sup>. Essas deficiências foram parcialmente afastadas com a aprovação de uma política industrial.

Após algumas tentativas históricas de implementação, nos anos noventa a política industrial apresentou critérios projetados em torno de três eixos essenciais: manter requisitos que permitam um mercado aberto e competitivo, o que envolve a responsabilidade da Comunidade no controle das concentrações de empresas que possam perturbar a concorrência e no das ajudas públicas que distorçam o mercado, provisão de catalisadores para desenvolver a competitividade e criação de aceleradores que facilitem o ajuste industrial<sup>85</sup>. É necessário entender que uma competitividade se alicerça no incremento da concorrência. Na sequência do desenvolvimento dessa política, o TUE e o Tratado de Amsterdam criaram novas regras que a colocaram em relação de antinomia com a política da concorrência<sup>86</sup>.

A doutrina é do entendimento que as regras da concorrência sempre permaneceram inalteradas frente às sucessivas modificações dos Tratados. O TUE e o de Amsterdam, todavia, introduziram novas regras e competências que determinaram consequências indiretas na de concorrência. O TUE introduziu a competência da Comunidade sobre política industrial. Amsterdam reforçou a competência desta na matéria industrial e tornou missão do órgão comunitário incentivar um alto grau de competitividade, conforme o artigo 2º. TCE. Isso elevou a política industrial do artigo 3º., n. 1, letra m TCE a um novo patamar. Uma segunda implicação vinda com Amsterdam, foi a nova disposição sobre a promoção de uma coordenação entre as políticas de emprego dos Estados-membros, conforme o artigo 3º., n. 1, letra i TCE<sup>87</sup>.

Tais alterações serviram para renovar a discussão sobre o conflito de interesses existente entre esses objetivos e o de concorrência<sup>88</sup>. Acontece que até a revisão promovida pelo TUE era inquestionável ao menos a igualdade na valorização dos referidos princípios. O acolhimento da missão de promover um alto grau de

---

<sup>83</sup> BIANCHI, Patrizio. *Construir el mercado: Lecciones de la Unión Europea – el desarrollo de las instituciones y de las políticas de competitividad*, p. 22 e 95 e seguintes.

<sup>84</sup> OLIVEIRA, O. M. de. *Op. cit.*, p. 276. Ocorre que até 1990 governos e agentes econômicos eram contra a intervenção da Comunidade nesta área. Segundo THORSTENSEN, “A base de tal postura era que a Política da Concorrência e a construção do Mercado Interno de 1992 seriam suficientes para fortalecerem o setor” industrial. THORSTENSEN, Vera. *Comunidade Européia: a construção de uma potência econômica*, p. 125.

<sup>85</sup> *Idem*, p. 126-127 e OLIVEIRA, O. M. de. *Op. cit.*, p. 277-278.

<sup>86</sup> WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>87</sup> SCHMIDT, A. *Op. cit.*, p. 133.

<sup>88</sup> Mencionado em GUAL, Jordi. *Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea*, p. 95 e estudado em IMMENGA, U. *Op. cit.*, p. 93-111 e em DREHER, M. *Op. cit.*, p. 656-666.



competitividade alterou essa relação, já que esta teria assumido uma posição hierárquica superior<sup>89</sup>.

Além disso, o objetivo da concorrência passou a ser confrontado com a cláusula transversal constada do artigo 127, n. 2 TCE, referente ao alcance de um elevado nível de emprego. Cláusulas transversais já eram tidas no Tratado em matérias de meio ambiente, proteção da saúde e política industrial, entre outras, e por tal não representavam nenhuma novidade. Ocorre que elas se alargam sobre as demais políticas e mesmo sobre as regras das liberdades fundamentais<sup>90</sup>. Assim, “Com a introdução do capítulo do emprego no Tratado, a política da concorrência tem também de considerar os aspectos relacionados à política de emprego”<sup>91</sup>. Da mesma forma as regras de concessão das ajudas públicas. Esse dever atentava contra a preferência da concorrência entre as políticas.

Em síntese, mesmo inalteradas as regras da concorrência, observa-se uma discussão sobre as conseqüências da introdução da missão de promover um alto grau de competitividade, do objetivo do reforço da capacidade concorrencial da indústria e da necessidade de observação da cláusula transversal relativa ao elevado nível de emprego no sistema e na posição da concorrência dentro do direito comunitário. A questão central é que, mesmo que a predominância da concorrência não tenha sido rompida, ela foi relativizada por tais novos aspectos<sup>92</sup>. Uma tal confusão de princípios e primazias é de ser refutada à luz da teoria ordoliberal<sup>93</sup>, segundo SCHMIDT<sup>94</sup>.

Nesse sentido, SCHMIDT asseverava que “A idéia de um mercado comum é inseparavelmente vinculada à de um sistema de concorrência não-falseado. De outra forma, um mercado comum não se realizaria. Concorrência não é só um meio para a organização do mercado, mas é um meio decisivo para, com a remoção das barreiras jurídicas, criar um efetivo e capacitado mercado comum. Sem dúvida, a concorrência é o fundamental princípio de estruturação do mercado comum (...). Isto torna a predominância do princípio da concorrência na UE inafetável. A concorrência é o princípio organizador central do Tratado e somente com a validade do princípio da concorrência podem ser criadas condições sob as quais a garantia das liberdades fundamentais têm conveniência”<sup>95</sup>. Por tudo isso, conclui, é que ele não pode ser afetado por medidas de política industrial e de emprego.

Todavia, com a revisão de Amsterdam, novamente esse conflito foi levantado. Observa SCHMIDT um novo enfraquecimento do princípio da concorrência, em

---

<sup>89</sup> SCHMIDT, A. *Op. cit.*, p. 134.

<sup>90</sup> Temores quanto a um reforço destas cláusulas e mesmo uma efetiva modificação na interpretação e aplicação do direito da concorrência, caso entre em vigor a atual proposta de Constituição Européia, são retratados em TERHECHTE, Jörg Philipp. *Die Rolle des Wettbewerbsrechts in der europäischen Verfassung*, p. 113-114.

<sup>91</sup> SCHMIDT, A. *Op. cit.*, p. 135.

<sup>92</sup> DREHER, M. *Op. cit.*, p. 661.

<sup>93</sup> Os fundamentos da teoria ordoliberal podem ser conhecidos em REICH, Norbert. *Markt und Recht: Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 36-52 e em DREXL, Josef. *Wettbewerbsverfassung: Europäisches Wettbewerbsrecht als materielles Verfassungsrecht*. In: von BOGDANDY, Armin (Hrgs.). *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, p. 753-755.

<sup>94</sup> SCHMIDT, A. *Op. cit.*, p. 138.

<sup>95</sup> *Idem*, p. 136.

função da obrigação também da cláusula transversal das regras da política industrial e de emprego pelos outros objetivos do Tratado<sup>96</sup>. Por esse motivo é que a referida cláusula seria encarada como um atentado à supremacia da concorrência entre as políticas.

Como solução a ameaças dessa ordem, propõe o autor a criação de uma autoridade europeia da concorrência de caráter independente, isto é, a institucionalização da política da concorrência, para a sua não mais sujeição a desmandos políticos<sup>97</sup>. Tal proposta teria como vantagem a retirada das mãos de membros da Comissão das decisões e transferência delas a funcionários de uma autarquia, não-submissão à critérios ou vontades políticas e orientação exclusiva em aspectos da concorrência<sup>98</sup>.

Como se observa, mesmo que fosse entendido que a prioridade da concorrência tivesse sido afetada, esforços doutrinários já vinham sendo mostrados no sentido da reversão desse quadro. Acrescenta-se ao visto que EHLERMANN, ao questionar se a prioridade da política da concorrência teria sido perigada com a nova competência da Comunidade referente à política industrial, constada do artigo 157 TCE, assevera que as novas disposições do TUE não apresentaram nenhum perigo à prioridade da política da concorrência<sup>99</sup>. O artigo 157 TCE foi idéia da França. Recebeu fortes críticas da Inglaterra e da Alemanha. O fortalecimento da capacidade industrial foi ancorado ao lado do princípio da concorrência no artigo 3º. TCE. Da mesma forma, GROGER e JANICKI não viam um enfraquecimento do princípio da concorrência com a introdução das novas políticas advindas com o TUE<sup>100</sup>. Ainda, RAMÓN CANEDO lembra que a concorrência nunca apareceu nos Tratados como um fim em si mesma. Nem as suas modificações outorgaram tal posição. No TCE ela está no artigo 3º. e “Ocupa a mesma posição (letra g) que, por exemplo, ‘o favorecimento da coesão econômica e social’ ou as duas novas políticas de ‘fomento’ (...)”<sup>101</sup>. Em função disso, observa o autor que a concorrência tem um “carácter medial”<sup>102</sup>. Ele a vê mais por sua qualidade de motor do desenvolvimento e catalisador de uma melhor apropriação (*asignación*) de recursos. Pela Comissão e pelo Tribunal a liberdade de concorrência parece ter sido catapultada para o palco (*adelantada a candilejas*), iluminada rapidamente e muito desenvolvida, tendo com isso deixado no anonimato os demais meios contemplados no artigo 3º. TCE<sup>103</sup>. Já IMMENGA recorda que há soluções legislativas ao conflito, especialmente válidas para indústrias específicas, na previsão que o Tratado e legislações nacionais

---

<sup>96</sup> *Idem*, p. 139.

<sup>97</sup> *Idem*, p. 138-140.

<sup>98</sup> Esta proposta parece ser plurivalente e adequada a todos os imagináveis problemas, como se verá no capítulo seguinte, pois vale observar que a criação de uma agência também foi alternativa levantada para a promoção das recentes reformas no sistema de aplicação das regras da concorrência. O debate também foi realizado em IMMENGA, U. *Op. cit.*, p. 104; em EHLERMANN, Claus-Dieter. *The contribution of EC competition policy to the single market*, p. 281-282; em DREHER, M. *Op. cit.*, p. 665-666 e em VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. La defensa de la competencia en la Unión Europea y en Mercosur. In: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (Coord.). *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, p. 190-191.

<sup>99</sup> EHLERMANN, C.-D. *Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt*, p. 796.

<sup>100</sup> GROGER, Thomas; JANICKI, Thomas. *Weiterentwicklung des Europäischen Wettbewerbsrechts*, p. 993.

<sup>101</sup> RAMÓN CANEDO, José. *Libre competencia comunitaria versus servicio público*, p. 13.

<sup>102</sup> *Idem*, p. 14.

<sup>103</sup> *Idem*, p. 15.

vinculadas ao sistema de economia de mercado fazem de considerar os objetivos da política industrial, quando elencam as hipóteses de isenção de medidas anticompetitivas das proibições, isto é, no fato de focar a política industrial como parte de um sistema de direito da concorrência<sup>104</sup>. Por fim, DREHER, que tem a defesa mais contumaz, estuda a aplicação dessa preferência a casos concretos, envolvendo a indústria de aviões dos EUA e da Comunidade<sup>105</sup>.

A doutrina vista aponta que nem os ataques vindos com a política industrial e com as cláusulas transversais, muito menos os vindos com a política econômica e monetária, que não é a principal, pois existia mercado comum sem ela, entre as outras relações aqui vistas, relativizaram a preferência da concorrência frente às demais políticas. A política da concorrência deve ser apontada como a principal regra apoiadora, como um elemento de coesão de outras políticas e como um eixo funcional do processo de integração<sup>106</sup>, sem a qual o mercado interno não se estabeleceria.

Dessa forma, acompanhando a doutrina, prega-se um predomínio da liberdade de concorrência, perante as demais políticas vizinhas. Com essa conclusão, é mantida a possibilidade de haver uma elevação dessa principal política à categoria de liberdade econômica fundamental.

#### **1.4.b) A inexistência de mercado comum em economias planificadas**

Uma segunda elocubração que pode ser pensada é se é possível haver um mercado comum também em uma economia planificada, que funcionaria sem concorrência. Sim, poderia haver. Mas não se pode ter um mercado comum sem as quatro liberdades tradicionais. Por isso é que estas seriam liberdades fundamentais e a concorrência não. Elas são imprescindíveis e a concorrência não.

Por outro lado, é possível também negar a idéia de um mercado comum em tais economias, pois mercado comum pressupõe um livre mercado com concorrência<sup>107</sup>, e numa economia planificada não se observa um mercado com tais características, motivo pelo qual não pode ser comum<sup>108</sup>.

O primeiro pressuposto do mercado é a existência da concorrência e, vice-versa, o primeiro pressuposto da concorrência é a existência do mercado, no qual os agentes econômicos possam disputar a satisfação ou preferência de um cliente ou adquirente de produtos, no qual haja a possibilidade de ser exercidas a oferta e a procura. Não havendo mercado, ou sendo este de preocupação secundária, a atenção dada à garantia da concorrência é inexistente<sup>109</sup>. Enfim, a argumentação de que as

---

<sup>104</sup> IMMENGA, U. *Op. cit.*, p. 94, 99-104 e 110-111.

<sup>105</sup> DREHER, M. *Op. cit.*, p. 659, 660, 662 e 663-665.

<sup>106</sup> Assim ela é vista em FASULINO, Eduardo J. Los problemas de la competencia entre la Argentina y Brasil. In: BALZE, Felipe A. M. de la (comp.). *Argentina y Brasil: enfrentando el siglo XXI*, p. 434-440.

<sup>107</sup> SCHMIDT, A. *Op. cit.*, p. 136 e DROMI, Roberto. *Competencia y monopolio: Argentina, Mercosur y OMC*, p. 21 e 70.

<sup>108</sup> Para teorias da integração sob as visões marxistas e não-marxistas ver BEHRENS, Peter. *Integrationstheorie: Internationale wirtschaftliche Integration als Gegenstand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung*, p. 14-25.

<sup>109</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, p. 47.

economias planificadas poderiam ter mercado comum sem concorrência, em função de que seria dispensável, é rebatida simplesmente com o fato de que não há mercado, no sentido do estudo aqui proposto, isto é, vinculado ao princípio de uma economia aberta onde a concorrência seja livre, segundo o artigo 4º. TCE, sem uma livre concorrência.

#### 1.4.c) O caráter transfronteiriço da liberdade de concorrência

Um terceiro pensamento observa que a concorrência não é uma liberdade fundamental porque não tem caráter transfronteiriço. Uma ausência deste seria debitada ao fato de o direito da concorrência não ter um objeto de proteção material definido, por ser a concorrência de difícil materialização, isto é, por não se tratar de um elemento palpável, como bens e pessoas. Não possuindo um objeto com tais características, a concorrência não poderia “ultrapassar a fronteira” (como um bem na livre circulação de bens), isto é, não teria caráter transfronteiriço<sup>110</sup>. Um tal caráter, como visto na dogmática, vem a ser um conceito legal ou jurisprudencial, que limita o âmbito de aplicação das liberdades fundamentais às atividades transfronteiriças. Não podendo submeter-se às atividades transfronteiriças, não seria a concorrência uma liberdade. Reforçado estaria, assim, que um tal caráter é necessário para que a concorrência pudesse ser considerada uma liberdade fundamental. O objetivo dessa análise, então, é reconhecer à concorrência um caráter transfronteiriço<sup>111</sup>, pois essa é uma das principais características em comum das demais liberdades.

Inicia-se por asseverar que a concorrência não é abstrata. A opção por um modelo de *workable competition*<sup>112</sup> afastou a busca por uma concorrência pura e perfeita, esta sim inatingível. O modelo buscado é concreto, como se verá.

A doutrina entende que ainda não está definitivamente claro que efeitos o conceito de mercado interno tem sobre a característica fática da travessia transfronteiriça<sup>113</sup>. Ocorre que a característica transfronteiriça limita gravemente o âmbito de aplicação das liberdades ou, de outra forma, faz que estas só se ocupem do trato de elementos que possuem essa característica. Para von BOGDANDY, segundo o entendimento tradicional, a aplicabilidade, ou pertinência (*Einschlägigkeit*), de uma liberdade pressupõe uma circunstância transfronteiriça. Assim tendo analisado, a concorrência, não apresentando este elemento, estaria de fora. Para a solução do problema nem mesmo a jurisprudência comunitária fornece sinais claros, já que em certos casos oferece significado a tal característica e em outros nem a menciona. Por fim, assevera o autor que a característica da transfronteiriçidade representa uma pendente relação de tensão com o conceito de um mercado interno sem fronteiras<sup>114</sup>. Nesse sentido também estão REICH, para quem “A evolução dos mercados para um

---

<sup>110</sup> Sobre a função transfronteiriça das liberdades econômicas (*Grenzüberschreitendfunktion der Wirtschaftsfreiheiten*) ver REICH, N. *Binnenmarkt als Rechtsbegriff*, p. 204.

<sup>111</sup> Visualizado em temas conexos com a concorrência, como propaganda enganosa no mercado interno, em REICH, N. *Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt: dargestellt am deutschen, französischen und englischen Recht unter besonderer Berücksichtigung des EG-Rechts*, p. 444-520.

<sup>112</sup> Caso Metro-Saba c. Comissão, EuGH, Slg. 1977, p. 1875, apartado 20.

<sup>113</sup> von BOGDANDY, Armin. Art. 14 EGV. In: GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard. *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar zur Europäischen Union (EUV/EGV)*, apartado 12.

<sup>114</sup> *Idem*, apartado 12.

mercado interno relativiza a transfronteiricidade como ponto de ligação”<sup>115</sup>, e GEBAUER, ao identificar uma erosão do critério da necessidade da transfronteiricidade nas liberdades fundamentais<sup>116</sup>.

Uma solução ao conflito, em acréscimo a essa relativização, seria ressaltar, ou ainda primeiramente entender, a cláusula da interestatalidade como determinadora do caráter transfronteiriço da liberdade de concorrência. A questão da extensão da aplicação do direito comunitário da concorrência para além dos casos que caem sob a referida cláusula, vista em REICH<sup>117</sup>, relativiza a sua rigorosidade, mas não somente tem este efeito. Reforça, ainda, a discussão do porquê precisaria a concorrência ter um caráter transfronteiriço para ser liberdade e entra também no âmbito da discussão do porquê da continuada atenção a essa cláusula, se o mercado interno é uma área sem fronteiras internas<sup>118</sup>, aqui retomadas.

Da mesma forma, uma tal extensão tem implicâncias na teoria da linha divisória. Uma interpretação ampla da aplicação das regras da concorrência, que supere a restrição da cláusula da interestatalidade, daria combustível à discussão da quebra da referida linha, melhor conceituada na seqüência, e da conseqüente impossibilidade de que ações dos Estados afetem a concorrência e não estejam submetidas às regras comunitárias da concorrência, sob a alegação de que não são destinatários delas, como será visto.

Para combater essa necessária característica de transfronteiricidade cabe levantar também os casos em que o mercado relevante é o de um país somente, em que não está presente a transfronteiricidade, em muitos dos quais a norma da concorrência pode ser aplicada. A aplicação das regras comunitárias da concorrência, mesmo neste caso, leva a crer que a transposição da fronteira é indiferente. Uma outra argumentação poderia ser fundada na figura da “necessária afetação do comércio”, já que nela está presente o caráter transfronteiriço da concorrência. Essa afetação prova que o efeito, ao menos este, ultrapassa a fronteira.

Outra semelhança entre as liberdades e a concorrência pode ser construída a partir de seus fundamentos e objetivos. As liberdades apresentam um caráter transfronteiriço. Ademais, o fundamento das liberdades é a eliminação das barreiras à circulação entre os Estados-membros. Isto é o mesmo que dizer que as liberdades, ademais daquele, apresentam uma interestatalidade. Já o objetivo da concorrência, por sua vez, é regular acordos que afetem a concorrência igualmente entre Estados-membros. Então, se as liberdades são transfronteiriças pela presença da necessária interestatalidade, ademais de o serem em função da característica de transfronteiricidade material de seus elementos tutelados, a concorrência também é, ou pelos menos o seu efeito, nefasto, geralmente. Ou será que é para poder enquadrar justamente comportamentos internos, não-transfronteiriços, que a concorrência não é

---

<sup>115</sup> REICH, N. *Binnenmarkt als Rechtsbegriff*, p. 205.

<sup>116</sup> GEBAUER, Jochen. *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, p. 83 e seguintes.

<sup>117</sup> REICH, N. *Binnenmarkt als Rechtsbegriff*, p. 205 e REICH, N. Die Bedeutung der Binnenmarktkonzeption für die Anwendung der EWG – Wettbewerbsregeln. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1065-1084.

<sup>118</sup> Este conceito foi trabalhado em JAEGER JUNIOR, A. *Mercosul e a livre circulação de pessoas*, p. 81-82.

uma liberdade fundamental, já que estas só poderiam se referir a relações transfronteiriças, e a concorrência não, como visto? Por certo, não.

A referência a um caráter transfronteiriço também é sustentada a partir dos fenômenos ora denominados de acoplação ou de afetação/submissão. Com efeito, uma outra característica de transposição da concorrência poderia ser vista caso se concorde que a concorrência vai junto com o bem, com a pessoa, com o capital e o serviço nas idas destes ao exterior. E este, a partir de então bem concorrente, se submete, se afeta na e afeta a concorrência exterior. Uma acoplação seria, pois, agregar um pouco da concorrência em cada elemento tutelado pelas liberdades de circulação e uma afetação seria decorrente do fato de que uma acoplada passagem desses elementos pela fronteira promoveria um efeito no mercado lá para onde o bem ou serviço vai. Essa visão é fundada na expectativa de que toda a circulação fronteira de fatores de produção tem um elemento de concorrência agregado.

Poder-se-ia alegar que uma regra de afetação ou uma de acoplação não serve para o caso daquele que atravessa a fronteira para nada, como na livre circulação de pessoas despreziosas. Anteriormente a uma completa implantação da liberdade de circulação de pessoas também era questionado se essa seria estendida a pessoas que não estivessem enquadradas no âmbito da garantia das liberdades, em síntese, àquelas que não serviam ao interesse econômico, ou seja, àquelas pessoas que não fazem nada. A questão, no momento, era saber se a integração ensejava uma livre circulação de pessoas em geral. E a conclusão a partir dos dias atuais é que houve a extensão<sup>119</sup>. De tal realidade não se afastou o Caso Luisi e Carbone c. Ministério do Tesouro, de 1984<sup>120</sup>. Da mesma forma que na prestação de serviço o recebedor não pode ser limitado a ir a um outro Estado-membro negociar. O interessado em promover uma compra pode atravessar a fronteira em busca de um bem. E muitas dessas travessias podem alterar, em tese, a concorrência, ainda que minimamente. Que uma tal regra não é aplicável para o caso de uma empresa que usufrui da sua liberdade de estabelecimento para procurar um local para se estabelecer que apresente um potencial competitivo melhor também não pode ser alegado, pois a empresa carrega um elemento competitivo transfronteiriço ao assim agir.

Analisando a questão de a concorrência atravessar ou não a fronteira, pelo menos a pessoa leva consigo uma preferência de consumo<sup>121</sup>. Esse conceito, por sinal, é avaliado na determinação do mercado do produto. Lá no outro país a pessoa vai comer, se alimentar, optar por um determinado prato ou produto até mesmo em função do hábito<sup>122</sup>. Esta uma escolha a mais afeta, certo que minimamente, mas afeta, a concorrência. Exemplo disso é a prestação de serviços de turismo que é, por sua característica, vinculada à transposição de fronteiras, já que “todas limitações à concorrência relacionadas a ela satisfazem *de per se* a cláusula da interestatalidade. O

---

<sup>119</sup> *Idem*, p. 71-80.

<sup>120</sup> Caso Luisi e Carbone c. Ministério do Tesouro, EuGH, Slg. 1984, p. 377.

<sup>121</sup> A preservação do exercício da escolha pelo consumidor é elemento utilizado para o estabelecimento de uma proposta de teoria unificada para a relação entre o direito antitruste e o direito do consumidor em AVERITT, N. W.; LANDE, R. H. *Op. cit.*, p. 27-49 e em CARPENA, H. *Op. cit.*, p. 154-171.

<sup>122</sup> A influência do hábito na escolha é referida em FABRIS, Fernando Smith. *Concentrações empresariais e o mercado relevante*, p. 36-37 e em EHLERMANN, C.-D. *Neuere Entwicklungen im europäischen Wettbewerbsrecht*, p. 312.

mesmo vale para os serviços de viação aérea na Comunidade Européia”<sup>123</sup>. Em conclusão, a concorrência é transfronteiriça e equipara-se, assim, por suas características, às liberdades fundamentais.

#### 1.4.d) A eliminação da linha divisória

Uma quarta argumentação que impediria a visão da concorrência como uma liberdade é a existência de uma linha divisória (*Trennlinie*). Há elementos levantados para sustentar uma divisão entre as regras das liberdades fundamentais e as da liberdade de concorrência.

ROTH, por exemplo, vê o estabelecimento de uma linha divisória em função do (não) efeito direto das liberdades fundamentais. Ele é contra a aplicação das normas da liberdade de circulação aos particulares. Para ele, apenas a proibição de discriminação em razão da nacionalidade, e mesmo assim com certas exceções, poderia ser aplicada a particulares<sup>124</sup>. De fato, o efeito direto das liberdades fundamentais entre privados é discutível<sup>125</sup>.

Dessa ausência de efeito direto decorre que os sistemas de proteção da concorrência e das liberdades fundamentais tenham diferentes destinatários. Assim, estas estariam dirigidas aos Estados e entes públicos e aquelas aos particulares e privados. Ainda, por estarem destinadas aos Estados, é que as liberdades fundamentais não dispõem de efeito contra terceiros de caráter horizontal<sup>126</sup>, isto é, que possam ser invocadas pelos particulares entre si. Isso posto, a primeira compreensão a deduzir é que a doutrina sustenta uma linha divisória na ausência de efeito direto aos particulares em uma parte substancial das regras aqui trabalhadas. Por certo, um reconhecimento de efeito direto aos dois sistemas de regras envolvidos poderia ser apontado como elemento de aproximação entre eles.

---

<sup>123</sup> REICH, N. Die Bedeutung der Binnenmarktkonzeption für die Anwendung der EWG – Wettbewerbsregeln. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1079.

<sup>124</sup> ROTH, Wulf-Henning. Drittwirkung der Grundfreiheiten? In: DUE, Ole; LUTTER, Marcus; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). *Festschrift für Ulrich Everling*, p. 1231-1247.

<sup>125</sup> STEINDORFF, Ernst. Beihilfeverbote im Gemeinschaftsrecht und nationals Privatrecht. In: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag*, p. 505; STREINZ, Rudolf; LEIBLE, Stefan. *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten: Überlegungen aus Anlass von EuGH (Angonese)*, p. 459-467; VIEWEG, Klaus; RÖTHEL, Anne. *Verbandsautonomie und Grundfreiheiten*, p. 17-23; EHLERS, Dirk. Allgemeine Lehren. In: EHLERS, Dirk (Hrsg.). *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, p. 165-166; ROTH, W.-H. *Op. cit.*, p. 1231-1247; KINGREEN, Thorsten. Grundfreiheiten. In: von BOGDANDY, Armin (Hrsg.). *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, p. 676-680; KINGREEN, T. *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 192-195; JAENSCH, Michael. *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten: Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73b EGV*, 321 p. e GANTEN, Ted Oliver. *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, 244 p.

<sup>126</sup> Em seu artigo, ROTH observa a relação que há entre as liberdades fundamentais do Tratado e a autonomia privada. Assim, a defesa da autonomia privada necessita de uma proteção não somente contra o Estado e os órgãos comunitários, mas também contra os privados. A isto o autor chama de efeito contra terceiros das liberdades fundamentais (*Drittwirkung der Grundfreiheiten*), ou ainda efeito horizontal das liberdades fundamentais. Trata-se de questão que não estava esclarecida. O próprio TJCE havia decidido diferentemente em alguns casos. Da mesma forma, a doutrina não apresenta uma unidade. ROTH, W.-H. *Op. cit.*, p. 1232.

O efeito contra terceiros de algumas liberdades é analisado à luz da jurisprudência. A primeira é a de bens. No Caso *Deutsche Grammophon c. Metro*<sup>127</sup>, o TJCE reconheceu um efeito das liberdades fundamentais contra terceiros, quando particulares têm a possibilidade de repartir o mercado ou disfarçar barreiras no comércio, com fundamento nos diferentes sistemas jurídicos dos Estados-membros. O mesmo aconteceu no Caso *Centrafarm*<sup>128</sup>, com o reconhecimento de um efeito direto contra terceiros do artigo 28 TCE. Posteriormente, viu ROTH uma mudança de curso na fundamentação da jurisprudência. No Caso *Dansk Supermarked*<sup>129</sup>, disse o TJCE que acordos entre privados não devem em nenhuma situação contrariar as disposições do Tratado sobre a livre circulação de bens. Esta decisão representava, até então, a mais clara decisão do Tribunal a favor de um efeito direto do artigo 28 TCE<sup>130</sup>. Contudo, a jurisprudência que se seguiu sempre afirmou claramente que os destinatários da proibição do referido artigo são os Estados-membros e não os privados, tendo com isso recusado um efeito contra terceiros deste artigo.

Na seqüência, ROTH trata da liberdade de circulação de pessoas. As decisões *Walrave e Koch* e *Donà* contêm claras orientações a um efeito contra terceiros das liberdades de circulação de pessoas e prestação de serviços<sup>131</sup>. Em *Walrave e Koch*<sup>132</sup> foi decidido que a unidade da aplicação do direito comunitário estaria comprometida se a observação das liberdades fosse apenas tarefa do Estado. Tal decisão se baseou no fato de que sem um efeito jurídico contra privados, as liberdades poderiam ser colocadas em dúvida por regras coletivas de associações privadas sobre condições de trabalho (*Rechtsetzung durch Private*)<sup>133</sup>. Em *Donà*<sup>134</sup>, o TJCE repetiu a decisão sobre a aplicação dos artigos 39 e 49 TCE em medidas que contenham uma regulamentação coletiva em âmbito de trabalho ou prestação de serviço. A liberdade de pessoas apresenta efeito direto contra terceiros quando se trate de associações de direito privado que executem barreiras através de acordos coletivos.

Assim, como ROTH observa de seus levantamentos, o TJCE não reconheceu um abrangente efeito contra terceiros nos artigos 28 e 29 TCE; quanto aos artigos 39, 43 e 49, ele atenta que as situações analisadas são anteriores aos casos sobre a livre circulação de bens e por isso as decisões devem ser relativizadas, pois tratavam-se somente de casos envolvendo discriminação por nacionalidade e que sempre se tratavam de entidades, e não de pessoas individuais<sup>135</sup>. Isto é, o TJCE se afasta de um efeito contra terceiros das liberdades fundamentais. Disto se entende, pelo menos até o que aqui foi visto, que as regras das liberdades fundamentais são destinadas ao Estado, o que reforça a argumentação da existência de uma linha divisória.

Uma outra maneira de analisar o efeito contra terceiros das liberdades fundamentais é à luz do sistema do Tratado. Inicia-se pelo caso dos direitos fundamentais, ao observar que para o direito comunitário não é desconhecido um

---

<sup>127</sup> Caso *Deutsche Grammophon c. Metro*, EuGH, Slg. 1971, p. 487.

<sup>128</sup> Caso *Centrafarm*, EuGH, 1974, Slg. 1974, p. 1183.

<sup>129</sup> Caso *Dansk Supermarked*, EuGH, Slg. 1981, p. 181.

<sup>130</sup> ROTH, W.-H. *Op. cit.*, p. 1235.

<sup>131</sup> *Idem*, p. 1237.

<sup>132</sup> Caso *Walrave e Koch*, EuGH, Slg. 1974, p. 1405.

<sup>133</sup> ROTH, W.-H. *Op. cit.*, p. 1238.

<sup>134</sup> Caso *Donà*, EuGH, Slg. 1976, p. 1333. ROTH, W.-H. *Op. cit.*, p. 1238.

<sup>135</sup> *Idem*, p. 1239.



efeito direto contra terceiros<sup>136</sup>. Assim a proibição de discriminação entre homens e mulheres por empregadores privados, do artigo 141 TCE. Tal transformação do princípio em direito fundamental com efeito contra terceiro representa a impaciência com o comportamento contrário ao Tratado de órgãos comunitários<sup>137</sup>. Também entende ROTH que, com isso, é difícil decidir diferente sobre a norma do artigo 12, n. 1, TCE, isto é, comportamentos privados, da mesma forma, estariam abrangidos por ela. Então a proibição de discriminação tem aplicação direta pelo juiz nacional<sup>138</sup>.

Diferentemente do efeito direto dos direitos fundamentais é o caso das liberdades fundamentais. Neste aspecto, é lembrado que a indefinição do círculo de destinatários das normas sobre as liberdades fundamentais, por si só, não é suficiente para ensejar uma aplicação contra os privados, até porque ROTH vê claramente que os destinatários dessas seriam somente os Estados-membros, em posição contrária aos casos envolvendo os direitos fundamentais.

Para a afirmação da linha divisória, ROTH ainda analisa o caso envolvendo as regras da concorrência. Como se sabe, o Tratado contém regras destinadas ao comportamento das empresas. Para ele, a função das regras da concorrência não poderia e nem deveria ser cumprida pelas liberdades fundamentais. Por isso, os legisladores criaram um sistema próprio que abrangesse comportamentos privados, o que exclui o emprego das liberdades para essa tarefa<sup>139</sup>. Os artigos têm um círculo de destinatários próprio e isto limita a liberdade de ação dos cidadãos comunitários. Esse círculo é integrado por empresas e por empresas que dominem o mercado, conforme os artigos 81 e 82 TCE. As regras também só são válidas se os comportamentos forem sensíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros. Tal ponderação, que não consta das regras das liberdades fundamentais, representa uma compatibilização entre o objetivo do mercado interno e a liberdade de ação do particular<sup>140</sup>.

Com isso é consolidado o estabelecimento de uma linha divisória entre as liberdades fundamentais e as regras da concorrência. Para confirmar, é referido que, na questão das liberdades fundamentais, as normas que prevêm justificações às limitações a elas impostas são destinadas aos Estados, e no caso da concorrência, citando o artigo 81, n. 3, lembra que a possibilidade de justificação de uma limitação à concorrência não é destinada às normas dos Estados<sup>141</sup>. Em resumo de sua sistemática interpretação das normas do Tratado, expressa ROTH que as liberdades e a concorrência representam uma nítida linha divisória entre comportamentos estatais e privados e que “Esta linha divisória não deve ser dissimulada através de um ilimitado efeito contra terceiros das liberdades”<sup>142</sup>. Assim, as liberdades devem ser entendidas como dirigidas aos Estados e, como visto, sua realização vêm geralmente ligada à

---

<sup>136</sup> A questão de se os direitos fundamentais apresentam efeito direto horizontal, no direito alemão e no direito comunitário, foi discutida em GUCKELBERGER, Annette. *Die Drittwirkung der Grundrechte*, p. 1151-1157.

<sup>137</sup> ROTH, W.-H. *Op. cit.*, p. 1240.

<sup>138</sup> *Idem*, p. 1241.

<sup>139</sup> Do pressuposto que as regras para as liberdades não estão dirigidas aos operadores privados também parte PESCATORE, antes de indicar a jurisprudência que estendeu a aplicação daquelas a estes. PESCATORE, Pierre. Public and private aspects of community competition law. In: HAWK, Barry E. (Hrsg.). *United States and common market antitrust policies*, p. 389-391.

<sup>140</sup> ROTH, W.-H. *Op. cit.*, p. 1242-1243.

<sup>141</sup> *Idem*, p. 1243.

<sup>142</sup> *Idem*, p. 1245.

proibição de discriminações, enquanto que as normas da concorrência seriam fundamentalmente dirigidas às empresas<sup>143</sup>. Isso é o que se considera, neste trabalho, em função da doutrina vista, linha divisória.

A principal evidência tida não é tanto o fato de terem as liberdades fundamentais efeito contra terceiros ou não. Muito mais importante para este estudo é a afirmação da existência de uma linha divisória entre estas e as normas garantidoras da liberdade de concorrência. Quanto a questão, vale antecipar que há normas do regramento da concorrência destinadas tanto às empresas (privados), como aos Estados-membros<sup>144</sup>. Assim o artigo 86<sup>145</sup> e os artigos 87 e 88 TCE. E, na visão aqui procurada, isso serve como um primeiro elemento relativizador da linha divisória. Parte desses artigos está na seção do Tratado destinada às normas aplicáveis às empresas, mas se dirige aos Estados-membros. Perante essa situação, como sustentar uma tão forte linha divisória?

Na visão de BAQUERO CRUZ, o artigo 86 TCE estende levemente o campo de aplicação das normas de concorrência aos Estados em suas relações especiais com certas empresas. Em função dessa aplicação reduzida, ele “não cobre todas os tipos de ação estatal que possam frustrar a aplicação das normas de concorrência”<sup>146</sup> e por isso sua extensão à jurisprudência sobre ação estatal anticompetitiva “poderia produzir efeitos perversos”<sup>147</sup>. A presença no Tratado de normas expressamente dirigidas aos Estados alimenta argumentos contra a extensão das demais a estes<sup>148</sup>.

Mas isso também é um argumento a favor. Os Estados deveriam se submeter àquelas e, mais ainda, a estas. Assim já é evidente na jurisprudência, com a criação da aplicação combinada de outros artigos com o artigo 10 TCE, este considerado proclamador de uma obrigação negativa<sup>149</sup>. Ademais, a nomeação explícita dos destinatários das normas pode ter se dado exclusivamente pelo caráter mais nefasto que as ajudas públicas comportam em comparação com os atos privados, cuja relevância também pode ser vista pela exclusividade da Comissão em sua aplicação<sup>150</sup> (carência de efeito direto, mantida nesse âmbito).

Um combate a essa linha divisória, baseada no efeito direto, é necessário para a consolidação de uma aproximação entre a liberdade de concorrência e as liberdades fundamentais e envolve mais argumentações que a existência de sua mera

---

<sup>143</sup> Quem também expressa, em um primeiro momento, que as normas do sistema de concorrência do Tratado seriam unicamente destinadas às empresas é CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 83-84.

<sup>144</sup> PESCATORE observa que, ao contrário das normas destinadas aos operadores privados, que estão sistematizadas, as normas destinadas à atividade competitiva dos Estados-membros não apresentam um sistema coerente. PESCATORE, P. *Op. cit.*, p. 381-382 e 385-387.

<sup>145</sup> O artigo 86 TCE se refere a três categorias de empresas, assim as públicas, as que os Estados concedem direitos especiais ou exclusivos e as encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham o caráter de monopólio fiscal. Sobre a vinculação do Estado a esta regra ver SCHWARZE, Jürgen. *Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts*, p. 622-626 e MESTMÄCKER, E.-J. *Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht: zur Bedeutung von Art. 90 EWGV*, p. 526-586.

<sup>146</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 217.

<sup>147</sup> *Idem*, p. 219.

<sup>148</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>149</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, p. 30.

<sup>150</sup> PESCATORE, P. *Op. cit.*, p. 403-404.

relativização<sup>151</sup>. Um dos caminhos para tanto seria acompanhar a doutrina que afirma que todas as liberdades fundamentais têm validade direta e criam direitos individuais, o que pode ser pensado a partir do Caso Angonese<sup>152</sup>. Ter efeito direto enseja, inclusive, que haja um esforço de elevação da liberdade de concorrência a esse rol superior de liberdades, justamente para se beneficiar desse efeito. Em verdade, é de ser observado que um dos motivos de querer elevar a liberdade de concorrência à liberdade fundamental é poder dar a ela efeito direto contra terceiro nessa condição, ao menos nas hipóteses relacionadas por ROTH, caso a concorrência já não o tivesse por sua própria força.

Os artigos 81 e 82 possuem aplicabilidade direta, atualmente em todo o seu conjunto, isto é, dão nascimento a direitos aos indivíduos<sup>153</sup>, com será visto no capítulo seguinte. Considerando que as reformas trouxeram a extensão do efeito direto a mais normas, uma complementaridade dos sistemas em função de um reconhecido efeito direto horizontal pode ser construída<sup>154</sup>.

O caminho seguido, todavia, é afastar a teoria da linha divisória com a utilização das teorias da publicização e da privatização, ou com a da complementaridade, a seguir vistas. A questão do efeito direto, ou não, servirá a outros raciocínios que acompanham este estudo.

### *1. Publicização, privatização e complementaridade das normas do Tratado*

A doutrina que combate a linha divisória trata da questão de se as regras do Tratado referentes à livre circulação de bens, em primeiro lugar, e as referentes às normas da concorrência devem ser consideradas como duas séries de regras distintas ou se existe entre elas uma vinculação que permite que uma se sirva da outra para o suprimento de lacunas. Sinteticamente, é possível se referir a estes fenômenos como publicização, privatização e complementaridade das normas do Tratado.

Inicialmente, é necessário entender o que é expressado por privatização. O Tribunal não considerou os princípios do artigo 28 TCE aplicáveis exclusivamente aos Estados-membros e os contidos nos artigos 81 e 82 exclusivamente às empresas. Para WAELBROECK, “a jurisprudência revela uma tendência para a ‘privatização’ das regras sobre a livre circulação de bens e à ‘publicização’ das regras da

---

<sup>151</sup> Vista pelo próprio ROTH, ao asseverar que “Uma aplicação das liberdades fundamentais em comportamentos privados só é possível sob condições particulares” e normalmente em vínculo com o artigo 6, frase 1 TCEE, hoje artigo 12, frase 1 TCE. ROTH, W.-H. *Op. cit.*, p. 1246. Para isso ele junta os exemplos antes citados de instituições privadas, às quais o Estado tenha transferido ou conferido tarefas estatais, e, como hipótese negativa, os casos em que a competência do Estado para estabelecer os limites entre as ações privadas e estatais ficasse prejudicada pela concessão de efeito contra terceiros às liberdades fundamentais. *Idem, ibidem*.

<sup>152</sup> Para KOENIG e HARATSCH, a nova jurisprudência do Tribunal comporta ver um efeito direto entre privados. Um *unmittelbare Drittwirkung* pode ser pensado após o Caso Angonese, EuGH, Slg. 2000, p. I-4139, apartado 34. KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*, p. 198.

<sup>153</sup> WAELBROECK, Michel. Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE. In: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. *et alli* (Hrsg.). *Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, p. 798.

<sup>154</sup> Uma complementaridade com este fundamento é o tema em NOWAK, C. *Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt*, p. 77-80 e 101-105.

concorrência aplicáveis às empresas”<sup>155</sup>. Assim, também se vale do Caso *Deutsche Grammophon c. Metro*, como ROTH, para observar que a proibição do artigo 28 TCE se dirige diretamente a titulares de direito de propriedade industrial, isto é, privados. Em reforço, cita o caso *Centrafarm*, do qual extrai uma aplicação mais geral do referido artigo, não somente aos Estados-membros, mas também aos particulares. Em *Dansk Supermarked* se vale o TJCE de uma linguagem ainda mais clara para afirmar que nenhum acordo entre particulares deve infringir as disposições do Tratado relativas à livre circulação de bens. Tal sentença reforça a tese de que o artigo 28 TCE não somente aos Estados-membros é dirigido, mas pode chegar a produzir efeitos horizontais (contra terceiros) nas relações entre indivíduos, isto é, vê WAELBROECK uma ‘privatização’ das regras sobre a liberdade de circulação de bens<sup>156</sup>. É de considerar que ele fundamenta a tese da privatização apenas sobre a liberdade de circulação de bens, mas que ROTH citou um caso fundado na de pessoas, qual seja o Caso *Walrave e Koch*<sup>157</sup>, e um na de prestação de serviços, qual seja o Caso *Donà*<sup>158</sup>, ainda que para reconhecer um efeito direto limitado.

O seguimento do estudo considera a publicização das normas. Esta tese observa que os artigos 81 e 82 são a expressão de um princípio geral que obriga os Estados-membros, bem como as empresas privadas a não restringir o jogo da concorrência. Assim, o Caso *Deutsche Grammophon c. Metro* representou o sinal de uma ofensiva geral de que os Estados não deviam adotar regras suscetíveis de reduzir a nada o efeito dos referidos artigos<sup>159</sup>. Também no Caso *GB-INNO-BM c. ATAB*<sup>160</sup> reconheceu o Tribunal que não obstante eles se dirigirem às empresas, não é menos verdade que o Tratado impõe aos Estados não criar ou manter disposições reguladoras suscetíveis de eliminar o efeito útil dessas disposições<sup>161</sup> e prejudicar a

---

<sup>155</sup> WAELBROECK, M. *Op. cit.*, p. 784.

<sup>156</sup> Assim, para WAELBROECK, “Não parece mais possível colocar seriamente em dúvida que a Corte de Justiça considera atualmente como suscetíveis de serem interditados pelo artigo 28 do Tratado não somente as disposições do direito nacional que permitam restringir a importação, mas também as ações intentadas com esta finalidade por pessoas privadas perante jurisdições nacionais. Pode-se concluir que o princípio de liberdade de circulação de bens obriga tanto os particulares como os Estados-membros”. WAELBROECK, M. *Op. cit.*, p. 786. Esta mesma seqüência de casos é usada por PESCATORE para exemplificar uma direta aplicação das regras da liberdade de circulação de bens aos operadores privados. PESCATORE, P. *Op. cit.*, p. 390-391.

<sup>157</sup> ROTH, W.-H. *Op. cit.*, p. 1237.

<sup>158</sup> *Idem*, p. 1238.

<sup>159</sup> WAELBROECK, M. *Op. cit.*, p. 787.

<sup>160</sup> Caso *GB-INNO-BM c. ATAB*, EuGH, Slg. 1977, p. 2115, apartados 28 a 31 e 34.

<sup>161</sup> Efeito útil é considerado um critério suplementar em direito internacional público. Segundo esta regra, não se admitem dispositivos ociosos em um tratado, devendo as regras destes ser interpretadas de forma a lhes conferirem eficácia em conformidade com os fins propostos. SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 52, nota de rodapé número 25. Também sobre o dever de abstenção do Estado, ou proclamada obrigação negativa do artigo 10 TCE, ou ainda doutrina do efeito útil, ver CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ. Trata-se a situação de uma obrigação negativa dos Estados-membros orientada a impedir que eles promulguem normas nacionais que favoreçam as empresas a desconsiderar, romper ou não cumprir as regras da concorrência, pois do contrário o Tratado perderia o seu efeito, mas que também encontra aplicação em outros setores do direito comunitário. Inicialmente, não havia uma disposição expressa que impusesse aos Estados-membros a obrigação geral de não editar uma legislação contrária às normas da concorrência, situação que diferia da das normas das liberdades, que possuíam efeito direto. O controle era realizado em momento posterior e terminou sendo sempre por via do Tribunal. Os artigos 81 e 82 TCE não serviam a este trabalho, pois eram destinados às empresas. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 30-44. Uma limitação da doutrina do efeito útil, todavia, não é desconhecida, bem como também não é o escasso impacto que tem atualmente a jurisprudência que a

concorrência<sup>162</sup>. Para WAELBROECK, “Esta sentença é importante na medida em que estabelece que um Estado-membro deve se abster de toda medida que permita as suas empresas obterem um resultado que, na ausência da medida, lhes seria interdito pelos artigos 85 e 86 TCEE”<sup>163</sup>. No referido caso havia uma condução de preços por parte de um Estado-membro<sup>164</sup>.

Em uma análise valorativa, vê o autor, então, “que tanto as regras sobre a liberdade de circulação de bens como as regras de concorrência tendem à realização de um objetivo único, a saber, a criação do mercado comum”<sup>165</sup>. Haveria, nessa afirmação, uma espécie de refutação às teses de linha divisória, da própria publicização e de privatização, e mesmo uma já superação delas, pois, uma vez aproximadas, teriam evoluído a um estágio de complementaridade<sup>166</sup>, o que é diferente de um estágio reciprocamente excludente. A complementaridade, nesse sentido, inicialmente restrita à publicização e privatização das regras, é uma terceira argumentação contra a existência de uma linha divisória. Também para NOWAK uma relação de complementaridade (*Komplementärverhältnis*)<sup>167</sup> entre liberdade de concorrência e liberdades fundamentais pode ser construída a partir do fato de que ambos os sistemas servem aos objetivos do Tratado. Entre eles há uma identidade funcional (*Funktionsidentität*)<sup>168</sup>, reforçada pelas reformas na concorrência<sup>169</sup>.

Essa complementaridade, em NOWAK em função de medidas que afetem tanto um sistema quanto o outro<sup>170</sup>, bem como no efeito direto horizontal das liberdades<sup>171</sup>, soluciona a possibilidade de que particulares imponham restrições às trocas sob a alegação de que não infringem os artigos 81 e 82, bem como a possibilidade de o Estado colocar suas empresas em posição de obter um resultado proibido pelas regras da concorrência, com a alegação de que não infringe o artigo 28 TCE<sup>172</sup>, e assim estaria compatível o ato com o Tratado. A complementaridade é, pois, o contrário do antes visto. Uma norma ou uma prática, seja o que for, vindas de onde venham, não devem infringir o Tratado como um todo. Isso elimina a divisão.

---

invoca para resolver casos de infração pelos Estados-membros das regras comunitárias da concorrência. O alcance limitado seria devido ao fato de a doutrina não alcançar todas as intervenções estatais imagináveis, mediante as quais a autoridade pública pudesse afetar a autonomia empresarial. E o escasso impacto é devido à uma desproporção entre o número de acusações e o número de imputações efetivamente feitas contra os Estados-membros. As causas deste contraste seriam a alternância de interpretações extensivas com interpretações restritivas aplicada a vários casos levados ao Tribunal e o fato de que o direito comunitário da concorrência arbitra soluções específicas para determinadas intervenções dos Estados-membros no mercado, como nos casos de empresas públicas, monopólios do Estado e ajudas estatais. *Idem*, p. 44-48.

<sup>162</sup> WAELBROECK, M. *Op. cit.*, p. 788. Críticas a esta decisão, pelo fato de o Tribunal não ter avançado o quanto era de se esperar, isto é, condenar e declarar incompatíveis com o Tratado as legislações em questão, o que só veio a ocorrer posteriormente, foram feitas em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 84-87 e 90.

<sup>163</sup> WAELBROECK, M. *Op. cit.*, p. 788.

<sup>164</sup> O caso está comentado em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 88-91.

<sup>165</sup> WAELBROECK, M. *Op. cit.*, p. 793 e DREXL, J. *Op. cit.*, p. 789.

<sup>166</sup> WAELBROECK, M. *Op. cit.*, p. 793.

<sup>167</sup> NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 97-105.

<sup>168</sup> *Idem*, p. 80.

<sup>169</sup> *Idem*, p. 77-106. A contribuição das reformas para a relação do direito da concorrência com as liberdades fundamentais no mercado interno foi ressaltada em NOWAK. *Idem*, p. 77-80.

<sup>170</sup> *Idem*, p. 98.

<sup>171</sup> *Idem*, p. 101-105.

<sup>172</sup> Levantada em WAELBROECK, M. *Op. cit.*, p. 793.

WAELEBROECK, conhecendo os argumentos contrários aos seus, refuta a idéia de que o Estado, quando limita a concorrência, o faz por interesse geral, e por tal deveria ser submetido a um regime menos exigente que as empresas. Baseia-se, para justificar um trato igualitário a ambas as situações, na concepção econômica contemporânea de que a distinção entre o Estado e operadores econômicos tende aos poucos a desaparecer e na forte influência que grupos de interesses diversos têm sobre o Estado, inclusive ao ponto de tornarem seus interesses particulares interesses gerais. E mesmo a autorização dos Estados de criação de monopólios nacionais “não significa que eles disponham de uma liberdade absoluta de restringir a concorrência” sem se submeter às regras do Tratado<sup>173</sup>.

A primeira conclusão é que uma medida estatal, que se relacione às regras da concorrência, mesmo que o Estado não seja destinatário destas, cairia sob o domínio do artigo 10, n. 2 TCE<sup>174</sup>. Portanto, “A medida estatal deverá ser examinada quanto ao seu conteúdo, as circunstâncias de sua adoção, os objetivos perseguidos, afim de se verificar se ela é justificada pelas considerações de interesse geral conforme os objetivos do Tratado ou se ela não visa, em realidade, proteger certas categorias de operadores econômicos contra uma concorrência tida como excessiva”<sup>175</sup>, exatamente como seria avaliada uma questão privada.

O entendimento sobre a complementaridade das normas não visa condenar as formas de intervenção do Estado na economia, “mas permitirá unicamente evitar que certos operadores, por uma manifestação hábil dos instrumentos do poder, subtraíam as proibições do Tratado”. Ela assegura uma coerência e uma aplicação igualitária e eficaz do direito comunitário<sup>176</sup>, que se contrapõe ao entendimento de que as normas do Tratado possuem destinatários diferentes.

## *2. Paralelismo, diferenças e incoerências nas regras e na sua aplicação*

Uma segunda doutrina que se contrapõe à linha divisória é a do paralelismo, agregado a diferenças e incoerências das normas das regras da concorrência e das liberdades, que retrata a falta de coerência na jurisprudência do Tribunal. Através desta, em matéria de liberdades de circulação e de concorrência, o Tribunal teria desenvolvido o princípio da interpretação teleológica<sup>177</sup>. Segundo este, o mercado interior seria formado por dois pilares, compostos pelas regras das liberdades e da concorrência<sup>178</sup>. Perante isso, o paralelismo sustentado com decisões jurisprudenciais é de fundamental importância para este estudo.

---

<sup>173</sup> WAELEBROECK, M.; FRIGNANI, A. *Op. cit.*, p. 201-204 e WAELEBROECK, M. *Op. cit.*, p. 799.

<sup>174</sup> *Idem*, p. 800. A evolução jurisprudencial desta interpretação, melhor tratada a seguir, pode ser conhecida em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 83-118.

<sup>175</sup> WAELEBROECK, M. *Op. cit.*, p. 802.

<sup>176</sup> *Idem*, p. 803.

<sup>177</sup> A utilização deste princípio de interpretação para o encontro das soluções nos laudos arbitrais do Mercosul é evidenciada em ARAUJO, Nadia de. *O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul e as opiniões consultivas: análise dos laudos arbitrais, sua ligação com a common law e algumas idéias para o futuro*, 28 p.

<sup>178</sup> STUYCK, Jules. Libre circulation et concurrence: les deux piliers du marché commun. In: DONY, Marianne (Coord.). *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*, p. 1477-1498.

Liberdades e concorrência possuem papéis complementares para STUYCK. O objetivo de eliminar os obstáculos existentes à realização de um mercado interno e de evitar que a realização deste seja marcada pela criação de novos obstáculos é comum a ambos os regramentos. Existe, então, em função do papel complementar, uma interação entre eles, manifestada por uma influência das disposições das liberdades sobre as da concorrência e por uma influência inversa, das regras da concorrência nas liberdades<sup>179</sup>. O primeiro período seria ilustrado pelo Caso Consten e Grundig<sup>180</sup> e o segundo começou com o Caso Dassonville<sup>181</sup>, cujo fundamento teve seu apogeu com o Caso Cassis de Dijon<sup>182</sup>, tendo ainda evoluído para a nova interpretação do Caso Keck e Mithouard<sup>183</sup>. Como já se viu, essa jurisprudência foi duramente criticada em razão da incerteza que ela criou.

A doutrina trata depois das diferenças. Elas se referem à natureza técnica das regras, “não somente em razão das diferenças entre os destinatários, mas igualmente em razão de suas funções no seio da política comunitária. As regras da concorrência são um instrumento de uma política comunitária no sentido próprio do termo, já que dão às instituições comunitárias (e em particular à Comissão) importantes poderes para uma ação autônoma, e as disposições em matéria de livre circulação têm unicamente vocação a limitar a ação dos Estados-membros (...). Uma das conseqüências desta diferença é a existência de uma regra *de minimis* em matéria de concorrência e a ausência de uma tal regra em matéria de livre circulação”<sup>184</sup>. Argumento semelhante, de existência de uma linha divisória, já tinha sido visto em ROTH fundado na não-existência de um efeito direto das normas das liberdades fundamentais. Todavia, para STUYCK, essas diferenças não são absolutas e até mesmo a jurisprudência Keck e Mithouard poderia ser interpretada como uma regra *de minimis* às liberdades fundamentais, já que as medidas estatais não afetavam de maneira direta o comércio entre os Estados-membros<sup>185</sup>.

A doutrina também trata das coerências e incoerências na aplicação das regras. Os ordenamentos têm os mesmos objetivos, mas destinatários diferentes, segundo certos entendimentos vistos. E muitas vezes o Tribunal foi chamado a julgar a ação conjunta de Estados-membros e operadores privados. Em função disso, a jurisprudência apresentou certas incoerências. Contudo, o resultado geral objetivado teria sido satisfatório, pois resultou “numa cobertura mais ou menos completa do terreno e numa segurança jurídica aceitável”<sup>186</sup>, fato que STUYCK sustenta na análise de casos em que as regras da concorrência foram aplicadas na cumplicidade entre Estados-membros e empresas e na aplicação (ou não) das disposições em matéria de livre circulação às ações de privados. Com tais interpretações é possível pensar que as regras têm destinatários diferentes justamente para poder cobrir todo o terreno de obstáculos que possam afetar a realização do mercado comum. Uma linha divisória, nesse caso, seria tão benéfica quanto a não-existência de uma linha divisória para a

---

<sup>179</sup> *Idem*, p. 1480.

<sup>180</sup> Caso Consten e Grundig, EuGH, Slg. 1966, p. 299.

<sup>181</sup> Caso Dassonville, EuGH, Slg. 1974, p. 837.

<sup>182</sup> Caso Cassis de Dijon, EuGH, Slg. 1979, p. 649.

<sup>183</sup> Caso Keck e Mithouard, EuGH, Slg. 1993, p. I-6097.

<sup>184</sup> STUYCK, J. *Op. cit.*, p. 1485.

<sup>185</sup> *Idem*, p. 1486.

<sup>186</sup> *Idem*, p. 1487.

coibição por toda e qualquer norma do Tratado de toda e qualquer prática, seja ela atentatória às liberdades fundamentais ou à liberdade de concorrência.

Os casos estudados por STUYCK tiveram a aplicação direta do artigo 10 TCE, sobre os deveres e as obrigações dos Estados-membros de não criar ou manter medidas suscetíveis de eliminar o efeito útil das regras da concorrência aplicáveis às empresas. Isto é, essa aplicação combinada com o artigo 81 TCE tornou o Estado destinatário das regras da concorrência. E ao inverso, embasar a aplicação das normas das liberdades fundamentais aos privados, também serviu o referido artigo. Anteriormente foi abordado o fato de as regras das liberdades terem sido aplicadas ao comportamento de operadores privados encarregados por atos legislativos ou regulamentares de fixar regras de condutas a determinadas associações, que obstaculizem a livre circulação de mercadorias. Assim Walrave e Koch, Donà e Bosman<sup>187</sup>, nos quais o Tribunal considerou que a abolição dos obstáculos à livre circulação seria comprometida por obstáculos resultantes do exercício da autonomia jurídica de outras associações ou organismos. Isto é, regras que tinham os Estados-membros como destinatários, mas que foram aplicadas aos operadores privados.

Essa construção jurisprudencial, é imperioso dizer, é tida por STUYCK como criticável e contrária ao Tratado. O autor pendente-se mais preferencialmente à interpretação do Tribunal no Caso Comissão c. França<sup>188</sup>, no qual o governo francês se abstinha de tomar medidas para fazer cessar atos de vandalismo que prejudicavam a livre circulação de certos produtos agrícolas originários de outros Estados-membros. Nele as regras da livre circulação não foram aplicadas aos operadores privados, mas sim ao destinatário Estado-membro, por ele tido como o correto, o que ainda teria servido para restabelecer a linha divisória entre as responsabilidades que lhe são próprias<sup>189</sup>. Assim, tratando-se de operadores privados, valem as regras da concorrência. Se um Estado-membro é cúmplice de um comportamento de empresas contrário ao Tratado, age ele em discordância com o artigo 10 TCE.

Em que pese a contrariedade particular de STUYCK, foi feita a aplicação conjunta dos dispositivos de livre circulação e do artigo 10 TCE para a condenação de Estado-membro em casos em que as regras da concorrência não puderam ser aplicadas a operadores privados, com vistas a abranger certas formas de protecionismo. Bem como uma aplicação conjunta das regras da concorrência com o artigo 10 TCE para os casos em que os operadores privados não fossem as empresas, isto é, onde os Estados-membros favorecessem a conclusão de acordos contrários à concorrência. Assim GB-INNO-BM c. ATAB<sup>190</sup> e van Eycke<sup>191</sup>.

Tal fenômeno jurisprudencial já tinha sido levantado por WAELBROECK e pode ser entendido como uma inversão ou mesmo uma mistura do rol de destinatários, o que, por sua vez, para os objetivos deste estudo, pode ser visto como uma aproximação de ambas as regras a um único pilar (de proteção). A idéia inicial de paralelismo merece este parêntese, a saber, se seria possível pensar numa união dos

---

<sup>187</sup> Caso Bosman, EuGH, Slg. 1995, p. I-4921. A questão envolvida pode ser conhecida em VIEWEG, Klaus; RÖTHEL, Anne. *Verbandsautonomie und Grundfreiheiten*, p. 6-11.

<sup>188</sup> Caso Comissão c. França, EuGH, Slg. 1997, p. I-6959.

<sup>189</sup> STUYCK, J. *Op. cit.*, p. 1491.

<sup>190</sup> Caso GB-INNO-BM c. ATAB, EuGH, Slg. 1977, p. 2115.

<sup>191</sup> Caso van Eycke, EuGH, Slg. 1988, p. 4769.



dois pilares em um só. Isto é, a Comunidade ser sustentada por um único pilar, de base mais larga, mais ampla<sup>192</sup>. A idéia que se propõe está mais vinculada a um pilar, com tais características, de liberdades fundamentais, no qual se encontraria também a liberdade de concorrência, introduzida como a quinta liberdade fundamental.

A conclusão de STUYCK é que ambas as regras servem à interdição dos obstáculos estatais e privados ao comércio comunitário, isto é, possuem o mesmo objetivo<sup>193</sup>. Todavia, elas possuem destinatários diferentes. Isso não o afasta de ver uma coerência, em primeiro lugar no fato de que ambos os regulamentos só são aplicáveis a partir do momento em que o comércio entre os Estados-membros seja afetado de maneira sensível (visão do Caso Keck e Mithouard como uma regra *de minimis* da liberdade de circulação). Para ele, a aplicação dessa diversidade de regras fez com que a jurisprudência hesitasse perante a cumplicidade entre Estado e empresas, o que teria conduzido a lacunas e mesmo a contradições na garantia do mercado comum<sup>194</sup>.

Não é possível terminar a discussão sem retornar à questão da destinação do artigo 86, n. 1 TCE e das regras das ajudas públicas dos artigos 87 e 88 aos Estados-membros, em pleno capítulo de regras destinadas à concorrência e, em concepção, às

---

<sup>192</sup> A proposta de união de pilares não é nenhuma aberração. BAQUERO CRUZ, baseado num caráter provisório dos pilares da União Européia (que não são os mesmos que os que se vinha falando), vislumbra que o destino mais provável deles é “passar a formar parte de um só pilar (...) em um futuro próximo”. Vale referir que estes pilares, pois concretos, são mais abrangentes que aqueles. BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 85. Uma união destes ensejaria um acompanhamento daqueles. A União Européia se sustenta sobre três colunas, segundo o artigo 1º. TUE. KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 2. A coluna clássica é constituída pelas duas Comunidades fundadas em 1957. Mesmo participando conjuntamente da primeira coluna, estas Comunidades não perderam as suas autonomias jurídicas. FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maïke. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*, p. 28. Antes pelo contrário, o artigo 47 TUE expressamente garante esta autonomia. O objetivo do primeiro pilar é de finalidade ampla, relativa ao progresso econômico e social equilibrado e sustentável, que se relaciona com a criação de um espaço sem fronteiras, com os objetivos de fortalecimento da coesão econômica e social e com o então estabelecimento da união econômica e monetária. Com o Tratado da União Européia, surgiram duas novas colunas. A Política Externa e de Segurança Comum, disciplinada nos artigos 11 a 28 TUE, passou a ser a segunda coluna e a então Colaboração no Âmbito da Justiça e Interior passou a ser a terceira. A segunda prende-se à identidade da União junto ao cenário internacional no que diz respeito à concretização de sua política exterior e de segurança comum. Já a terceira vinculava-se à criação de uma cidadania da União, com a finalidade de proteger direitos e interesses dos seus nacionais. Nova modificação foi introduzida pelo Tratado de Amsterdam, que passou a denominar a terceira coluna de Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal, disciplinada nos artigos 29 a 42 TUE. As novas colunas servem para oferecer aos cidadãos um alto grau de segurança em um espaço de liberdade, de segurança e de direito. *Idem*, p. 29. Segundo o artigo 35 TUE, os atos jurídicos emanados no âmbito das três colunas estão submetidos ao controle judicial exercido pelo Tribunal. A segunda e a terceira colunas têm caráter intergovernamental. O TUE havia disciplinado uma complexa unificação da coluna supranacional com as intergovernamentais. KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 5. Mesmo com as modificações trazidas por Amsterdam e Nice, elas permanecem como colunas intergovernamentais, isto é, os Estados mantêm a competência soberana sobre elas. *Idem, ibidem*. Posteriormente, alguns assuntos foram deslocados da terceira coluna para a primeira. Isto significa dizer que deixaram de ser afetos a decisões intergovernamentais e passaram a ser a decisões de caráter supranacional. Amsterdam trouxe para a primeira coluna assuntos como Schengen, asilo e imigração e manteve nela a união monetária. Assim, aqueles assuntos saíram de uma coluna intergovernamental para uma supranacional. Mesmo com as modificações trazidas por Amsterdam e Nice, os Estados-membros permanecem como soberanos das colunas intergovernamentais.

<sup>193</sup> Assim também já visto em NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 77-106.

<sup>194</sup> STUYCK, J. *Op. cit.*, p. 1496.

empresas<sup>195</sup>. Então perante tamanha confusão, não vale uma unificação dos pilares e o exercício de uma clara complementaridade entre as regras, na busca da melhor solução aos casos, sejam eles em matéria de concorrência ou de liberdades fundamentais?<sup>196</sup> É, sim, possível vislumbrar que o Tribunal estava a buscar nas liberdades as regras que faltassem à concorrência, e vice-versa, para um melhor alcance do mercado interno. A manutenção de uma rígida linha divisória teria prejudicado esse objetivo e a não-manutenção, anteriormente defendida em algumas doutrinas, teria permitido e mesmo impulsionado esse alcance.

### 3. Aplicação combinada dos artigos 3º., n. 1, 10, 81 e 82 TCE

O que também é observado na doutrina é uma análise em conjunto, sob um manto constitucional<sup>197</sup>, de elementos normalmente vistos em separado. Nesse sentido, a obra de BAQUERO CRUZ tem como ponto de partida a interação e as lacunas do direito constitucional econômico comunitário existentes entre as disposições da concorrência e da livre circulação no Tratado. Normalmente esses elementos são analisados em separado, como visto. Doutrinariamente, o autor debita essa questão à especialização dos juristas, que os leva a concentrarem-se em suas áreas. Ante o vácuo criador de um espaço entre livre circulação e liberdade de concorrência, o qual é considerado uma terra de ninguém (*tierra de nadie*)<sup>198</sup>, ele propõe uma análise em conjunto desses elementos.

A proposta leva em consideração os caracteres constitucionais e complementares das normas. As de livre circulação possuem caráter constitucional, ao tratarem de disposições que limitam o exercício das competências dos Estados-membros, uma vez que conferem diretamente direitos individuais. As da concorrência, por sua vez, devido ao seu caráter complementar, não deveriam ser classificadas em níveis diferentes do que o constitucional atribuído àquelas<sup>199</sup>.

O pretendido com essa equiparação, em termos finais, é a aplicabilidade das normas de livre circulação a condutas protecionistas privadas e das disposições da concorrência a comportamentos dos Estados, o que também já foi visto de outras formas, e aqui se constitui em mais uma doutrina que enfrenta a existência de uma linha divisória. A partir disso, o autor vê a possibilidade do surgimento de um sistema

---

<sup>195</sup> Sobre as duas categorias distintas de destinatários que teriam as regras da concorrência, assim os operadores privados e públicos, ver BERNARD, Nicolas. *La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le Traité CE sous l'angle de la compétence*, p. 27-28. Sobre uma renúncia à divisão entre os destinatários e sobre uma vinculação dos Estados a todas as regras ver SCHWARZE, J. *Op. cit.*, p. 613 e 622-626.

<sup>196</sup> Outra sugestão de unificação de sistemas para facilitar o controle das atividades não apenas dos operadores privados, mas também dos Estados-membros, isto é, uma unificação não entre os sistemas de concorrência e de liberdades, mas das regras destinadas aos operadores privados e públicos, em função da base comum que elas apresentam, especialmente o artigo 3º., letra g TCE, foi apresentada em PESCATORE, P. *Op. cit.*, p. 382-395.

<sup>197</sup> A interpretação de ambos os sistemas como garantia da ordem constitucional econômica também pode ser conferida em NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 85-91 e 105.

<sup>198</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 21. Ou ainda *terra incognita* e *grey area*, conforme é visto em PESCATORE, P. *Op. cit.*, p. 396 e 430.

<sup>199</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 22. Neste mesmo sentido está DREXL, que tinha o direito da concorrência como parte material do direito constitucional comunitário e receptor da influência de seus princípios mesmo antes da proposta de 2004 para uma Constituição Européia. DREXL, J. *Op. cit.*, p. 747-777.

baseado na análise de questões até então distintas e freqüentemente estudadas em separado. Aí reside o grande mérito da obra: buscar encontrar uma outra conexão significativa entre diferentes ordenamentos. Suspende-se aqui o raciocínio, para aguardar uma melhor compreensão do desenvolvimento da idéia.

O primeiro passo foi delimitar o direito constitucional da Comunidade Européia, elaborando um conceito de constituição renovado, tido como operativo<sup>200</sup>, que observe a interação e as lacunas entre livre circulação e liberdade de concorrência<sup>201</sup>.

BAQUERO CRUZ não desconhece os vários projetos intentados ao longo dos anos que poderiam ter como resultado uma ‘desconstitucionalização’ das normas de concorrência e livre circulação. Uma seleção de disposições a serem levadas à constituição poderia simplesmente expulsar do texto todas as políticas da Comunidade. Mesmo assim, destaca o autor que “as liberdades econômicas e as normas básicas de concorrência contidas no Tratado constituem uma contribuição original do direito comunitário ao direito constitucional econômico contemporâneo, assim como uma das chaves do êxito da Comunidade na consecução de seus objetivos”<sup>202</sup>. O autor não acreditava seriamente na possibilidade de reforma ou de determinação a essas disposições de um patamar inferior<sup>203</sup>. Todavia, não descartava que uma versão mais curta do Tratado não as incluísse<sup>204</sup>.

Cabe uma questão a respeito desse temor. A Comunidade até agora não dispunha de uma constituição na acepção material da palavra. A doutrina só identificava materiais constitucionais dispersos e mesmo assim encontrou argumentos aqui e acolá e na jurisprudência do Tribunal para considerar o Tratado e todo o

---

<sup>200</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 37. Uma constituição, segundo o conceito operativo de BAQUERO CRUZ, “é um conjunto distinto de normas, princípios e valores que: i) deriva sua vigência da aceitação por parte da maioria das pessoas que vivem na comunidade política a que ela se refere; ii) estabelece órgãos aos que se encomendam certas responsabilidades relativas ao governo da comunidade política e as competências necessárias para desempenhá-las; iii) cria uma esfera de liberdade protegida frente a poderes públicos e privados para as pessoas que vivem na comunidade política; iv) prevê a possibilidade de participação democrática e troca de governo depois de um período de tempo determinado; e v) não possa ser objeto de controle judicial com respeito a outras normas jurídicas, as quais serão expulsas do ordenamento jurídico pelo poder judicial se contrárias a ela”. *Idem*, p. 39. Na análise destas características, observa pontualmente a exclusão de elementos tradicionais, como soberania, separação de poderes, sistema de pesos e contrapesos e poder constituinte. Todavia, observa que “os possíveis silêncios da constituição sobre alguns aspectos fundamentais são tão ou mais importantes que suas disposições positivas na hora de compreender e interpretá-la”. *Idem*, p. 46.

<sup>201</sup> As políticas da Comunidade estão na parte terceira do Tratado. Lá se encontra o que BAQUERO CRUZ denomina de políticas diretamente aplicáveis. Estas não seriam simplesmente políticas, mas sim direito constitucional diretamente aplicável. É o caso do artigo 82 TCE, que proíbe de forma clara e incondicional certas condutas de empresas. Lá se encontram também normas que se limitam a anunciar competências. Este é o caso do artigo 95 TCE, relativo à adoção de medidas de aproximação das disposições legais. Ambas as normas pertencem ao direito constitucional comunitário, mas as de efeito direto podem ser invocadas pelos particulares perante tribunais nacionais e estes têm a obrigação de aplicá-las. Entre estas, “as de livre circulação e de concorrência parecem ter um caráter fundamental, pela generalidade das obrigações que estabelecem, a força de sua formulação e sua conexão direta com os objetivos essenciais do Tratado”. *Idem*, p. 119.

<sup>202</sup> *Idem*, p. 148.

<sup>203</sup> Especulações sobre a presença dos dois sistemas de regras na Constituição haviam sido feitas em NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 91-97.

<sup>204</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 144-150.

ordenamento econômico uma constituição<sup>205</sup>. Do Tratado é certo que a livre circulação e a concorrência não vão sair. Então, caso surja uma constituição que não disponha nada sobre livre circulação e sobre concorrência, perderiam estes elementos o *acquis communautaire* e todo o esforço argumentativo seria em vão? Por certo não!

De fato, desde 29 de outubro de 2004 existe para receber as ratificações dos Estados-membros uma proposta de Constituição para a Europa. Quase todo o Tratado da Comunidade Européia está incorporado nesta, em sua Parte III. Assim também as regras referentes às liberdades fundamentais e à liberdade de concorrência. O Tratado, inclusive, deverá ser revogado com a sua aprovação definitiva. As regras constitucionais para as liberdades estão nos artigos I-4, I-9 e III-133 e seguintes e as regras para a liberdade de concorrência estão nos artigos I-3, I-13 e III-161 e seguintes. Nada foi alterado em conteúdo, com exceção da conversão do termo mercado comum em mercado interno. As reformas ocorridas nas regras da concorrência, trabalhadas no próximo capítulo, podem ser tomadas como uma preparação para a entrada da concorrência na Constituição<sup>206</sup>. E mais, as reformas podem ter dado às regras da concorrência a garantia de sua manutenção no texto, caso as liberdades entrassem e elas viessem a ficar de fora.

Sobretudo, podem ter também servido à preparação para a nova posição funcional de destacamento garantida às normas da liberdade de concorrência. Em evidência, elas se encontram, hoje, justamente ao lado das regras destinadas às liberdades fundamentais, tudo no Capítulo I, no Título III, da Parte III da proposta. Isso é, pela complementaridade que apresentam quanto ao objetivo do mercado interno, foram positivamente reunidas. Houve um deslocamento das regras da concorrência do grupo das outras políticas para o das liberdades. Muitas das demais políticas permaneceram juntas, e distantes, nos capítulos que seguem. Mas a da concorrência foi aproximada. Seria esse o resultado das visões aqui já expressadas quanto a uma preferência entre as políticas, o que permitiria um destacamento, quanto a uma extensão dos efeitos diretos horizontais, enfim, do processo de aproximação que se está discutido? É bem possível que sim.

Em um segundo momento do estudo de BAQUERO CRUZ, são feitas considerações sobre a relação entre concorrência e livre circulação<sup>207</sup>. A estrutura

---

<sup>205</sup> O estudo observa que uma constituição da Comunidade Européia vem sendo formada em sucessivos momentos, com início na assinatura do TCECA, mas que “a Comunidade somente conta com um conjunto heterogêneo de ‘materiais constitucionais’”. *Idem*, p. 79. Segundo BAQUERO CRUZ, “Poderia se dizer que a maior lacuna no direito constitucional comunitário é a própria constituição. A consideração do Tratado como constituição é uma ficção jurídica à falta de algo melhor”. *Idem*, p. 81. Uma evolução progressiva da jurisprudência, com especial importância ao Caso Les Verts, de 1986, o leva a afirmar que o Tribunal passou a se referir ao Tratado como uma constituição. Caso Les Verts, EuGH, Slg. 1986, p. 1339. *Idem*, p. 89. Neste sentido estão SCHWARZE, J. *Das Recht als Integrationsinstrument*. In: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. *et alli* (Hrsg.). *Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, p. 639 e MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Op. cit.*, p. 557. A doutrina mercosulista já observa esta movimentação. VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 127-132.

<sup>206</sup> TERHECHTE, J. P. *Op. cit.*, p. 108, 115 e 124.

<sup>207</sup> Como já referido, NOWAK vê uma relação de complementaridade entre liberdade de concorrência e liberdades fundamentais a partir do fato de que ambos os sistemas servem aos objetivos do Tratado. Entre eles há uma identidade funcional, reforçada pelas atuais reformas no sistema da concorrência. NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 77-106. Uma relação também é mencionada em DREXL, J. *Op. cit.*, p. 776-777 e 789.

básica comunitária se baseia em uma distribuição normativa, segundo a divisão entre o público e o privado (estaria o autor se referindo à linha divisória?), conforme os objetivos do Tratado em âmbito econômico. Ocorre que há situações que não bem se enquadram a essa rígida divisão<sup>208</sup>. Para a solução desses problemas foi chamado o Tribunal<sup>209</sup>. Este procedeu uma extensão do campo de aplicação das normas de livre circulação a certas condutas privadas e uma aplicação das normas da concorrência a certas formas de ação estatal. No mesmo sentido, a aproximação das legislações nacionais teve como conseqüência a redução das diferenças entre ambos os grupos normativos<sup>210</sup>, analisando as semelhanças e diferenças entre eles e identificando quais foram as soluções encontradas pelo Tribunal para as lacunas surgidas. Ainda, destaca o caráter complementar de livre circulação e concorrência.

São realmente complementares, questiona o autor. A resposta dele a questão passa por duas considerações. Primeiro, como já visto, ambos os grupos têm fundamento constitucional, e segundo, desde o Relatório Spaak estavam intimamente ligados, pois a introdução das normas de concorrência tinha como objetivo evitar que as empresas privadas erigissem novas barreiras ao comércio, no lugar das que haviam sido abolidas pelas normas das liberdades<sup>211</sup>.

Mas as diferenças não podem ser esquecidas. As normas de livre circulação não contam com uma regra *de minimis*<sup>212</sup>, com efeito extraterritorial, e até bem pouco tempo o artigo 81, n. 3 TCE não possuía efeito direto, e hoje ainda a maior parte das normas de ajudas públicas tem a aplicação confiada à Comissão. Recentes reformas em sentido contrário a essa tradição serão vistas no capítulo seguinte. Por fim, acrescenta-se a divisão estrutural de seus campos de aplicação, segundo o qual as normas de concorrência são aplicáveis às empresas e as de livre circulação são aplicadas aos Estados-membros (estaria o autor se referindo à linha divisória?).

Como já visto em WAELBROECK, as linhas de interpretação desenvolvidas pelo Tribunal deixaram de interpretar a livre circulação como dirigida unicamente aos Estados-membros e a concorrência como dirigida unicamente às condutas das empresas. Para BAQUERO CRUZ, as soluções encontradas pelo Tribunal “se basearam na opção por uma interpretação objetiva das normas, em virtude da qual o que interessa é a natureza da atividade analisada, e não tanto o autor da mesma”<sup>213</sup>, isto é, não tanto se por agente público ou privado. Essa solução não é plena de vantagens, pois comporta possíveis conseqüências negativas para a seguridade jurídica de Estados e empresas<sup>214</sup>. Assim a mudança na análise, que passou da figura

---

<sup>208</sup> Medidas que afetam tanto um sistema de regras, quanto o outro, são referidas em NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 98-101.

<sup>209</sup> A divisão entre destinatários públicos e privados apresentou lacunas, resumidas por BAQUERO CRUZ em condutas privadas que restringem a livre circulação, medidas públicas que limitam a concorrência e condutas de atores econômicos não claramente privados nem públicos ou situações mistas em que intervêm diversos atores, e que restringem a concorrência ou a livre circulação, ou ambas. BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 155.

<sup>210</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>211</sup> *Idem*, p. 153.

<sup>212</sup> Com a exceção do entendimento de que o Caso Keck e Mithouard trouxe uma espécie de regra *de minimis*. STUYCK, J. *Op. cit.*, p. 1486.

<sup>213</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 151.

<sup>214</sup> *Idem, ibidem*.

dos obrigados para as concretas condutas, tomada pelo autor como plenamente justificada<sup>215</sup>, mas que não refletia a unidade da doutrina.

Mesmo que o critério de afetação do comércio tenha sido interpretado de forma similar no artigo 81 TCE (com o Caso Consten e Grundig) e no conceito de medidas de efeito equivalente a restrições quantitativas (com o Caso Dassonville), isso não afasta que em cada grupo normativo ele desempenhe uma função diferente<sup>216</sup>. As similitudes, na visão de BAQUERO CRUZ, podem ser, pois, enganosas. Vê ainda que uma extensão da observação das normas de livre circulação à esfera privada provoca uma limitação excessiva da liberdade comercial e crescimento dos custos de transação. Também, obrigar os Estados a respeitar as normas da liberdade de concorrência é desconhecer que muitos de seus órgãos têm legitimidade democrática e que decisões por eles tomadas, mesmo que alterem a concorrência, estariam justificadas por objetivos legítimos. Assim se justificaria uma divisão rígida entre o público e o privado<sup>217</sup>.

Em meio a essas convergências e divergências é que o autor ressalta o caráter complementar das regras, mas nem sempre fundado em uma harmonia<sup>218</sup>. Esta complementaridade tem sido atacada, seja pelos defensores da autonomia das normas, seja pelos que defendem que, uma vez estando o mercado interno atingido, a ênfase dada à concorrência (de ferramenta da integração) pode ser retirada. As normas da concorrência, ao assumirem uma maioria, poderiam, então, se libertar do objetivo do mercado interno e se orientar para a mera eficiência econômica<sup>219</sup>.

Trata-se de uma visão reducionista que vem sustentada em fatos como a divisão entre a aplicação de normas da livre circulação por tribunais nacionais e pelo Tribunal e da concorrência pela Comissão e pelo Tribunal de Primeira Instância, uma nova atitude mais suave da Comissão frente a restrições verticais, não querendo mais sacrificar a eficiência na distribuição, e o surgimento do Livro Branco sobre a modernização das normas dos artigos 81 e 82 TCE, no qual estaria expresso que a política da concorrência deveria ser autônoma em relação ao objetivo de mercado interno<sup>220</sup>, reformas essas já consolidadas em 2004.

Uma visão reducionista da orientação da concorrência deve ser afastada. O estabelecimento que julgam ter adquirido o mercado comum é questionável. Se alguém deveria ter atingido a maioria, eram as empresas e o Estado em cessar suas práticas falseadoras da concorrência. Caso a concorrência realmente tenha atingido uma maioria, esta deve ter como recompensa a sua elevação ao estágio de passar a ser vista como uma liberdade fundamental, qual seja, a quinta. Ainda que o mercado interno tenha se estabelecido, não só à criação, mas ao seu funcionamento, um processo que constantemente apresenta novas exigências, serviria a manutenção da aplicação das normas da concorrência em sentido mais amplo que o da mera garantia da eficiência econômica.

---

<sup>215</sup> *Idem*, p. 155.

<sup>216</sup> *Idem*, p. 157.

<sup>217</sup> *Idem*, p. 158.

<sup>218</sup> *Idem*, p. 161.

<sup>219</sup> *Idem*, p. 175-179.

<sup>220</sup> *Idem*, p. 176-177.

A última consideração de BAQUERO CRUZ sobre semelhanças e diferenças entre livre circulação e liberdade de concorrência se refere a razões processuais da imprecisão dos limites entre as regras. O fato é que a confusão entre os campos de aplicação faz com que elas sejam aplicadas indistintamente. Assim nos casos em que o Tribunal segue raciocínio já iniciado em tribunais nacionais quanto à opção originária (preventiva) de aplicar um ou outro ordenamento e nos casos onde o Tribunal declina sua preferência pela aplicação das regras da livre circulação<sup>221</sup>, em função das elevadas exigências de análise econômica sofisticada, que seriam decorrentes da opção pelo emprego das regras da concorrência<sup>222</sup>.

Ante a uma lacuna entre livre circulação e liberdade de concorrência, BAQUERO CRUZ se depara com o problema de condutas privadas serem contrárias ao regimento da livre circulação e se elas estariam sujeitas a essas regras, originalmente dirigidas aos Estados. Como bem observa o autor, de forma temerosa, “A questão é de transcendência constitucional. A efetividade das normas de livre circulação se veria reforçada se estas últimas fossem obrigatórias na esfera privada. Deste modo não só criariam as condições para o florescimento espontâneo de um mercado sem fronteiras: estar-se-ia obrigando os particulares e comerciantes a criá-lo”<sup>223</sup>. Deduções antecipadas dessa afirmação não são possíveis, uma vez que ele parece não querer esse efeito ou resultado, como será visto.

BAQUERO CRUZ procede uma extensa análise jurisprudencial de casos do Tribunal, que contradizem a Comissão, órgão que defendia a posição de que a esfera privada não estava sujeita às normas da livre circulação. Assim o Caso Walrave e Koch<sup>224</sup>, de 1974, sobre uma norma discriminatória da União Ciclista Internacional, isto é, uma barreira não mais criada pelo Estado, mas por uma associação privada, que foi cassada; Donà, de 1976, quando a sentença de Walrave e Koch foi confirmada; Dansk Supermarked, de 1981, sobre pacto entre particulares que proibia importar em um Estado-membro uma mercadoria licitamente comercializada em outro Estado-membro, estabelecendo limitações à liberdade de circulação de mercadorias; e Bosman, de 1995, relativo à transferência de jogadores de futebol e à limitação de jogadores estrangeiros por equipe, que inova em um aspecto, que é permitir que sejam invocadas por particulares (no caso, a UEFA) as justificações baseadas em ordem pública, segurança pública e saúde pública<sup>225</sup>. Sobretudo é importante essa nova visão, pois ela afasta o pensamento de ROTH de que as exceções só eram dirigidas aos Estados, o que, por sua vez, era usado por ele como argumento para afastar os particulares da aplicação das normas da livre circulação<sup>226</sup>, fato no qual ele sustenta a

---

<sup>221</sup> Uma preferência do Tribunal pela aplicação das regras da livre circulação é fundada nos seguintes argumentos: maior capacidade dos tribunais nacionais para aplicar estas normas que as de concorrência; tais normas não se submetem à regra do efeito sensível ao comércio entre os Estados-membros com a mesma intensidade que se submetem as da concorrência; neste âmbito é possível um pronunciamento preliminar sem que os tribunais precisem proporcionar tanta informação como nos assuntos de concorrência; respeito ao fato de que medidas estatais, mesmo anticompetitivas, são tomadas por legisladores eleitos democraticamente, mas que isso não justifica, todavia, uma incompatibilidade com as regras da livre circulação ou que sejam contra os direitos fundamentais, e desde que as medidas anticompetitivas não sejam fruto da pressão de grupos privados sobre a vontade do legislador. *Idem*, p. 220-224.

<sup>222</sup> *Idem*, p. 180-181 e 199.

<sup>223</sup> *Idem*, p. 183-184.

<sup>224</sup> Caso Walrave e Koch, EuGH, Slg. 1974, p. 1405.

<sup>225</sup> VIEWEG, Klaus; RÖTHEL, Anne. *Verbandsautonomie und Grundfreiheiten*, p. 6.

<sup>226</sup> ROTH, W.-H. *Op. cit.*, p. 1241-1242.

sua linha divisória. Seguindo, vem Comissão c. França, de 1997, sobre a abstenção da França em adotar medidas necessárias. Este caso é importante, pois promoveu uma combinação entre os artigos 28 e 10 TCE, o que deixou evidente a obrigação de o Estado-membro adotar medidas positivas, como atos para garantir o respeito às liberdades fundamentais, e não somente negativas, isto é, abster-se de medidas que periguem os objetivos do Tratado. Ainda, o Caso Angonese<sup>227</sup>, de 2000, sobre a exigência de certificados de capacidade bilíngüe por uma instituição particular para a solicitação de um emprego e a conseqüente discriminação por razões de nacionalidade; e Ferlini<sup>228</sup>, de 2000, sobre atos discriminatórios relacionados ao custo de serviços hospitalares privados luxemburgueses por serviços de maternidade a cidadãos não-luxemburgueses. Vale recordar que Angonese sozinho foi apontado como determinante de um efeito direto horizontal às liberdades<sup>229</sup>.

A proposta de solução aos problemas apresentados, segundo os quais as normas de livre circulação normalmente obrigam os Estados, enquanto que as normas de concorrência obrigam as empresas, é fundada em uma interpretação estrutural das normas em questão no marco do Tratado. A primeira observação que faz é dos reiterados temores doutrinários à aplicação das normas da livre circulação a particulares<sup>230</sup> e mesmo do Tribunal, que nessas situações tem se esforçado para qualificar as medidas atacadas como medidas públicas<sup>231</sup>, assim o esforço demonstrado em relação a certas medidas privadas de alcance coletivo. A segunda envolve os diferentes limites que o público e o privado apresentam nos Estados, especialmente nas suas economias e mais ainda nos que sofreram processos de privatização, com uma ampliação da esfera privada e redução da pública<sup>232</sup>. Esse argumento é usado para reforçar a necessidade que a aplicação de norma venha determinada pela natureza da medida e não tanto pela natureza do agente.

A solução vista é que medidas privadas de alcance coletivo, na medida em que tenham a capacidade de restringir as liberdades com intenção ou efeito protecionista, ficam sujeitas às normas desta<sup>233</sup>. Assim, a auto-regulação privada (*Rechtsetzung durch Private* em ROTH) “estará coberta pelas normas da livre circulação, e conjuntamente pelas da concorrência, na medida em que apresente aspectos anticompetitivos”<sup>234</sup>, para que, “de forma excepcional, certos tipos de condutas privadas caiam sob o império das normas de livre circulação”<sup>235</sup>. Essa solução também não apresentaria problemas ao paralelo desse raciocínio, qual seja o fato de a ação estatal dever se submeter às normas da concorrência quando um Estado participa da atividade econômica de forma direta, fato que se aproxima da já vista publicização em WAELBROECK.

Da leitura desse raciocínio, acreditava-se que BAQUERO CRUZ fosse efetivamente afirmar que a livre circulação se dirige aos privados, pelos casos que foram juntados, pelas doutrinas combatidas e pela seqüência da argumentação. A

---

<sup>227</sup> Caso Angonese, EuGH, Slg. 2000, p. I-4139.

<sup>228</sup> Caso Ferlini, EuGH, Slg. 2000, p. I-8081.

<sup>229</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 198 e STREINZ, R.; LEIBLE, S. *Op. cit.*, p. 459-467.

<sup>230</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 208.

<sup>231</sup> *Idem*, p. 207.

<sup>232</sup> *Idem*, p. 208.

<sup>233</sup> *Idem*, p. 210.

<sup>234</sup> *Idem*, p. 211.

<sup>235</sup> *Idem*, p. 212.



expectativa era de que ele afastasse a linha divisória por completo, aproximando-se da teoria da privatização. Mesmo entendendo que “a fórmula segundo a qual se analisam sob as normas da livre circulação as medidas privadas de alcance coletivo parece intuitivamente correta”<sup>236</sup>, BAQUERO CRUZ optou por promover uma delimitação dos atos privados, resumindo-os às medidas coletivas, e ainda afinando o conceito destas, para poder chegar a uma conclusão mais reservada, não tão abrangente, da aplicação das normas da livre circulação, mormente porque tais normas “guardam silêncio sobre sua aplicação na esfera privada”<sup>237</sup>.

Ocorre que para ser sustentada uma aproximação efetiva entre concorrência e livre circulação, no mínimo duas questões devem ser evidenciadas: um afastamento da divisão entre público e privado, isto é, a ruptura da linha divisória, e uma aplicação mais extensa das normas da livre circulação aos privados, que não seja, por exemplo, limitada aos casos de medidas coletivas tomadas por privados.

Problemas de imprecisão na aplicação das normas e uma extensão não condizente com a expectativa se reproduzem no caso da aplicação das normas da concorrência aos operadores estatais<sup>238</sup>. Assim, uma outra lacuna constitucional seria geradora do problema da incidência das normas de concorrência na ação estatal anticompetitiva. A jurisprudência do Tribunal não estaria de forma explícita usando princípios constitucionais relativos à estrutura política da Comunidade e isso estaria dificultando a análise da questão<sup>239</sup>. Outro entrave é que as próprias normas da concorrência apresentam uma divisão entre privado e público, assim as do artigo 81 e 82, por um lado, e as dos artigos 86, n. 1 TCE, e as regras dos auxílios públicos, por outro, o que torna também duvidoso que o artigo 83 TCE possa servir como base jurídica de adoção de um mecanismo de aplicação dos artigos destinados às empresas à ação do Estado<sup>240</sup>. Não longe estava o Regulamento n. 17/62, que só era aplicado às empresas, melhor tratado futuramente, quando das questões da concorrência, hoje todavia revogado. Trata-se aqui das práticas dos Estados-membros que não podiam ser coibidas pelas regras da concorrência, como a imposição direta de parâmetros de competição<sup>241</sup>, de medidas que suprimissem a possibilidade das empresas de desempenharem um comportamento competitivo, que induzissem a empresa a concluir um acordo ou que fortalecessem os efeitos de um acordo e ainda as que delegassem a um operador privado a responsabilidade pela tomada de decisões de intervenção econômica<sup>242</sup>. Vale lembrar que a aplicação do artigo 81 TCE só é devida

---

<sup>236</sup> *Idem*, p. 209.

<sup>237</sup> *Idem*, p. 214.

<sup>238</sup> Regras da concorrência, aplicáveis aos Estados-membros, são estudadas também em PESCATORE, P. *Op. cit.*, p. 395-427.

<sup>239</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 214.

<sup>240</sup> *Idem*, p. 215. Como já citado, uma relativização desta não tão clara divisão de destinatários foi vista em SCHWARZE, J. *Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts*, p. 613-627 e uma unificação da aplicação destas regras foi proposta em PESCATORE, P. *Op. cit.*, p. 382-395.

<sup>241</sup> Vale recordar que os agentes econômicos não podem alegar que os artigos 81 e 82 TCE não se aplicam a eles por estarem agindo em cumprimento de normas nacionais. CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 113 e 117.

<sup>242</sup> BERNARD, N. *Op. cit.*, p. 28. A doutrina da conduta imposta pelo Estado-membro, que a empresa tem que cumprir, que afeta a concorrência, por tal normalmente incompatível com o Tratado, hipótese na qual o imputado é o Estado-membro, é chamada de *state defense doctrine*. O tema pode ser conferido em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 45-47; em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 83-84; em WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A. *Op. cit.*, p. 192-204 e em WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A. *European Competition Law*, p. 141-147.

a casos em que as empresas exerçam a possibilidade da livre escolha e que, isoladamente, ele não é destinado aos Estados-membros<sup>243</sup>.

Uma criação jurisprudencial destinada a esses casos se baseou na aplicação combinada dos artigos 3<sup>o</sup>., n. 1, 10, 81 e 82 TCE, um verdadeiro *cóctel de normas*<sup>244</sup>, como será visto mais adiante. A aplicação suplementar, complementar, combinada, ou conjunta do regramento, independentemente do nome que lhe seja atribuído, está fundada no imperativo de efetividade das normas comunitárias (efeito útil), o que leva em consideração o perigo que os objetivos do Tratado sofreriam com a não-incidência de regras algumas sobre atos privados nefastos, que não pudessem ser submetidos às regras da concorrência.

Uma alternativa para o combate de ações anticompetitivas dos Estados, em exceção a esta extensão jurisprudencial da aplicação das normas da concorrência aplicáveis às empresas aos comportamentos deles, seria a aplicação dos artigos 226 e 227 TCE. Outra seria a preferência do Tribunal pela aplicação de normas da livre circulação aos casos que assim permitissem. A aplicação de tais regras é, todavia, tida como limitada. Não se aplicariam a situações puramente internas (pois só são levados em consideração casos de dimensão interestatal), nem nos casos de discriminação inversa, e teria Keck e Mithouard limitado seu âmbito às medidas estatais que restrinjam o comércio comunitário. Uma terceira alternativa residiria nos artigos 31 e 96 e 97 TCE. Mas o campo de aplicação deles é também limitado, já que o artigo 31 somente se aplica aos monopólios de caráter comercial e os artigos 96 e 97 não imporiam obrigações aos Estados-membros<sup>245</sup>. Com o afastamento dessas alternativas, retorna BAQUERO CRUZ à procura de meios para colmatar as lacunas<sup>246</sup>, com o fim de evitar que a concorrência se veja falseada pela ação dos Estados, bem como para que estes não comprometam o efeito útil das normas.

Resta, pois, como meio válido para o trato de ações anticompetitivas dos Estados-membros a extensão jurisprudencial da aplicação das normas da concorrência aplicáveis às empresas a eles. Parte-se da idéia que as outras normas, sozinhas, não cobrem todas as situações nas quais eles podem deturpar a concorrência<sup>247</sup>.

A análise jurisprudencial inicia também por GB-INNO-BM c. ATAB, de 1977, que foi o primeiro caso a abordar a questão de medidas estatais anticompetitivas que permitam aos operadores alcançar o mesmo resultado que um acordo restritivo e a idéia de uma aplicação complementar das normas do Tratado, constituindo-se no *turning point* do pensamento do Tribunal. Não havia dúvidas quanto a responsabilidade das empresas. A dúvida era sobre a responsabilidade dos Estados-membros<sup>248</sup>. Nele, uma legislação belga de fixação de preços praticamente eliminava a concorrência. O tribunal belga invocou uma questão prejudicial relativa à

---

<sup>243</sup> CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 83-84 e WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A. *Derecho Europeo de la competencia*, p. 192-193.

<sup>244</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>245</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 224.

<sup>246</sup> A existência de lacunas coloca em xeque a existência do regime (*ein System*, na versão alemã) que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno. Ocorre que, como quer BAQUERO CRUZ, tal previsão “induz a pensar que o Tratado deveria ter instaurado um sistema completo e sem lacunas sobre a concorrência”. Bem assim não se procedeu. *Idem*, p. 226.

<sup>247</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>248</sup> CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 90 e 87.

interpretação dos artigos 3<sup>o</sup>., n. 1, alínea g, 10, n. 2, 28, 82 e 86 TCE. O Tribunal observou essa argumentação combinada e criou a solução para colmatar as lacunas do Tratado, qual seja a de que o artigo 10, em conjunto com os artigos 81 e 82 TCE, impõe aos Estados-membros a obrigação de não estabelecer, nem manter em vigor medidas que possam eliminar a eficácia destas últimas<sup>249</sup>. CELLI JUNIOR, todavia, observa que nessa decisão o Tribunal não avançou o quanto era de se esperar, isto é, condenar e declarar incompatíveis com o Tratado as legislações em questão, o que só veio a ocorrer posteriormente<sup>250</sup>. As demais jurisprudências analisadas pela doutrina são tidas como esclarecedoras dos princípios estabelecidos nesse Caso.

Assim Leclerc e Cullet, ambos de 1985, e Asjes, de 1986. No Caso Leclerc um distribuidor francês atacou a Lei Lang sobre preços no mercado do livro, que obrigava a todos os editores ou importadores a fixar preços de venda nos livros. A sentença retomou os fundamentos de GB-INNO-BM c. ATAB, em particular a obrigação aos Estados deduzida do artigo 10, n. 2, de não adotar ou manter em vigor medidas que possam privar de eficácia as normas sobre a concorrência aplicáveis às empresas<sup>251</sup>. A França cumpriu a sentença, tendo alterado a sua lei. Para PESCATORE, neste caso o Tribunal substituiu a aplicação das regras das liberdades pelas da concorrência<sup>252</sup>. O Caso Cullet<sup>253</sup> envolveu a normativa francesa sobre os preços da gasolina. Nele o Tribunal repetiu a fórmula do Caso Leclerc. O Caso Asjes<sup>254</sup> tratou da venda de bilhetes por agências de viagens a preços distintos dos aprovados pelo governo francês. Nele, o Tribunal recorda o princípio geral estabelecido em GB-INNO-BM c. ATAB. A doutrina destaca que essa sentença é a primeira a anunciar alguns exemplos de condutas públicas anticompetitivas que seriam contrárias ao Tratado, mesmo que em caráter exemplificativo<sup>255</sup>.

Já neste momento entendia a doutrina que os problemas devidos à distorção da concorrência por operadores públicos somente poderiam ser resolvidos com uma coerente e unitária construção de princípios e que as lacunas das regras destinadas aos Estados-membros necessariamente deveriam ser completadas, por exemplo com a aplicação das regras destinadas à concorrência a eles<sup>256</sup>. A aplicação combinada deveria seguir seu desenvolvimento.

Em Vlaamse Reisbureaus<sup>257</sup> foi decidido sobre a obrigação de agências de viagens de respeitar os preços fixados por uma regulamentação nacional belga. Nele o Tribunal repetiu a fórmula de Asjes, assim a aplicação do princípio geral, mais uma lista aberta de exemplos, para condenar a lei belga como contrária aos artigos 3<sup>o</sup>., 10 e

---

<sup>249</sup> Caso GB-INNO-BM c. ATAB, EuGH, Slg. 1977, p. 2115, apartados 28 a 31 e 34. PESCATORE, P. *Op. cit.*, p. 419.

<sup>250</sup> CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 84-87 e 90 e WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>251</sup> Caso Leclerc, EuGH, Slg. 1985, p. 1, apartado 12. O caso está comentado em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 92-96 e em PESCATORE, P. *Op. cit.*, p. 420-424. A referida jurisprudência foi objeto de crítica em PARDOLESI, Roberto. *La 'loi Lang' (prezzo dei libri) e il diritto comunitario: note in margine ad una abdicazione*, p. 71.

<sup>252</sup> PESCATORE, P. *Op. cit.*, p. 393.

<sup>253</sup> Caso Cullet, EuGH, Slg. 1985, p. 305. O caso está comentado em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 96-98 e em PESCATORE, P. *Op. cit.*, p. 424-425.

<sup>254</sup> Caso Asjes, EuGH, Slg. 1986, p. 1425, apartado 71. O caso está comentado em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 98-100.

<sup>255</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 239.

<sup>256</sup> PESCATORE, P. *Op. cit.*, p. 427-430.

<sup>257</sup> Caso Vlaamse Reisbureaus, EuGH, Slg. 1987, p. 3801, apartado 23.

81 TCE. Esse Caso é apontado pela doutrina como o primeiro a efetivamente condenar uma lei de um Estado-membro<sup>258</sup>.

Já van Eycke<sup>259</sup>, de 1988, acrescentou um novo caso de conduta estatal coberta pela jurisprudência, qual seja a delegação, por parte do Estado, do poder de decisão em matéria econômica às empresas<sup>260</sup>. A aplicação combinada dos artigos 10, 81 e 82 TCE serviu para coibir o Estado de praticar atos contrários à concorrência ou mesmo retirar o caráter estatal de sua própria normativa, delegando a operadores privados a responsabilidade de tomar decisões de intervenção em matéria econômica. Em van Eycke, “o Tribunal finalmente desenvolveu um equilíbrio apropriado entre o poder regulador dos Estados-membros e as regras da concorrência da Comunidade”, ao não concluir que “qualquer legislação com efeitos concorrenciais devesse ser revogada em virtude dos artigos 3 (f), 5 (2) e 85 TCEE”<sup>261</sup>.

Outros casos, carentes de grande inovação, como Meng<sup>262</sup>, Reiff<sup>263</sup> e Ohra<sup>264</sup>, todos de 1993, são lembrados<sup>265</sup>. Em verdade, toda essa evolução foi um processo de ajuste dos interesses. Reiff reproduziu permanente jurisprudência na qual o Tribunal, novamente fundado em uma combinação com o artigo 10 TCE, alargou o círculo de destinatários do artigo 81<sup>266</sup>. Também os Estados não devem criar nem manter medidas que reduzam a eficácia prática (efeito útil) do regramento da concorrência. Assim ainda Spediporto<sup>267</sup>, de 1995, Comissão c. Itália<sup>268</sup>, de 1998, Albany International BV<sup>269</sup>, de 1999, e Wouters<sup>270</sup> e Arduino<sup>271</sup>, ambos de 2002.

Da análise de todas essas jurisprudências<sup>272</sup>, BAQUERO CRUZ extrai uma fórmula “tripartite, bastante precisa e de alcance limitado: i) um Estado infringe os artigos 3º., n. 1, alínea g, 10, n. 2, e 81 TCE se requer ou favorece a celebração de condutas empresariais contrárias ao artigo 81, ou reforça seus efeitos; ii) um Estado infringe os artigos 3º., n. 1, alínea g, 10, n. 2, e 81 TCE quando priva as suas normas de seu caráter estatal mediante a delegação a operadores econômicos privados da

---

<sup>258</sup> O caso está comentado em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 100-103.

<sup>259</sup> Caso van Eycke, EuGH, Slg. 1988, p. 4769, apartado 16. O caso está comentado em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 107-110.

<sup>260</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 240.

<sup>261</sup> O caso está comentado em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 107-110.

<sup>262</sup> Caso Meng, EuGH, Slg. 1993, p. I-5751. Comentado em REICH, N. *The “November Revolution” of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi revisited*, p. 462-463, 468-469 e 470-473.

<sup>263</sup> Caso Reiff, EuGH, Slg. 1993, p. I-5801.

<sup>264</sup> Caso Ohra, EuGH, Slg. 1993, p. I-5851.

<sup>265</sup> Estes, junto com Keck e Mithouard e Audi, igualmente de 1993, são vistos por REICH como causadores da Revolução de Novembro. REICH, N. *Op. cit.*, p. 459-492. Caso Audi, EuGH, Slg. 1993, p. I-6227.

<sup>266</sup> Na interpretação de CELLI JUNIOR, o equilíbrio conquistado em van Eycke foi rompido, já que o Tribunal, em postura conservadora, limitou a intervenção do direito comunitário sobre o poder regulador dos Estados-membros. CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>267</sup> Caso Spediporto, EuGH, Slg. 1995, p. I-2883.

<sup>268</sup> Caso Comissão c. Itália, EuGH, Slg. 1998, p. I-3851.

<sup>269</sup> Caso Albany International BV, EuGH, Slg. 1999, p. I-5751.

<sup>270</sup> Caso Wouters, EuGH, Slg. 2002, p. I-1577.

<sup>271</sup> Caso Arduino, EuGH, Slg. 2002, p. I-1529.

<sup>272</sup> Muitas das quais, e outras, também são utilizadas como fundamentos de análises em SCHWARZE, J. *Op. cit.*, p. 613-627; em PESCATORE, P. *Op. cit.*, p. 412-427; em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 30-33; em WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A. *Op. cit.*, p. 192-204 e em REICH, N. *Op. cit.*, p. 459-492.

responsabilidade da tomada de decisões que afetam a esfera econômica; iii) um Estado infringe os artigos 3º., n. 1, alínea g, 10, n. 2, e 82 TCE quando coloca uma empresa em uma posição dominante no mercado que a permita comportar-se com independência de seus competidores, clientes e consumidores”<sup>273</sup>. Isso é, na visão que se deseja retirar dos casos analisados, a publicização das normas da concorrência<sup>274</sup>, que permite a aproximação destas das normas das liberdades de circulação e mesmo uma visão de quinta liberdade.

Na seqüência, BAQUERO CRUZ trata dos efeitos de uma aplicação desmedida de normas de concorrência na esfera pública. Tal poderia conduzir a resultados aberrantes, limitando sobremaneira a competência dos Estados para regular a economia<sup>275</sup>. Ademais, teriam as normas da concorrência como objetivo impor “limites à liberdade econômica privada na medida em que a persecução excessiva de interesses privados por parte das empresas afasta negativamente o interesse público de que exista uma ordem econômica de concorrência efetiva”<sup>276</sup>.

Com argumentos dessa ordem, BAQUERO CRUZ considera absurdo aplicar indistintamente as normas de concorrência na esfera pública e excessivo concluir “que já não se justifica uma aplicação de diferentes graus de controle à medidas privadas ou públicas sobre a concorrência”<sup>277</sup>, isto é, como expressaram WAELBROECK e FRIGNANI, de que não haveria “nenhuma justificativa para aplicar dois pesos e duas medidas a dois fenômenos que não são mais diferentes que na aparência”<sup>278</sup>, referindo-se às práticas que tenham origem em um acordo entre empresas ou em uma intervenção da autoridade.

Ocorre que todo o livro de BAQUERO CRUZ conduz o leitor a um outro raciocínio, exceto as conclusões parciais<sup>279</sup>. Estas não condizem com o esperado. A própria proposta de uma análise conjunta das normas de livre circulação e liberdade de concorrência, a partir de interações e lacunas nos campos de aplicação, chamava para outra expectativa, qual fosse a de que ele viesse a afirmar a validade das extensões produzidas pelo Tribunal nas aplicações das regras da livre circulação e da

---

<sup>273</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 255.

<sup>274</sup> SCHWARZE também trata dos esforços para tornar os Estados destinatários das regras da concorrência, com o intuito de proibir os seus próprios atos anticompetitivos, não apenas nos casos de auxílios públicos e de empresas públicas, a partir de duas óticas: ver o Estado como empresa e submeter mesmo os seus atos soberanos às regras. A primeira ótica passou pelo próprio desenvolvimento do conceito de empresa para o direito comunitário. Já a submissão dos atos soberanos é decorrente do desenvolvimento jurisprudencial aqui visto. SCHWARZE, J. *Op. cit.*, p. 613-627. Sobre a importância da definição do que é autoridade pública, para a posterior definição do que é empresa, ver SLOT, Piet Jan. The concept of undertaking in EC Competition Law. In: DUE, Ole; LUTTER, Marcus; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). *Festschrift für Ulrich Everling*, p. 1413-1426. Para saber mais sobre o conceito comunitário de empresa ver BENICKE, Christoph. *Zum Unternehmensbegriff des Europäischen Wettbewerbsrechts*, p. 373-379 e CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*, p. 181-194.

<sup>275</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 256.

<sup>276</sup> *Idem*, p. 258.

<sup>277</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>278</sup> WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A. *Commentaire Mégret: Le droit de la CEE: Concurrence*, p. 153; WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A. *European Competition Law*, p. 148 e WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A. *Derecho Europeo de la competencia*, p. 202.

<sup>279</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 207-212 e 255-266. Uma melhor compreensão delas é tida com a leitura em conjunto do texto de REICH, que também questiona o comportamento do Tribunal no julgamento dos casos referidos. REICH, N. *Op. cit.*, p. 459-492.

liberdade de concorrência (publicização de umas e privatização de outras), que um campo reduzido de aplicação de ambos regramentos seria prejudicial à integração e que, por isso, é que houve as respectivas extensões. Mas ele assim não faz. Não aproxima as regras, o que a jurisprudência por ele trazida, e por isso foi trazida, faz, ademais de parecer estar sempre afastando-as. Isso já faz a teoria da linha divisória. Com isso não condizia ter sido incitada uma proposta de análise conjunta de elementos normalmente analisados em separado.

Cientificamente válida, sem dúvida, mas em outro rumo, a conclusão de BAQUERO CRUZ, fundada na crítica constitucionalista de que o Tribunal não observa princípios constitucionais, “conduz a uma graduação da intensidade do controle das medidas anticompetitivas segundo o tipo de legitimidade democrática que esteja por traz da medida adotada, ou a ausência da dita legitimidade. Há que se permitir a um legislador que ele adote medidas restritivas da concorrência por razões legítimas, ainda que medidas similares estejam vedadas às empresas. (...) Se têm como efeito adicional a proteção dos mercados nacionais frente ao comércio comunitário, deveriam ser analisadas desde o ponto de vista da livre circulação. (...) Se não há objeção desde o ponto de vista da livre circulação, os legisladores dos Estados devem ser livres para decidir que tipo de regulação e concorrência preferem (...). Políticas excessivamente restritivas da concorrência devem corrigir-se através dos mecanismos do próprio processo político e somente de forma marginal mediante a intervenção judicial”<sup>280</sup>.

Mais longe, propõe o autor um *test* escalonado, que surge a partir da abertura do *test* atual, cujo resultado seria a flexibilização da atual jurisprudência, formalista e não fundada em argumentos constitucionais<sup>281</sup>. Propõe, pois, um formalismo constitucional (novo *test* baseado em fundamentos constitucionais) fundado na jurisprudência Parker c. Brown e outras do Tribunal Supremo dos Estados Unidos da América, nas quais foram anunciados os limites à aplicação da legislação antitrust aos Estados, pois em nenhum momento essa legislação restringia o Estado em relação às atividades ordenadas pelo legislador<sup>282</sup>. Propõe a separação entre o público e o privado<sup>283</sup>, em que as medidas estatais deveriam ser examinadas em primeiro lugar sob as normas da livre circulação e, nas questões “que afetam exclusivamente a concorrência todos os interesses em jogo estão representados no processo político nacional, de maneira que os grupos nacionais prejudicados podem tratar de trocar a legislação – o processo político pode corrigir-se por si mesmo -; a intervenção judicial não é indispensável. Se não há violação das normas da livre circulação, as medidas legislativas deveriam presumir-se válidas (...). O processo político deve corrigir suas próprias imperfeições (...). O controle da ação do legislador seria mínimo”<sup>284</sup>. Esta afirmação é o mesmo que pregar a submissão da aplicação das regras da liberdade de concorrência a das liberdades fundamentais.

---

<sup>280</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 258-259. Não esquece o autor de mencionar o déficit democrático das instituições que têm uma legitimidade indireta, ligada a processos políticos nacionais, das quais excetua o Parlamento Europeu. *Idem*, p. 100.

<sup>281</sup> *Idem*, p. 259. A aplicação de *tests* também é referida em REICH. REICH, N. *Op. cit.*, p. 488.

<sup>282</sup> BAQUERO CRUZ, J. *Op. cit.*, p. 261-262.

<sup>283</sup> *Idem*, p. 263-264.

<sup>284</sup> *Idem*, p. 264.

A deferência devida ao legislador, em função de suas legitimidades democráticas, de editar medidas legislativas na consecução do objetivo de interesse público, mesmo com a restrição da concorrência, parte integrante do novo *test* escalonado proposto, que “dá mais peso a considerações de concorrência quanto menor seja a legitimidade democrática do comportamento questionado; em contrário, o peso relativo da concorrência é menor quanto maior seja a legitimidade democrática do autor da medida”<sup>285</sup>, como prega o autor, seria o renascimento das barreiras diretas, desconhecer o imensamente superior efeito nefasto das ajudas públicas em comparação com os comportamentos privados na manutenção de um mercado não-falseado por atos anticompetitivos, negar a ordem liberal imposta pelo Tratado e a opção pela volta das diferenças nacionais nas leis da concorrência. Dar novas vozes aos legisladores (deferência devida aos processos estatais democráticos), por mais que legítimos, seria desconhecer o trabalho de desenvolvimento conferido e executado pelo Tribunal. E ainda hoje, se fosse repetida, deixaria em aberto como compatibilizar as reformas que visam alargar a aplicabilidade do direito comunitário da concorrência pelos tribunais nacionais, o esforço descomunal pela aproximação das legislações e a observada (pois já em curso) europeização do direito comunitário da concorrência, bem como onde foi parar a consideração do princípio da primazia do direito comunitário na sua proposta.

Enfim, a conclusão não condiz com a sua própria argumentação, que vinha conduzindo a interpretação a um outro sentido. Esta volta à uma aproximação com a linha divisória, que é justamente o fenômeno aqui combatido, não invalida os esforços jurisprudenciais indicados e nem o seu próprio, mas apenas a sua conclusão.

Afastada esta, os esforços de aproximação entre as liberdades tradicionais e a de concorrência possibilitam confirmar a última como a quinta liberdade econômica fundamental. Nesse sentido foram vistas as teorias de publicização, privatização, complementaridade, paralelismo, alargamento do efeito direto das liberdades fundamentais e, por fim, a aplicação combinada dos artigos 3º., n. 1, 10, 81 e 82 TCE, ao que servem as reformas do direito da concorrência, trazidas no próximo capítulo.

---

<sup>285</sup> *Idem*, p. 266.

## 1.5. CONCLUSÃO PARCIAL

A conclusão do desenvolvido neste capítulo é a seguinte:

Na primeira parte, foi visto que os principais fundamentos para a associação de Estados europeus foram a busca pela paz e o estabelecimento de relações comerciais. No Século 20, o crescente nacionalismo interrompeu a idéia de integração e conduziu o mundo a duas Grandes Guerras. No campo econômico, uma crise estrutural do sistema capitalista promoveu um retorno dos países a posições protecionistas. Finda a Segunda Guerra Mundial, novas idéias de integração foram apresentadas. Surgiu uma pluralidade de organizações internacionais de caráter continental ou regional. A Europa conheceu planos para a sua reconstrução, como o Marshall. A integração conheceu o Plano Schuman para o estabelecimento de uma administração supranacional de recursos econômicos. Valores e princípios fundamentais constados nele influenciaram o surgimento do Tratado da Comunidade Européia para o Carvão e o Aço, em 1951. Ele regulamentava a liberdade de concorrência em seu âmbito de aplicação nos artigos 60 a 67. A experiência obtida por essa Comunidade influenciou o surgimento do Tratado da Comunidade Econômica Européia, que traz em seus artigos 81 a 89 a principal normatização concorrencial da Comunidade, e do Tratado da Comunidade Européia para a Energia Atômica, ambos de 1957. Entre as três, a Comunidade Econômica Européia foi a que mais evoluiu. O seu objetivo era o alcance de um mercado comum. Em 1961 ocorreram as primeiras tentativas de adesão a essa Comunidade. O veto francês à Inglaterra abortou todas as solicitações. Um alargamento para o norte somente ocorreu em 1973, quando a Comunidade aumentou de seis para nove Estados-membros. Os alargamentos para o sul, ocorridos em 1981 e 1986, aumentaram este número para doze. O próximo passo do processo foi evoluir em conteúdo. Em 1987 entrou em vigor o Ato Único Europeu, que introduziu uma nova etapa no processo de integração e promoveu uma das maiores revisões dos Tratados fundacionais. O grande desejo deste documento era a realização do mercado interno. Em 1993 entrou em vigor o Tratado da União Européia, também resultado da necessidade de um fomento qualitativo. Ele substituiu em algumas normas o termo mercado comum pelo de mercado interno, o que representou uma alteração de metas, inclusive com o abandono do objetivo puramente econômico, pelo estabelecimento da cidadania da União. Uma nova rodada de adesões ocorreu em 1995. Desde 1999 está em vigor o Tratado de Amsterdam, que se preocupou com os cidadãos comunitários. Além disso, previu competências adicionais, alterações nos aspectos sociais e introduziu no cenário comunitário a expressão Europa das duas velocidades. Desde 2003 está em vigor o Tratado de Nice, que preparou a União Européia para o alargamento para o leste, redefiniu o peso da votação no Conselho, o tamanho da Comissão e alargou as previsões de decisão por maioria qualificada. Em 2004, três temas reuniram as atenções. O primeiro foi a adesão de dez Estados-membros, que possui implicações diferentes para o Mercosul que as anteriores, pois é a primeira que incorpora países de tradição agrícola. O segundo foi o surgimento de regulamentos que alteraram o direito comunitário da concorrência. Por fim, os 25 Estados-membros assinaram o Tratado para o estabelecimento de uma Constituição para a Europa.

As Comunidades referidas possuem um direito, que as rege. Este é caracterizado como direito comunitário. Sua natureza implica que suas medidas terão



efetiva precedência sobre as nacionais. Trata-se de um direito novo, cogente e supranacional. Ele não somente impõe obrigações aos indivíduos, como está destinado a conferir-lhes direitos que formam parte do seu patrimônio jurídico. Na Comunidade, a função legislativa recai sobre três instituições, quais sejam o Parlamento, a Comissão e o Conselho. Além dos tratados constitutivos, dos que se seguiram e dos que promoveram adesões de Estados, considerados de direito primário, o direito comunitário se manifesta através de atos de direito secundário, oriundo dos órgãos da Comunidade, em função do exercício de suas competências, alguns dos quais são de fundamental importância para a execução do direito da concorrência. Regulamentos e diretivas são os principais e preferenciais. Os regulamentos possuem caráter geral, são obrigatórios em todos os seus elementos e diretamente aplicáveis. Cidadãos também são seus destinatários, ao lado dos órgãos comunitários e dos Estados-membros. As diretivas são os segundos mais importantes, ainda que sejam os mais interessantes dentre os do direito secundário. Elas vinculam os Estados-membros quanto ao resultado a ser alcançado, deixando às instâncias nacionais a decisão quanto à forma e os meios de implementação dos seus conteúdos. Não são, pois, diretamente aplicáveis e necessitam de transposição, que pode se dar por diversas maneiras. Quanto aos efeitos, as diretivas recebem da doutrina variadas considerações. A principal questão refere-se ao efeito direto horizontal, negado entre privados. Todavia, o Tribunal desenvolveu a possibilidade de uma indenização ser solicitada perante o Estado que não tenha transposto uma diretiva de forma adequada e dentro do prazo. Interessante foi confirmar o papel desempenhado pelo direito na Comunidade na condição de instrumento de integração. A contribuição do direito ao processo de integração comunitário foi ressaltada por ele ter dado caráter à Comunidade, servido de base científica para a definição de vários conceitos, como o de mercado comum, mercado interno, concorrência, ajudas públicas e empresa comunitária, bem como para a criação de tantos outros princípios. Além disso, proporcionou uma infra-estrutura jurídica que contribuiu para a formação e coesão da Comunidade. Também o direito da concorrência, em específico, teve o seu papel. A sua principal contribuição foi a formação e manutenção do mercado comum e a integração das economias dos Estados-membros, que pode servir a outros processos de integração em curso.

Os órgãos de aplicação, execução e interpretação das normas são, especialmente, a Comissão e o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. À Comissão compete a função executiva e a iniciativa normativa, bem como velar para que as disposições dos Tratados e os princípios do mercado comum sejam cumpridos. O Tribunal foi encarregado de determinar a correta interpretação e aplicação dos Tratados. Diversas formas de processos e espécies de ações estão disponíveis para o exercício das suas competências. Ele definiu e impôs um conjunto de princípios fundamentais e colmatou lacunas das regras das liberdades fundamentais e da liberdade de concorrência. Em matéria de direito da concorrência, sua importância foi sentida pela jurisprudência que desenvolveu a doutrina dos efeitos e o critério do investidor privado, entre outros, e definiu os conceitos anteriormente citados. Quanto às liberdades fundamentais, limitou a capacidade dos Estados-membros de adotarem medidas protecionistas. Em 1988, devido ao aumento das demandas ajuizadas, a Comunidade instituiu o Tribunal de Primeira Instância, que atualmente apresenta a possibilidade de formação de câmaras especializadas para o recebimento de determinadas categorias de pedidos. O estudo ainda retratou o relevante papel das cortes nacionais, às quais, com as reformas no direito da concorrência, foi dada uma

posição ainda mais importante na aplicação descentralizada deste. Por outro lado, foi possível visualizar o papel da descentralização como instrumento ensejador de uma maior participação das instâncias nacionais e de um maior emprego, por elas, das normas nacionais.

A criação de princípios comunitários e definições válidas para o direito da concorrência, ademais da aplicação das regras, é a mais sensível manifestação dos órgãos pertinente a este estudo. O último aspecto visto na primeira parte foi os princípios que regem a relação entre o direito comunitário e os direitos internos. Paradigmáticos julgamentos permitiram ao Tribunal estabelecer, progressiva e lentamente, princípios básicos que guiam as instituições, os Estados-membros e os cidadãos da Comunidade. Eles impõem obrigações e conferem direitos. Em especial, foram estudados os de efeito direto, primazia, segurança jurídica, aplicabilidade imediata e responsabilidade do Estado-membro pela violação do direito comunitário. Pelo princípio de efeito direto se reconhece ao particular que uma norma comunitária prescreve em seu favor uma série de direitos e se permite a ele reivindicar a realização do direito fundado nela ou impedir a aplicação de regra nacional contrária à ordem comum perante os tribunais. O seu entendimento princípio se mostrou especialmente importante para a compreensão das reformas no direito da concorrência.

Na segunda parte, foi visto que os processos de integração assumem desenhos diferenciados, denominados de zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica e monetária e integração total. Eles elegem um desses como objetivo. O primeiro é o mais elementar. O segundo envolve o estabelecimento de uma tarifa externa comum. A Comunidade Européia teve inicialmente como objetivo a formação de um mercado comum, em grande parte estabelecido no prazo fixado, hoje superado, haja vista se encontrar em um estágio posterior de integração, qual seja a união econômica e monetária. O Mercosul tem como objetivo final o alcance de um semelhante mercado. Neste fato reside a principal simetria entre os processos. Um mercado comum é fruto de gradual e progressiva evolução e, por tal, mais difícil de ser alcançado. Ademais do atingido nos estágios anteriores, ele requer a coordenação de políticas macroeconômicas e a liberação dos fatores de produção. Nesse é que se fazem presentes, como metas a serem atingidas, as liberdades econômicas fundamentais que, segundo a doutrina tradicional, envolvem bens, pessoas, serviços e capitais. O Tratado da Comunidade Européia não definiu o seu conceito. Pelo contrário, uma utilização generalizada do termo revelou a sua imprecisão. A doutrina tentou, com grande esforço, defini-lo. Segundo a visão defendida, o conceito de mercado comum, como um espaço econômico integrado, incluía o trato de questões referentes à liberdade de concorrência, o que era fruto de um esforço de aproximação, com vistas ao controle, dos fatores que intervêm no mercado. A doutrina não apresenta discussão quanto ao fato de a liberdade de concorrência formar parte dos meios para lograr o mercado comum. Todavia, a interpretação buscada era de que ela não aparecia ao lado das liberdades fundamentais, mas sim era uma delas, qual seja, a quinta. Com efeito, algumas reflexões doutrinárias permitiram vislumbrar nas tentativas de definição desse termo o incremento do rol de liberdades fundamentais, que deixaria de ser limitado ao âmbito das quatro liberdades fundamentais. Nesse contexto, SCHWARTZ foi taxativo ao afirmar que a liberdade de concorrência poderia ser caracterizada como a quinta liberdade fundamental. A evolução da discussão demonstrou que era cedo e difícil para, cientificamente, defender com mais vigor na doutrina que já a fase de mercado comum comportava uma quinta liberdade.

Também o Tribunal de Justiça tentou defini-lo em 1982, ao asseverar que o estabelecimento de um mercado comum visa à eliminação de todos os entraves ao comércio intra-comunitário, com a finalidade da fusão dos mercados nacionais num mercado único, que seja o mais próximo possível de um verdadeiro mercado interior. Isso posto, a Comunidade se dedicou à sua implantação. A primeira medida foi a busca pela consumação de um efeito direto para as liberdades. O resultado foi o desenvolvimento do princípio do país de origem, condizente com o objetivo, surgido dos julgados do Tribunal. Posteriormente, crises econômicas conduziram a integração a um estado de hibernação. A título de relançamento do processo, a primeira iniciativa foi o Livro Branco de 1985, que continha a proposta de alcance de uma nova fase, qual seja a de mercado interno. Outra iniciativa foi o Ato Único Europeu, em 1987, que disciplinou que a Comunidade adotaria as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno até 1992 e que este compreenderia um espaço sem fronteiras interiores, no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais fosse assegurada de acordo com as disposições do Tratado. Essa definição foi introduzida no Tratado de Roma. O novo objetivo de mercado interno passou a ter um conceito positivado. O referido documento, que foi muito questionado pela doutrina, também disciplinou uma regra aceleradora do processo legislativo com vistas ao específico alcance desse novo objetivo, igualmente introduzida no Tratado.

O estabelecimento do objetivo trouxe uma forte discussão, especialmente pela introdução de seu conceito no Tratado de Roma, que relativizou anteriores entendimentos quanto à existência de uma quinta liberdade já na fase de mercado comum. Ocorre que o conceito de mercado interno nominou expressamente quatro liberdades como seus elementos e, assim, teria excluído a de concorrência. A doutrina apresentou essa relação em três níveis de intensidade. O mais restritivo defendia a redução do conceito de mercado interno às quatro liberdades fundamentais, tendo como principal argumento a sua própria conceituação e a ordem sistemática e histórica. O resultado era que ele representaria menos do que mercado comum e a liberdade de concorrência deixaria de ser um tema do seu âmbito. A opção defendida baseou-se na teoria da ampliação para denunciar que o mercado interno representava uma fortificação e um desenvolvimento, isto é, mais que o mercado comum, pois vinculado a uma necessidade de progresso da Comunidade, e envolvia, ademais dos mesmos âmbitos deste, outros. Este estudo procurou demonstrar que ele foi ampliado e abarcou mais liberdades fundamentais que as tradicionalmente conhecidas, no caso em específico, a liberdade de concorrência. Inclusive, foi observado que o surgimento do novo objetivo causou inúmeras implicações no regramento que a tutela e nos atores que a ele e a este novo conceito de mercado se submetem. Um último aspecto visto foi a contribuição decisiva da garantia da liberdade de concorrência para a realização e manutenção do mercado interno. Essa constatação implicou em afirmar que, no Mercosul, um mercado comum só poderá ser alcançado uma vez conformada plenamente a liberdade de concorrência e que uma mais rápida conformação seria possível com a sua inserção no rol das liberdades econômicas fundamentais.

O surgimento do conceito de mercado interno, as discussões que ensejou e a sua efetiva chegada provocaram uma confusão na doutrina. A efetivação das liberdades fundamentais tradicionais assumiu um ritmo acelerado. Autores considerados clássicos seguiram analisando e apresentando as liberdades fundamentais uma a uma. Contudo, o estudo retratou o surgimento de novas teorias, consideradas modernas, de dogmática e convergência, que passaram a analisá-las em

conjunto, em função de elementos comuns que apresentam, como caráter transfronteiriço e efeito direto, com vistas a uma melhor aplicação das regras. A dogmática apresenta o tema a partir do âmbito de proteção oferecido pelas liberdades, das afetações e prejuízos que ele pode sofrer, das justificações que as afetações podem encontrar, entre outros elementos, como a averiguação da compatibilidade das limitações perante o direito comunitário, a jurisprudência e os direitos fundamentais, e a convergência a partir da transmissibilidade de princípios jurisprudenciais, inicialmente vinculados a uma liberdade, para as demais. Uma terceira interpretação trazida por este estudo, considerada avançada, retratou que alguns autores passaram a se referir às liberdades fundamentais como direitos fundamentais, levando em consideração dois aspectos, quais sejam a efetiva elevação das liberdades àquele patamar e a observação dos direitos fundamentais para restringir ou mesmo justificar as restrições que são colocadas às liberdades. Paralelo a isso, parte da doutrina passou a apresentar uma nova classificação para a liberdade de concorrência, junto das liberdades fundamentais, motivo pelo qual ela foi considerada como a quinta liberdade neste estudo. Em verdade, a doutrina se dividiu entre continuar a considerar as liberdades fundamentais como quatro, e a liberdade de concorrência como uma política comunitária, ou entendê-la como uma liberdade fundamental. Também foi evidenciado que há autores que consideram outras liberdades como a quinta, especialmente a de pagamentos e a de circulação de sentenças. A primeira foi considerada por este estudo como uma subdivisão da liberdade de circulação de capitais e a segunda, embora materialmente mais sensível que a de concorrência, não vinculada diretamente a um caráter econômico e não imprescindível ao mercado comum. Ainda que já fosse possível vislumbrar a existência de uma quinta liberdade fundamental, não era pacífico ser esta a liberdade de concorrência, pois, além das acima vistas, uma quinta poderia decorrer de um mero desdobramento doutrinário entre gênero e espécie de qualquer uma das liberdades econômicas fundamentais tradicionais. A confusão que o alargamento ou a transformação do conceito de mercado comum em mercado interno provocou na classificação doutrinária e na quantidade das liberdades fundamentais, ao ponto de não ser mais evidente que sejam em número de quatro, referenda a visão da existência de uma quinta liberdade. A presença de um caráter transfronteiriço também nas regras do direito da concorrência e a recente extensão do efeito direto a mais regras deste colaboram com uma convergência da liberdade de concorrência com as demais liberdades fundamentais. Essa visão em conjunto é que deu a guarida necessária ao alcance da fase de mercado comum na Comunidade e por tal foi apontada como útil ao mesmo objetivo no Mercosul. A presença da liberdade de concorrência no catálogo das liberdades fundamentais, de forma expressa, permitiria a ela um desenvolvimento mais acelerado e, em função da sua contribuição ao processo comunitário, foi dito que o alcance da fase de mercado comum no Mercosul seria concretizado de forma mais efetiva.

Na terceira parte, foi visto que essa visão foi confirmada pela jurisprudência. O sistema comunitário de aproximação legislativa foi um dos principais mecanismos para a conformação do mercado comum. Para tanto, contava a Comunidade com a norma autorizadora do artigo 94 TCE. Com a evolução do mercado comum para mercado interno, essa norma passou a apresentar deficiências. Os principais motivos foram a sua limitação ao estabelecimento de diretivas e a necessidade de votação por unanimidade no Conselho. O sistema de aproximação continuou o instrumento indicado, mas necessitou melhorias. Um novo mecanismo foi pensado para a efetivação do novo objetivo. Com efeito, ademais do mercado interno, o AUE

introduziu o artigo 95 para a sua realização, novas regras e novas autorizações. Este artigo passou a prever a possibilidade de emissão de regulamentos, a votação por maioria qualificada, a colaboração do Parlamento Europeu, excetuou alguns âmbitos de sua aplicação e criou a possibilidade de reservas. O artigo 94 restou o relacionado aos objetivos do mercado comum. O sistema teve grande importância para a aproximação de regras que promoviam distorções na competitividade das empresas, como certas normas ambientais, e, com isso, para a criação de condições iguais.

Uma questão envolvendo o sistema de aproximação legislativa e a presença nele das distintas regras, uma destinada aos objetivos do mercado comum e outra destinada aos do mercado interno, sobre a fundamentação de um ato comunitário em uma ou em outra, em função da diferente forma de participação do Parlamento, foi decidida pelo Tribunal de maneira que conduziu à reflexão de que o conceito de mercado interno teria sido ampliado, ao ponto de ensejar que a liberdade de concorrência, a partir de então entendida como elemento dele e não mais como uma mera norma apoiadora, passasse a ser considerada a quinta liberdade fundamental. Vale lembrar que interpretações doutrinárias reduziam o seu âmbito de aplicação aos elementos constados em seu conceito. Da decisão é possível interpretar que o Tribunal não seguiu a tese da limitação do conceito do mercado interno, que, em função disso, este mercado não é limitado, que a concorrência faz definitivamente parte dele, tanto que uma norma dirigida a sua realização foi usada para questões de concorrência, e que nesse alargamento entraram outros elementos, que foram elevados a liberdades fundamentais, pois estes eram os seus elementos originários. No caso em específico, refere-se à entrada da liberdade de concorrência nesse seletivo grupo. Esta conclusão provém da observação dos esforços argumentativos despendidos para a sustentação de tema que envolvia a concorrência, mas que também possuía relação com a questão do meio ambiente, no artigo dirigido à aproximação das normas destinadas à conformação e manutenção do mercado interno, e não na regra destinada ao mercado comum ou na destinada às questões ambientais. Outra conclusão desses esforços, que não a elevação da liberdade de concorrência à categoria de liberdade econômica fundamental, não é possível.

Na quarta parte, foi visto que, pelo combate a teorias remanescentes contrárias a essa visão, chegou-se à mesma conclusão. Inicialmente, a política de concorrência foi colocada em razão de preferência entre as suas pares, pois normalmente ela é assim classificada pela doutrina. Depois, foi considerada a eventual existência de mercados comuns em economias planificadas, nos quais a concorrência não existisse, e por tal fosse dispensável, e a argumentação quanto à provável ausência de caráter transfronteiriço na concorrência, o que impediria o seu ingresso no grupo das liberdades. Por fim, outra tese de separação dos temas, a da linha divisória, em função dos distintos destinatários que têm as regras da concorrência e as das liberdades fundamentais, foi contestada. O primeiro esforço foi eliminar as dúvidas sobre a preferência da concorrência entre as políticas. Uma homogeneidade foi afastada com o caráter especificamente comunitário e a aplicabilidade direta de algumas normas e de outras não, bem como com isso também foram as posições contrárias a uma preferência da concorrência. Confirmada a concorrência como sendo a principal política comunitária, ou ainda a principal dentre as políticas que podem ser elevadas à categoria de liberdade fundamental, uma tal elevação se mostrou possível. Dentre os conflitos trazidos, o mais espinhoso se dá com a política industrial. Com a evolução da Comunidade, novas regras e competências, que colocaram essa política em relação

de antinomia com a da concorrência, surgiram. Principalmente, o acolhimento da missão de promover um alto grau de competitividade, do objetivo do reforço da capacidade concorrencial da indústria e a confrontação do objetivo da concorrência com cláusulas transversais referentes a um elevado nível de emprego teriam alterado a relação de preferência da concorrência. Todavia, esforços doutrinários pregaram a reversão desse quadro e afirmaram, inclusive, que ela continuava a deixar no anonimato os demais meios para a realização do mercado interno. Com essa conclusão, estava mantida a possibilidade de haver uma elevação da política da concorrência à categoria de liberdade econômica fundamental.

Reflexões sobre se é possível haver mercados comuns em economias planificadas, que funcionariam sem concorrência, demonstraram que, embora a liberdade de concorrência seja entendida como dispensável para a formação de mercados nestes ambientes, para os formados segundo a teoria da integração econômica seguida neste estudo, vinculada a uma economia aberta onde a concorrência seja livre, o seu estabelecimento é imprescindível.

Após, a evidência de que a liberdade de concorrência também apresenta um caráter transfronteiriço afastou as visões de que só as liberdades fundamentais assim são porque os elementos tutelados por elas o possuem. Uma ausência deste seria debitada ao fato de o direito da concorrência não ter um objeto de proteção material definido e por ser a concorrência de difícil materialização, isto é, por não se tratar de um elemento palpável. Não possuindo um objeto com tais características, a concorrência não poderia ultrapassar a fronteira, isto é, não teria caráter transfronteiriço. Ela, ao também possuir um, teve o caminho para ser considerada uma liberdade fundamental desobstruído. O reconhecimento se deu em função da opção pelo ordenamento por um modelo concreto de *workable competition*, da existência entre suas regras da cláusula da interestatalidade, pela possibilidade de o território de um país ser considerado mercado relevante e através da figura da necessária afetação do comércio, o que provou que ao menos o efeito ultrapassa a fronteira. A discussão era relacionada ao porquê precisaria ter a concorrência um caráter transfronteiriço para ser liberdade fundamental se o mercado interno é uma área sem fronteiras interiores. Ademais, o estudo denominou de *acoplação e afetação/submissão* dois fenômenos transfronteiriços que ocorrem quando, no primeiro caso, a concorrência vai junto com elementos tutelados pelas liberdades fundamentais na ida desses ao exterior, e, no segundo, quando eles passam a afetar o mercado estrangeiro.

A última teoria que impedia a visão da concorrência como uma liberdade fundamental disse respeito à existência de uma linha divisória entre as normas do Tratado destinadas aos dois campos de estudos retratados. As das liberdades estariam dirigidas aos Estados-membros e entes públicos e as da concorrência aos particulares e privados. O argumento foi a ausência de efeito direto contra terceiros nas primeiras, já que seus destinatários seriam os Estados-membros unicamente, e a criação de um sistema próprio no Tratado para abranger os comportamentos privados, o que excluiria o emprego das liberdades para essa tarefa. A refutação da linha divisória se mostrou necessária para a consolidação de uma aproximação entre a liberdade de concorrência e as liberdades fundamentais e de uma vinculação que permitisse que umas regras se servissem das outras para o suprimento de lacunas. Uma das alternativas para tanto era acompanhar a doutrina que afirma que todas as liberdades fundamentais têm efeito direto. Considerando que as normas da concorrência

possuíam um tal efeito, uma complementaridade dos sistemas poderia ser construída. O caminho seguido foi afastar a teoria da linha divisória com o surgimento de jurisprudências de publicização das normas destinadas à liberdade de concorrência e, por princípio, às empresas, e de privatização das normas destinadas às liberdades fundamentais e, por princípio, aos Estados-membros, bem como de utilização das regras do Tratado como um todo para coibir atos vindos dos mais diversos destinatários de suas normas, ainda que não fossem destinatários diretos de determinadas regras que normalmente coíbem atos semelhantes aos por eles praticados, por não serem indicados como destinatários, isso em função de paralelismos, complementaridades e do que a doutrina denomina de aplicação combinada das regras dos dois sistemas normativos. Como visto, publicização foi considerada a aplicação do conjunto das regras da concorrência a operadores públicos e privatização a das regras das liberdades fundamentais a operadores privados. Uma complementaridade, por sua vez, levou em conta que ambos os sistemas servem aos objetivos do Tratado e que as normas deste possuem efeito útil, o que solucionou a possibilidade de que particulares impusessem restrições às trocas sob a alegação de que não infringiam os artigos 81 e 82, pois aquelas seriam reguladas unicamente pelas regras das liberdades, das quais não seriam destinatários, bem como a possibilidade de que os Estados colocassem suas empresas em posição de obter um resultado proibido pelas regras da concorrência, com a alegação de que não infringiam o artigo 28 TCE, pois aquelas práticas seriam reguladas pelas regras da concorrência, das quais não seriam destinatários, e assim tudo estaria compatível com o Tratado. Em consequência, uma norma ou uma prática, vindo de onde venha, seja quem for o autor, não deve infringir o Tratado como um todo, isto é, não deve atentar contra as liberdades fundamentais, nem contra a liberdade de concorrência. O que foi constatado é que o Tribunal estava a buscar nas liberdades as regras que faltassem na concorrência, e vice-versa, para um melhor alcance dos objetivos do Tratado, através de uma extensão dos seus campos de aplicação. Possivelmente por essa complementaridade das normas quanto aos objetivos do Tratado é que elas foram positivamente reunidas na Proposta de uma Constituição para a Europa. Aplicação combinada, por fim, foi conjugar os dispositivos das liberdades com o artigo 10 TCE para a condenação de Estados-membros em casos nos quais as regras da concorrência não puderam ser aplicadas a operadores privados que cumpriam suas determinações, bem como conjugar os dispositivos da concorrência com o citado artigo para os casos em que os Estados-membros favorecessem a conclusão de acordos contrários ao Tratado, impusessem parâmetros de competição ou delegassem a um operador privado a tomada de decisões de intervenção econômica. Tal aplicação resultou em uma mistura de destinatários, na extensão da aplicabilidade das normas de livre circulação a condutas protecionistas privadas e das da concorrência a comportamentos dos Estados, o que neste estudo foi interpretado como uma aproximação, uma conexão significativa, dos dois sistemas de regras. A questionada teoria foi também confrontada com o fato de haver normas no regramento da concorrência destinadas tanto aos privados, como aos Estados-membros. Em verdade, esta se mostrou uma outra linha divisória, igualmente submetida a um processo de relativização, mas restrita ao sistema da concorrência. A conclusão foi pela existência de uma aproximação entre os sistemas e por uma confirmação da inclusão da liberdade de concorrência no rol das liberdades, como a quinta liberdade econômica fundamental, bem como que isso permitiu e impulsionou o alcance do mercado comum na Comunidade Européia.

## CAPÍTULO 2

### REFORMAS NO DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA

A liberdade da concorrência tem sua origem numa política comum da Comunidade Européia, como visto no capítulo antecedente. Seu objetivo era e continua sendo vigiar o comportamento das empresas e dos Estados-membros, o que é efetivado através do direito que a tutela. O alcance do mercado interno ensejou um reforço na busca desses objetivos, bem como a existência de uma regulamentação. As vantagens decorrentes do afastamento das restrições e obstáculos fronteiriços estariam seriamente comprometidas se não houvesse um adequado controle da execução de acordos, atividades empresariais e das condutas estatais.

O elevado patamar de importância da concorrência na Comunidade é sensível quando se analisa que a implementação de um mercado interno produziu um rápido efeito de progresso, aumentou os investimentos, incrementou a economia, as empresas aproveitaram esse tempo para reestruturar suas atividades, procederam operações de concentração que modificaram as estruturas dos mercados industriais e de serviços e nem por isso o mercado se deturpou. Esse importante papel desempenhado corrobora com a sua procurada classificação como uma quinta liberdade fundamental.

O presente capítulo dedica-se fundamentalmente à apresentação das recentes ou últimas, conforme o caso, reformas ocorridas no direito comunitário da concorrência e ao estudo das perspectivas para as propostas e esforços de uniformização internacional do direito da concorrência. As reformas ocorridas neste âmbito na Comunidade Européia trouxeram uma maior aplicabilidade direta às regras e um maior comprometimento das instâncias nacionais, já que fundadas em princípios de descentralização de aplicação.

Na ênfase que aqui se deseja externar, essas reformas são o reflexo do acompanhamento da evolução da aplicação das regras das liberdades econômicas fundamentais pelo direito da concorrência. Assim, as reformas ocorridas no direito comunitário da concorrência estariam em conexão com a idéia de sua aproximação às liberdades fundamentais<sup>1</sup>, o que mais uma vez corrobora com o esforço de considerar a liberdade de concorrência tutelada por esse direito como a quinta liberdade econômica fundamental, como já visto no capítulo anterior.

Nesse sentido, um dos objetivos de trazer as recentes reformas legislativas é analisar se elas podem ser debitadas à evolução da liberdade de concorrência para uma quinta liberdade e constatar uma provável contribuição, também, das reformas para a afirmação de que cada vez mais a liberdade de concorrência pode ser entendida como uma liberdade fundamental.

---

<sup>1</sup> A contribuição das reformas para a relação do direito da concorrência com as liberdades fundamentais no mercado interno foi ressaltada em NOWAK, Carsten. *Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt*, p. 77-80.



A descentralização da aplicação das regras, objetivo central de algumas das reformas, poderia ser entendida como um aval ao sistema proposto pelo Mercosul. Nesse aspecto, a questão é saber se em certa medida a concepção do Mercosul, através do Protocolo de Defesa da Concorrência, de 1996, e do Comitê de Defesa da Concorrência, foi precursora na opção descentralizadora que permite às autoridades administrativas e judiciais de cada Estado-membro aplicar agora mais regras do direito comunitário da concorrência de forma direta, como se verá. Ou, caso demasiado inusitado e pretencioso esse pensamento, se ao menos as atitudes comunitárias legitimam e dão a certeza que as opções feitas pelo Mercosul não se distanciam muito das soluções encontradas pela Comunidade, todas fundadas em descentralização dos procedimentos e caracterizadas como modernização das normas.

Um último objetivo ainda em contexto é a avaliação dos benefícios e probabilidades de se contar com um regramento de abrangência mundial sobre o direito da concorrência.

Este segundo capítulo apresenta-se dividido em quatro partes. O Tratado assenta as regras materiais para o funcionamento da livre concorrência aplicáveis às empresas, as quais proíbem acordos ou práticas que possam afetar o comércio entre os Estados-membros, bem como os abusos de posição dominante, regras estas aplicáveis tanto às empresas privadas como às públicas, para que envolvam os monopólios do Estado. A aplicação dessas regras é determinada por normas processuais. Estas, regulamentadas pelo direito secundário, foram ao longo do tempo profundamente alteradas. Presentemente, se está perante o conhecimento e o amadurecimento da maior de todas as reformas nesse âmbito, advinda com o Regulamento n. 1/2003, que substituiu o Regulamento n. 17/62. Por tal, a primeira parte deste capítulo dedica-se sobremaneira a essas recentes reformas ocorridas nas regras processuais aplicáveis às empresas. O estudo deve-se por justamente terem sido as mais recentes e pelo fato de terem trazido para o ordenamento uma mais forte descentralização da aplicação das regras. A descentralização avaliza o procedimento do Mercosul, segundo se espera concluir.

No contexto de normas destinadas às empresas é de se relacionar as de controle das concentrações de empresas. Também regulamentadas pelo direito secundário, elas tinham tido suas últimas alterações com o Regulamento n. 1310/97, que modificou parcialmente o Regulamento n. 4064/89. Desde 20 de janeiro de 2004 ambos se encontram substituídos pelo de n. 139/2004. A segunda parte deste capítulo dedica-se às reformas ocorridas e ao surgimento desta nova e unificadora regra para o controle das concentrações de empresas. A opção pelo estudo do regulamento de controle de concentrações e das reformas por ele sofridas é em função do Mercosul, especialmente pelo fato de este processo de integração não conter nada mais que normas programáticas sobre este aspecto no Protocolo de Defesa da Concorrência. Nesse sentido, o regramento comunitário, alterado em 1997, unificado em 2004, ambos os fatos, portanto, após o surgimento daquele, pode vir a se tornar um parâmetro. Por esse mesmo motivo, o estudo não se limitou às regras de aplicação. Normas materiais também serão trazidas.

Além das normas da concorrência se direcionarem às empresas, elas são dirigidas aos Estados-membros. A terceira parte deste capítulo dedica-se às últimas

reformas ocorridas nas regras materiais e processuais aplicáveis a eles. Da mesma forma, uma lacuna do Mercosul quanto ao trato da matéria, foi o que ensejou o estudo, especialmente das regras referidas à concessão de auxílios públicos. Um outro fator, qual seja o caráter mais nefasto dos auxílios públicos para a consecução do mercado comum que qualquer outra prática privada, igualmente contribuiu para a escolha do tema. Essas últimas reformas neste âmbito também ocorreram em momento posterior ao surgimento do ordenamento do Mercosul. Em princípio, as disposições comunitárias proíbem todas as atuações que possam afetar negativamente a concorrência. As ajudas, dentre estas, constituindo-se transferências específicas do setor público para as empresas, sem que estas ofereçam contra-partida, alteram sobremaneira o comportamento do mercado e implicam em custos extremados ao orçamento público, prejudicando a coletividade. Por tudo isso são tidas como as mais nefastas.

A idéia de um direito da concorrência mundial e a contribuição de cientistas europeus para tanto é o objeto da quarta parte deste capítulo. Ajunta-se o estudo de propostas concretas relativas a um código internacional de direito da concorrência, especialmente pelo fato de a doutrina apontar que alguns dos seus elementos poderiam ser úteis para o Mercosul. Assim princípios que mesmo isoladamente poderiam ser aceitos pelas legislações, se não houver o surgimento de um tal documento como um todo para a comunidade internacional. Segmentos da doutrina mercosulista vêem uma unificação mundial como algo destinado a ocorrer<sup>2</sup>.

Outros temas, de igual riqueza, como a evolução jurisprudencial de inúmeros conceitos referentes às normas materiais dos artigos 81, 82 e 86 TCE e o estudo destas próprias tiveram de ser abandonados<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> ETCHEVERRY, Raul Anibal. Derecho de la competencia y Mercosur: visión desde Argentina. In: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (Coord.). *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, p. 207-208.

<sup>3</sup> Mas podem ser conferidos em MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, Heike. *Europäisches Wettbewerbsrecht*, p. 197-472; BEUTLER, Bengt; BIEBER, Roland; PIPKORN, Jörn; STREIL, Jochen. *Die Europäische Union: Rechtsordnung und Politik*, p. 488-507; OPPERMAN, Thomas. *Europarecht: Ein Studienbuch*, p. 389-423; STREINZ, Rudolf. *Europarecht*, p. 349-360; LECHLER, Helmut. *Einführung in das Europarecht*, p. 303-312; HERDEGEN, Matthias. *Europarecht*, p. 256-269; FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maïke. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*, p. 89-98; NICOLAYSEN, Gert. *Europarecht II: Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt*, p. 234-277; KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*, p. 308-323; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht: zur Bedeutung von Art. 90 EWGV*, p. 526-586; PÜTTNER, Günter. *Die Zukunft öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt*, p. 227-242; MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZEHETNER, Franz. *Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, 157 p.; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 829-1184; DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier; MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen. *Derecho de la Unión Europea: Textos y comentarios*, p. 150-165; MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. 3. ed., p. 596-612; BRUNET, Ferran. *Curso de integración europea*, p. 405-427; FONT GALÁN, Juan Ignacio. *La libre competencia en la Comunidad Europea*, 334 p.; DRUESNE, Gérard. *Droit de l'Union Européenne et politiques communautaires*, p. 235-282; GAVALDA, Christian; PARLEANI, Gilbert. *Droit des affaires de L'Union Européenne*, p. 257-398; CRAIG, Paul; de BÚRCA, Gráinne. *EU law: text, cases, and materials*, p. 936-1033; MATHIJSEN, P. S. F. R. *A guide to European Union law*, p. 253-289; CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*, p. 195-243; BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 538-650 e em TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*, p. 593-687.

## 2.1. RECENTES REFORMAS NAS REGRAS PROCESSUAIS APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS

Esta parte dedica-se ao estudo das recentes reformas ocorridas nas regras processuais aplicáveis às empresas, em especial nas regras de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE. Em âmbito de reformas, esta é, sem dúvida, a mais importante. Invariavelmente, é até mesmo chamada de modernização das regras de aplicação dos artigos 81 e 82, pois assim constou no Livro Branco na qual se fundamentou.

As grandes discussões e o muito que se aprende com um processo de troca completa de um sistema por outro, no caso o de reserva de autorização pelo de isenção legal, com ela ocorrido, sempre oferecem soluções, ainda que não aceitas integralmente pelos legisladores do processo ao qual foi proposta, que podem ser úteis a processos de integração em afirmação, como o Mercosul.

As reformas estão fundadas sobremaneira em descentralização e tentativas de promover uma maior participação de instâncias nacionais, como autoridades de concorrência e tribunais. Para tanto, foi promovida a troca do sistema. No caso da Comunidade, um regime de isenção legal significa que a norma da derrogação da proibição de uma prática anticoncorrencial pode ser aplicada não somente pela Comissão, mas também pelos tribunais e autoridades nacionais.

A opção por uma descentralização pode ser resultado da visão da concorrência como uma quinta liberdade econômica fundamental, vista no capítulo anterior, mas que aqui encontra a sua aplicação. Ela é efetivada com a determinação de aplicabilidade direta a mais regras. Antes, paulatinamente, este princípio também foi sendo estendido para as liberdades fundamentais tradicionais.

O caráter de descentralização e extensão de aplicabilidade direta a mais normas do direito comunitário da concorrência, trazido pelas reformas, permite duas reflexões principais. Inicialmente, aproxima a liberdade da concorrência das liberdades econômicas fundamentais. Em segundo lugar, permite afirmar que o caráter de aplicação também descentralizado das regras do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul não se distancia do que vem sendo realizado a título de modernização na Comunidade. Esse sistema estaria sendo convalidado e avalizado. Dessa forma, a descentralização e a mais efetiva participação das instâncias nacionais no processo de decisão comunitário pode ser vista como legitimadora da opção futura do Mercosul como sistema intergovernamental que é.

As regras de execução são o calcanhar de Aquiles do direito comunitário da concorrência<sup>4</sup>. Um estudo do sistema comunitário anterior, presente no Regulamento n. 17/62, permitirá uma melhor compreensão das alterações sofridas pelas regras processuais aplicáveis às empresas e do que é considerado como troca de sistema.

---

<sup>4</sup> GROGER, Thomas; JANICKI, Thomas. *Weiterentwicklung des Europäischen Wettbewerbsrechts*, p. 1004.

### 2.1.a) O Regulamento n. 17/62

Em 1962 o Conselho adotou o Regulamento n. 17/62, que definia as regras de procedimento relativas à aplicação dos artigos 81 e 82 TCE. O Regulamento n. 17/62 foi o primeiro de execução<sup>5</sup> das regras do Tratado, tendo acabado com o período de transição. Legislou não somente a aplicação das regras do Tratado, mas também a divisão de competências entre a Comissão e os Estados-membros. Em matéria de concorrência, muito depois é que surgiu o Regulamento n. 4064/89/CEE sobre o controle das operações de concentração de empresas, no futuro também analisado em função das reformas que sofreu.

O Regulamento estabelecia um sistema de notificação centralizada para a aplicação do artigo 81, n. 3. Se um acordo infringia o artigo 81, n. 1 TCE e não era amparado por nenhum regulamento de isenção de categoria, a parte deveria notificá-lo à Comissão, na tentativa de obter uma isenção fundada no n. 3 do mesmo artigo. Diferentemente da previsão do Regulamento de concentração de empresas, em sua sede a empresa não era obrigada a notificar o acordo. Mas uma vez notificado, a Comissão tinha a obrigação de adotar uma decisão.

A competência para a aplicação dos artigos 81 e 82 era regulada pelo artigo 9º. Segundo o seu parágrafo 1º., a Comissão era a exclusivamente competente para a declaração da não-aplicabilidade do artigo 81, n. 1, em função do n. 3 do mesmo artigo. Por isso, sempre se referia ao figurativo monopólio da Comissão para o trato da matéria. Para a aplicação dos artigos 81, n. 1., e 82 determinou o Regulamento a existência de uma competência concorrente entre Comissão e autoridades nacionais<sup>6</sup>. Para evitar cumulação de competências, as autoridades nacionais tornavam-se incompetentes a partir da abertura de um procedimento pela Comissão. Para o caso do artigo 81, n. 2, a competência era exclusiva dos Estados-membros, pois o regime das nulidades é regulado pelas leis internas.

Algumas situações, sob determinadas condições, podem ser excepcionadas da aplicação da proibição aos cartéis. A Comissão dispunha de decisões para casos únicos ou de regulamentos de liberação por categorias para promover tais liberações. Os juízes nacionais não eram autorizados, em função do monopólio da Comissão na aplicação do artigo 81, n. 3 TCE, a conceder isenções, mas podiam aplicar as em grupo editadas em correspondência a este artigo, pois sempre eram na forma de regulamentos. A tomada dessas decisões continua não sendo permitida às autoridades e tribunais nacionais, até porque a lógica do novo sistema de isenções legais não mais enseja decisões para os casos individuais, como será visto.

---

<sup>5</sup> Para CAMPELLO, “A jurisprudência distinguiu os regulamentos entre os de base e os de execução. Os regulamentos de base são adotados para aplicação de disposições do direito originário ou outros instrumentos convencionais vinculativos da Comunidade. Os de execução destinam-se a dar execução aos regulamentos de base, cujos regimes jurídicos pormenorizam e desenvolvem, estabelecendo as condições e os meios de sua boa aplicação”. CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, p. 189.

<sup>6</sup> Sobre a aplicação dos artigos 81, n. 1, e 82 TCE pelos órgãos administrativos e judiciais nacionais, com específica ênfase aos casos de concentrações, a título incidental ou principal, antes do surgimento do Regulamento n. 4064/89, isto é, ainda quando os referidos artigos eram usados para o controle de concentrações, ver CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; GOÑI URRIZA, Natividad. *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, p. 128-159.

Com a notificação, a parte gozava de imunidade da provável multa a partir da data daquela até a em que a Comissão tivesse uma decisão, fosse um atestado negativo ou uma declaração de isenção<sup>7</sup>. Era, pois, um sistema de controle *ex ante*, um sistema que oferece à autoridade a possibilidade de agir contra a prática antes de sua realização, dosar o número de isenções e direcionar os pedidos às autoridades especializadas<sup>8</sup>. Muitas empresas faziam a notificação, justamente pelo benefício nela contido.

Esse mecanismo começou a apresentar limitações. Segundo a doutrina, ele era plenamente justificado no final dos anos 50, quando a nível europeu os cartéis eram prática corrente e eram vistos como instrumentos de estabilização da economia<sup>9</sup>. Naquela época o sistema *ex ante* era uma alternativa válida. Atualmente não estava mais sendo.

O Regulamento n. 17/62 determinava o processo administrativo a ser executado pela Comissão. Ele nascia pelo artigo 4º. (notificação da empresa<sup>10</sup>) ou por outros meios de conhecimento ou denúncia, isto é, também por iniciativa própria da Comissão, e podia ter como resultado a forma de um certificado negativo, confirmando que as proibições do artigo 81, n. 1, ou do 82 TCE não haviam sido infringidas (artigo 2º.) ou uma ordem de impedimento dos artigos 15 e 16, acompanhada de multa, ou ainda uma liberação singular ou liberação em grupo, conforme o caso.

Assim, o pedido ensejava quatro possibilidades de decisões. A primeira era as isenções individuais ou declarações de inaplicabilidade do n. 1 do artigo 81 TCE. A Comissão era a exclusiva titular do poder de conceder isenções a acordos individualmente considerados, segundo o artigo 9º., n. 1, salvo o controle exercido pelo Tribunal. Segundo o artigo 4º., n. 1, do Regulamento n. 17/62, a concessão de uma isenção individual requeria um pedido perante a Comissão. Uma isenção individual era concedida após o término de um procedimento de controle, que se iniciava com essa notificação<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> A imunidade temporária, prevista no n. 5 do artigo 15 do Regulamento n. 17/62, consistia na não-aplicação de multas por infração do disposto nos artigos 81, n. 1, e 82 em relação a comportamentos posteriores à notificação à Comissão e anteriores à decisão pela qual ela concedia ou recusava a aplicação do n. 3 do artigo 81, desde que a empresa se mantivesse dentro dos limites da atividade descrita na notificação.

<sup>8</sup> MÖSCHEL, Wernhard. *Systemwechsel im Europäischen Wettbewerbsrecht? Zum Weißbuch der EG-Kommission zu den Art. 81 ff. EG-Vertrag*, p. 63.

<sup>9</sup> BALLARINO, T. *Op. cit.*, p. 573. Um regime de autorização era adequado à época. O direito da concorrência era embrionário e somente dois Estados possuíam legislação. Ademais, a Comissão tinha o desejo de ser informada sobre os acordos comerciais existentes e com isso obter um conhecimento dos vários setores econômicos. RINALDI, Raimondo. *Il Regolamento del Consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitarie in tema di concorrenza*, p. 143.

<sup>10</sup> Ainda quanto à notificação, resta atenção as suas questões processuais e formalidades no caso do artigo 82 TCE, que tem a particularidade de não prever possibilidades de liberação das proibições. Aqui a Comissão possuía igualmente todas as alternativas de fiscalização e no final o processo resultava numa decisão que podia ser impugnada perante o Tribunal. HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 143.

<sup>11</sup> A empresa interessada em obter uma isenção tinha o dever de fornecer toda a informação necessária, assim como relatar o texto integral do acordo, descrever a característica estrutural do mercado interessado, indicar os dados relativos à dimensão geográfica, faturamento, quota de mercado das empresas participantes, os relativos à posição sobre o mercado da concorrência e a existência de

Essa possibilidade de decisão promovia uma ponderação entre vantagens e prejuízos à concorrência. Eram, de certa forma, até desejados alguns determinados cartéis, pelo sentido econômico que tinham<sup>12</sup>. Só assim é possível entender a previsão de tais isenções, isto é, num equilíbrio entre vantagens e desvantagens, há cartéis cujas existências apresentam mais vantagens<sup>13</sup>.

Ainda quanto ao regime de isenções, após o surgimento do Regulamento n. 17/62, as autoridades comunitárias se concentraram na definição das possibilidades de isenções previstas no artigo 81, n. 3 TCE<sup>14</sup>. Essa norma dava ao Conselho a possibilidade da liberação de acordos da proibição do artigo 81, n. 1 TCE por isenções individuais ou por categorias. Em especial, o instrumento mais utilizado foi o regulamento de isenção por categoria<sup>15</sup>, embora acima já tenha sido visto a importância das decisões individuais. Mesmo que não se trate de uma decisão típica da Comissão, têm aqui eles o local apropriado para serem tratados.

Não somente os acordos isolados podiam ser isentos, mas também acordos por categorias. Tais medidas eram alternativas para a diminuição do encargo de trabalho da Comissão com a avalanche de notificações (*Massenproblem*)<sup>16</sup>. Grupos de acordos temporalmente limitados eram isentos pela Comissão das proibições, segundo competência que lhe era dada pelo Conselho<sup>17</sup>. A adoção de regulamentos de isenção

---

barreiras ao ingresso de novos concorrentes. Reunindo as condições previstas, acima indicadas, a Comissão poderia conceder a isenção, que vinha através de ato administrativo constitutivo, regulado pelos artigos 4º. a 8º. do Regulamento n. 17/62.

<sup>12</sup> ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*, p. 145.

<sup>13</sup> Em todos os casos, a isenção era concedida por um período de tempo limitado, decorrido o qual o acordo era submetido a uma nova valorização de compatibilidade, a fim de averiguar os pressupostos para uma renovação dos procedimentos. O artigo 8º., n. 2 do Regulamento permitia a renovação do prazo. Uma decisão apazada permitia que a permissão de limitação à concorrência pudesse ser melhor acompanhada. Além disso, o artigo 8º., n. 3, permitia à Comissão a revogação do ato quando a empresa usasse de forma abusiva ou infringisse as normas autorizadas. Antes mesmo do prazo assentado, em quatro hipóteses a isenção poderia ser revogada: a) presentes modificações de fato referentes a um elemento essencial da decisão, b) se o interessado tivesse sido declarado responsável pela transgressão a um dos ônus previstos na decisão, c) se a decisão se fundamentou em razões inexatas ou foi obtida mediante fraude, e d) se o interessado abusou da isenção.

<sup>14</sup> GROGER, T.; JANICKI, T. *Op. cit.*, p. 992.

<sup>15</sup> Este, pouco a pouco veio deslocando da cena as isenções individuais. MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian. *Die Freistellung vom Kartellverbot*, p. 26. Sobre o significado de um direito à isenção (*Freistellungsrecht*) que os regulamentos comportam ver MÜLLER-GRAFF. *Idem*, p. 1-8. Sobre uma aplicação combinada de regulamentos de isenção e sobre um relacionamento deles entre si ver MÜLLER-GRAFF. *Idem*, p. 34-39.

<sup>16</sup> O que MESTMÄCKER assim caracteriza, ao ver como perfeitamente compreensível a dificuldade da Comissão em decidir os processos no prazo. MESTMÄCKER, E.-J. *Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU: zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EGV a. F. (Art. 81 und 82 EGV n. F.)*, p. 524. Este fenômeno também é assim conhecido por MÖSCHEL, W. *Reform des europäischen und des deutschen Kartellrechts*, p. 251.

<sup>17</sup> Segundo o artigo 83, n. 2, alínea b TCE, o Conselho é competente para promulgar tais atos e assim transferiu em cinco âmbitos a responsabilidade para a Comissão, que por sua vez emitiu um grande número de regulamentos de isenção de categorias. Uma enumeração dos regulamentos editados sob esta autorização pode ser vista em MARTINEK, Michael; HABERMEIER, Stefan. *Das Chaos der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen: Analyse, Kritik und Verbesserungsvorschläge*, p. 110-111, em MÜLLER-GRAFF, P.-C. *Op. cit.*, p. 6-7, nota de rodapé número 44, e em RAMOS, Dante Marcelo. *Das Wettbewerbsschutz-Protokoll des Mercosur: eine Darstellung anhand der Wettbewerbsordnungen Argentiniens und Brasiliens und im Vergleich mit der Europäischen Gemeinschaft*, p. 145. Para tanto,

por categoria era suscetível de reduzir ou mesmo suprimir a exigência de notificações individuais das práticas que não ultrapassassem as medidas e disposições neles contidas<sup>18</sup>. Categorias, no sentido do artigo 81, n. 3, eram acordos motivados em comum ou fatos jurídicos comparáveis<sup>19</sup>, com respeito a grande similitude de interesses de empresas e que se prestassem a uma apreciação categorizada. Esses eram os grupos normatizados por regulamentos emitidos no sentido do artigo 249, frase 2 TCE, portanto direito diretamente aplicável.

Tal isenção tem, já que a modalidade ainda existe sob o novo regulamento, como objetivo a simplificação administrativa e a garantia da segurança jurídica das empresas participantes de um acordo no que respeita a validade deste perante o Tratado. Nesse caso, presentes os requisitos, a isenção por categoria dispensa a notificação e o acordo não é sujeito a qualquer apreciação concreta do preenchimento dos requisitos nem a uma avaliação caso a caso, como eram os das empresas petionárias de isenções individuais. Além disso, o acordo é automaticamente liberado das proibições do artigo 81, n. 1, fato que deve ser observado por órgãos e

---

três são os critérios estimados: a cláusula do acordo é lícita, não absorvida, portanto, pela proibição do artigo 81, n. 1; a cláusula restringe a concorrência, mas é permitida pelo balanceamento dos critérios do artigo 81, n. 3; e a cláusula é absolutamente vedada, e a sua presença impede que o acordo usufrua de isenção. CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 209.

<sup>18</sup> VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François. *Droit de la concurrence de la Communauté Économique Européenne*, p. 31. Do ponto de vista técnico, é possível dizer que todos os regulamentos emitidos apresentam uma estrutura semelhante. BUNTE, Hermann-Josef. *Kartellrecht*, p. 385. Primeiro determinam a que grupos de acordos se destinam, o que é chamado pela doutrina de lista branca de acordos (*white list*). Se os acordos contivessem somente cláusulas da lista branca, o regulamento funcionava como uma isenção legal para eles. Após é apresentada uma lista negra de acordos (*black list*), aos quais o regulamento não se destina. E os regulamentos ainda apresentam regras processuais para aqueles casos que não se enquadram em nenhuma das listas, isto é, que ficam numa zona cinzenta. Caso a Comissão não conteste em seis meses estes últimos acordos, eles também estão liberados. MÖSCHEL, W. *Op. cit.*, p. 251. Por fim, eles contêm regras destinadas à subtração da autorização quando os requisitos do artigo 81, n. 3, deixarem de existir. Ainda vale referir que recentes regulamentos trocaram o costume das listas brancas pelo estabelecimento de critérios econômicos, como por exemplo, os Regulamentos n. 2790/1999, sobre acordos verticais, e os n. 2658/2000 e n. 2659/2000, sobre determinados acordos horizontais referentes à especialização e pesquisa e desenvolvimento. MARTINEK e HABERMEIER descrevem o verdadeiro caos ocasionado pelos regulamentos de isenção por categorias. O fato deles apresentarem uma estrutura semelhante não é apontado como positivo. Muitos contêm disposições de conteúdo idêntico para o trato de problemas materiais que são contrapostos. O caráter repetitivo deles impediu uma definição concreta dos âmbitos das regulamentações. Outra questão reforçada é a fraqueza e a não-uniformidade das chamadas listas. A colocação das isenções em listas brancas e das proibições em listas negras cria uma zona cinzenta rica em incertezas, para os casos que se enquadram no regulamento mas que não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas. Sobre a fraqueza e a não-uniformidade das chamadas listas e os problemas ocasionados para os casos que não se enquadram em nenhuma das previsões, que ficam na chamada zona cinzenta, ver MARTINEK, M.; HABERMEIER, S. *Op. cit.*, p. 124-134. O relacionamento dos regulamentos de isenção por categorias entre si também é apontado como um espinhoso problema. Um existente paralelismo de aplicação (*Überschneidung*) enseja dificuldades de delimitação (*Abgrenzungsschwierigkeiten*). Os prazos diferentes de validade dos regulamentos também ensejam problemas. Enfim, há grandes obscuridades quanto aos regulamentos de isenção por categorias, falta de clareza e consistência. Os autores pregavam pela necessidade de uma revisão fundamental e esclarecimentos do direito que causava às empresas, ao contrário da eliminação de custos com a desnecessidade das notificações, custos mais altos com advogados especializados. Em conclusão, propostas de melhorias no referido direito (agora modificado com o surgimento do Regulamento n. 1/2003) clamavam por um regulamento geral de isenções por categorias (*eine Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung*) como instrumento para a satisfação da falta de harmonização de peculiares isenções que necessitavam de revisão. *Idem*, p. 107-148.

<sup>19</sup> BUNTE, H.-J. *Op. cit.*, p. 384.

tribunais nacionais. Os regulamentos produzem efeitos diretos e independentemente de inscrição prévia por parte das empresas<sup>20</sup>. As isenções decorrem, assim, da promulgação deles. Caso um acordo não fosse autorizado por um de isenção de categoria, isso não determinava a automaticidade de uma proibição. Era sempre possível a obtenção de uma liberação isolada.

Como visto, a possibilidade de isenções em grupo já era uma alternativa para aliviar o mecanismo decisório da Comissão. Contudo, os problemas eram também encontrados em outros níveis. A primeira questão era saber qual o direito material aplicável, se o nacional ou o comunitário<sup>21</sup>. A segunda questão, caso o escolhido fosse o comunitário, era saber quem iria aplicá-lo, se órgãos nacionais ou o comunitário. Ai vinha a questão do antigo artigo 9º., n. 3 do Regulamento n. 17/62, sobre a perda da possibilidade do processo por órgãos nacionais se a Comissão usasse de sua preferência. Acontece que esse artigo não era dirigido aos tribunais, permanecendo estes, então, competentes. Quando a opção era pelos órgãos nacionais, defrontava-se com a questão do monopólio da Comissão para a concessão das isenções individuais. Além disso, os tribunais deviam observar as decisões anteriores da Comissão e evitar futuras decisões contraditórias<sup>22</sup>. Restava ainda a possibilidade de aguardar a decisão da Comissão ou a eventual decisão prejudicial solicitada com base no pedido do artigo 234 TCE.

Ainda que a possibilidade de isenções em grupo tenha sido uma alternativa para aliviar o problema do acúmulo de notificações, os regulamentos não resolveram completamente a questão. Assumiram, outrossim, determinada importância que até

---

<sup>20</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 315.

<sup>21</sup> Sobre a relação na aplicação do direito entre a Comunidade e as autoridades nacionais, vale lembrar que colisões entre ordens jurídicas existem quando dois ordenamentos são aplicáveis ao mesmo fenômeno. No caso da relação com a Comunidade Européia, isto é fortemente impulsionado pela cláusula da interestatalidade e pelo princípio do efeito. A cláusula da afetação do comércio entre os Estados-membros sempre vem acompanhada do teste de afetação ou intensidade. O resultado de dois ordenamentos serem aplicáveis é que uma transação estará submetida a duas ordens jurídicas. A solução parece estar na aplicabilidade direta dos artigos 81, n. 1, e 82 TCE, reforçada agora com o alargamento do importante princípio comunitário ao n. 3. do artigo 81 TCE. O Caso *Delimitis* muito contribuiu para o esclarecimento deste conflito. Caso *Delimitis*, EuGH, Slg. 1991, p. I-935. Falar em *Delimitis* significa que os tribunais nacionais foram autorizados a averiguar se havia o cumprimento dos requisitos do artigo 81, n. 3 TCE, e em caso de resultado positivo suspenderem seus processos até a decisão da Comissão, isso tudo já antes da entrada em vigor das atuais reformas. *Delimitis* também deu aos tribunais nacionais indícios de que havia a possibilidade deles se informarem junto à Comissão da situação atual do processo que esta conduzia antes de emitirem suas sentenças, assim, se a Comissão tencionava concluir o processo com uma sentença formal fundada nas regras da concorrência.

<sup>22</sup> STEINDORFF deparou-se com a questão de se um regulamento de isenção excluía a aplicação de direito nacional mais rígido, isto é, uma questão de conflito de relação entre o direito comunitário e o direito nacional da concorrência. Tensão entre os direitos nacionais e o comunitário, para o autor, só podia existir no âmbito da afetação do comércio entre os Estados-membros. Quando a afetação é considerável, o acesso do direito comunitário nas matérias nacionais quase não sofre limitações e isso teria como benefício a unidade do direito. Assim, baseado no Caso *Walt Wilhelm*, observa que as autoridades nacionais não deviam aplicar o direito nacional se contraditório a decisões da Comissão, publicadas ou previstas, no que se incluem as isenções. Caso *Walt Wilhelm*, EuGH, Slg. 1969, p. 1. Em sua conclusão, assevera que possuem, pois, também preferência estas ao direito nacional. Só estes instrumentos vinculavam os tribunais nacionais. *Comfort letters*, certificados negativos e comunicações não vinculavam. STEINDORFF, Ernst. *Spannung zwischen deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht*. In: *SCHWERPUNKTE des Kartellrechts 1986/87*, p. 32-33. Mas no mínimo expressavam a intenção da Comissão. ODESKY, Walter. *Artikel 85/86 EG-Vertrag und die nationalen Gerichte: Einige Bemerkungen aus der Sicht des Bundesgerichtshofes*, p. 705.



uma codificação deles chegou a ser proposta por GROGER e JANICKI em interesse de uma maior unidade sistemática<sup>23</sup>. Mas e a reforma, agora em vigor? A natureza jurídica dos regulamentos de isenções por categorias foi fundamentalmente alterada com a sua entrada em vigor, como será visto oportunamente.

A segunda possibilidade de decisão da Comissão vinha na forma de emissão de um certificado negativo. Segundo o artigo 2º. do Regulamento n. 17/62, sobrevinha a emissão de um certificado negativo quando o acordo fosse compatível com o Tratado, fato averiguado após os procedimentos de comunicação.

O certificado negativo foi de grande significado, pois permitia à empresa saber se o seu comportamento era admitido ou proibido. Ela pedia à Comissão a confirmação de que o comportamento pretendido não infringia o Tratado. Nele a Comissão declarava formalmente que, segundo as provas que lhe foram trazidas, não havia sido encontrado nenhum motivo para intervir conforme as regras dispostas nos artigos 81, n. 1, e 82 TCE. Tal decisão permitia à empresa uma rápida certeza de legalidade do acordo visado.

Para uma melhor compreensão do instrumento de certificado negativo, vale efetuar uma distinção dele com a decisão de isenção. Na decisão de isenção constatava-se que determinado comportamento das empresas era ilegal. No entanto, porque tinha aspectos positivos e as condições legais do n. 3 do artigo 81 eram cumpridas, o acordo era declarado compatível. Era o mesmo que dizer que para se beneficiar de uma declaração de isenção, o acordo devia ser ilegal. Já o certificado negativo era a constatação de ausência de infração, ou que esta não era sensível, o que lhe permitia ser pedido mesmo para os casos do artigo 82<sup>24</sup>, que não previa exceções. Na prática, sendo possível, as empresas notificavam a Comissão, pedindo um certificado negativo e, subsidiariamente, uma declaração de isenção<sup>25</sup>. Um pedido exclusivo de declaração de isenção só era feito no caso da absoluta impossibilidade de obtenção de um certificado negativo.

Ocorre que a Comissão costumava tratar os casos com procedimentos administrativos (*comfort letters*; *Verwaltungsschreiben*). As *comfort letters* eram utilizadas para aliviar a carga de trabalho da Comissão. Embora acelerassem os procedimentos de forma efetiva<sup>26</sup>, não ofereciam a mesma segurança jurídica das decisões formais acima vistas. Não eram nem um atestado negativo, nem uma decisão, e tampouco estavam reguladas pelo Regulamento n. 17/62. Mas 90 por cento dos casos eram concluídos com tais medidas<sup>27</sup>. A insegurança residia no já visto fato de que elas não vinculavam órgãos e tribunais nacionais. Estes podiam decidir

---

<sup>23</sup> GROGER, T.; JANICKI, T. *Op. cit.*, p. 1005.

<sup>24</sup> ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, p. 101.

<sup>25</sup> PALMA, Maria João. Direito da concorrência na Comunidade Europeia: perspectivas para o Mercosul. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade*, v. 2, p. 307, nota de rodapé número 29.

<sup>26</sup> VAN BAEL, I.; BELLIS, J.-F. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>27</sup> BUNTE, H.-J. *Op. cit.*, p. 383; MÖSCHEL, W. *Systemwechsel im Europäischen Wettbewerbsrecht? Zum Weißbuch der EG-Kommission zu den Art. 81 ff. EG-Vertrag*, p. 64 e RINALDI, R. *Op. cit.*, p. 145.

diferentemente da Comissão, isto é, com elas a empresa não tinha uma segurança jurídica adequada<sup>28</sup>.

Atualmente, a existência de uma coleção de precedentes (*corpus di precedenti*)<sup>29</sup> autoriza a investida que fez a reforma num controle *ex post*<sup>30</sup>. Para isso contribuíram as decisões, as sentenças e as legislações nacionais antitrust, que difundiram toda uma cultura no ambiente comunitário. A mudança ocorrida foi fruto do desenvolvimento do sistema, da criação de direitos nacionais quando não havia, da influência do comunitário nestes e também da influência destes no comunitário, quando neles os casos inusitados surgiam ou eram tratados em primeiro lugar.

A última das alternativas era a recusa, dada quando o acordo não cumpria os requisitos do artigo 81, n. 3 TCE, motivo pelo qual era considerado incompatível com o mercado comum e proibido. De tal decisão era permitido recurso ao Tribunal com base no artigo 230 TCE, em cominação com o artigo 3º, n. 1, alínea c da Decisão n. 88/591. Eventual decisão negativa deveria vir adequadamente justificada.

Isto posto, cabe promover uma avaliação de questões do sistema anterior, tal como monopólio da Comissão, e encaminhar a discussão sobre o relaxamento e a sua descentralização. EHLERMANN via dois pontos problemáticos no antigo sistema. O primeiro era a ampla interpretação da cláusula da interestatalidade e o grau de integração atingido pela Comunidade, o que fazia com que os artigos 81 e 82 atingissem a esfera interna dos Estados-membros. Assim, cada vez mais casos ocorridos em um Estado-membro tangenciavam o direito comunitário. O segundo era a aplicação paralela do direito nacional a casos puramente comunitários<sup>31</sup>. Em função disso, havia a necessidade de uma melhor divisão de tarefas nesse processo.

---

<sup>28</sup> Em especial a precariedade dessa alternativa foi por longos anos questionada e tornou-se um dos pontos de críticas que levou a Comissão a proceder as recentes reformas. Em quarenta anos de vigência do Regulamento n. 17/62, poucas dezenas de decisões formais foram tomadas. Na maior parte dos casos, a empresa recebia uma *comfort letter* sem valor vinculante nem para os tribunais, tampouco para as autoridades nacionais. O caso era que a Comissão dispndia esforços mesmo para a emissão destes documentos administrativos. No período de 1993 a 1998 foram tomadas somente 20 decisões formais. BALLARINO, T. *Op. cit.*, p. 573.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 574.

<sup>30</sup> Um controle *a posteriori* teria, em tese, a vantagem de que os cartéis fossem julgados pelos seus comportamentos fáticos e não segundo o que dizem nos formulários, o que também facilitaria a concentração das autoridades nos casos graves. As desvantagens seriam que uma prática pode se prolongar no tempo até que seja proibida e que a demora numa decisão deixa os participantes e os terceiros sem saber da legalidade da ação. MESTMÄCKER, E.-J. *Op. cit.*, p. 524. Um tal controle, segundo MÖSCHEL, ensejaria até uma recompensa por descobrimentos de cartéis, oferecida aos descobridores, como uma compensação pela possibilidade do encerramento de suas carreiras profissionais. MÖSCHEL, W. *Op. cit.*, p. 66. Um caso já tratado pelo Tribunal envolvendo um trabalhador suíço que foi informante da Comissão e teve seu nome negligentemente divulgado, por cuja desgraça recebeu uma indenização, pode ser conferido em SAMTLEBEN, Jürgen. *Perspectivas para uma Corte do Mercosul e a experiência européia*, p. 264. Sobre as medidas de proteção oferecidas pelo direito comunitário da concorrência às testemunhas-chave, cujo papel foi fortalecido com a extensão da troca de informações entre as autoridades, em função da rede criada pelo Regulamento n. 1/2003, que envolvem até um programa de proteção a testemunhas da Comissão, também existente em 14 Estados-membros, ver BLAKE, Stephen; SCHNICHELS, Dominik. *Schutz der Kronzeugen im neuen EG-Wettbewerbsrecht*, p. 551-555.

<sup>31</sup> EHLERMANN, Claus-Dieter. *Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts durch Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten*, p. 47-48.

Como exemplos possíveis e válidos, primeiramente cita o do Regulamento de controle de concentrações, que adota um outro sistema de divisão, baseado em patamares monetários. Segundo este, as regras nacionais de controle de concentrações perdem sua aplicação quando uma fusão possui significado comunitário. Casos que tangenciem o comércio entre os Estados-membros e caiam na esfera do regulamento citado, se submetem a apenas uma ordem de regras da concorrência. O deslocamento das ordens nacionais é regulamentado, e não somente fático. Essas considerações serão melhor vistas em frente.

Além desse sistema, lembra EHLERMANN que o Caso Delimitis<sup>32</sup> já regulava a relação de colaboração entre as instâncias, cujo fortalecimento<sup>33</sup> seria uma outra alternativa contra o perigo de sentenças divergentes<sup>34</sup> num regime de aplicação paralela de ordenamentos. Não apenas entre tribunais, mas também uma colaboração mais estrita com as autoridades nacionais era sugerida para o incremento da aplicação do direito comunitário. O objetivo era a superação das dificuldades administrativas, geralmente relacionadas à carência de infra-estrutura.

Outra alternativa para uma melhor divisão de tarefas seria conduzir o processo no Estado-membro, em cujo território a prática atentatória ao Tratado estivesse limitada, e manter na esfera de trato da Comissão os casos de maior significado econômico, jurídico ou político.

A um relaxamento do monopólio da Comissão de aplicação do artigo 81, n. 3, todavia, ele era contra. Observa que uma sugestão alemã sobre modificações no Regulamento n. 17/62 não encontrou amparo, em primeiro lugar, e que tal responsabilidade deveria ser mantida junto a um órgão comunitário, especialmente pelos problemas decorrentes de um tal relaxamento, assim sentenças divergentes, o que perigaria a unidade e segurança do direito<sup>35</sup>.

Por fim, entendia EHLERMANN que um fortalecimento da aplicação das regras por tribunais e autoridades nacionais era possível sem o relaxamento do monopólio da Comissão. Bastaria uma melhor colaboração. O autor parecia aceitar a idéia em uma única situação, qual seja, quando uma sentença de liberação de uma autoridade nacional valesse em toda a Comunidade. Do contrário, a empresa

---

<sup>32</sup> Caso Delimitis, EuGH, Slg. 1991, p. I-935.

<sup>33</sup> Em seu artigo, o autor aponta o pouco uso do recurso de colaboração pelos tribunais dos Estados-membros. Ainda, enumera os principais tipos de informações a serem fornecidas pela Comissão que interessariam aos tribunais nacionais. EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 50-51.

<sup>34</sup> Para BEHRENS, tal perigo “é inerente ao sistema de aplicação do direito da Comunidade”. BEHRENS, Peter. *Probleme der zentralen und dezentralen Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft*, p. 89.

<sup>35</sup> EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 48-54. Neste sentido BEHRENS, para quem uma unidade na aplicação do direito é possível “quando a igualdade perante o direito comunitário é garantida em todos os Estados-membros; para tanto deve ser atribuído em todo o ambiente comunitário o mesmo significado às normas do direito comunitário”. BEHRENS, P. *Op. cit.*, p. 89. Para o autor, tal unidade no caso da concorrência tinha um outro significado. Ela era o elemento central que permitiria a construção de um sistema à luz do Tratado. Por isso é que as condições da concorrência deveriam ser “em toda a parte idênticas”. *Idem*, p. 90. Por isso também é que este temia uma descentralização da aplicação das regras do artigo 81, n. 3. Esta competência exclusiva resultava do princípio fundamental de unidade da política da concorrência, motivo pelo qual “Toda forma de aplicação descentralizada do artigo 81, n. 1, devia partir da centralização da competência de decisões de liberações de proibições”, isto é, da exclusividade da Comissão quanto às declarações de isenção. *Idem*, p. 92.

interessada deveria interpor pedidos em vários locais. Uma ampla eficácia da sentença nacional nem hoje com a reforma é possível<sup>36</sup>. Melhor dizendo, não há que se falar em sentença de liberação, pois a lógica do sistema de isenção legal não a comporta.

Em verdade, uma parcial avaliação do sistema anterior deve referir-se a duas questões: monopólio da Comissão e uso indiscriminado de *comfort letters*. Até porque as reformas a serem vistas atacaram esses pontos substancialmente. O fato de a Comissão deter o monopólio de aplicação da regra do artigo 81, n. 3, com o incremento do volume dos atos das empresas, ocasionou um enorme volume de trabalho para si. Impossibilitada de dar vazão às notificações, desenvolveu mecanismos alternativos. Um destes era a concessão de *comfort letters*. Estas, como visto, eram caracterizadas por uma precariedade jurídica, motivo pelo qual cada vez mais uma reforma era aguardada.

O fato é que a Comissão não desejava mais se ater a meros controles administrativos. O então sistema de notificações limitava a Comissão no seu desejo de se concentrar nos processos mais importantes. Também era alegado que o sistema de notificações criava despesas às empresas. Por isso, era voz corrente que o processo necessitava ser facilitado. Uma das alternativas era a inclusão no processo dos tribunais e autoridades nacionais, através da aplicabilidade direta de todas as disposições dos artigos 81 e 82 TCE<sup>37</sup>. A marca desse discurso de reformas era a descentralização da aplicação do direito comunitário da concorrência.

A relação entre aplicação centralizada ou descentralizada das regras comunitárias da concorrência difere da antes vista entre aplicação das regras nacionais e comunitárias da concorrência. A primeira envolve a aplicação desta uma regra de forma centralizada por um só órgão, ou descentralizada, por este um e mais outros. Havendo exclusividade da aplicação da norma comunitária, significa que ela é centralizada (na Comissão), e não havendo quer dizer que o tribunal nacional poderia aplicar a norma comunitária, o que se vê no segundo caso, de aplicação descentralizada, então. Geralmente é o caso da regra comunitária da concorrência ser aplicada exclusivamente pela Comissão ou poder ser aplicada também por Estados-membros, não em paralelo. A segunda situação diz respeito à aplicação paralela de duas ordens jurídicas a um mesmo caso. Assim quando a Comissão aplica o direito comunitário e o tribunal nacional aplica o direito nacional ou quando o tribunal nacional aplica o direito comunitário e o nacional. Trata-se da situação que foi tentada resolver com o Caso Walt Wilhelm<sup>38</sup>. Ambas as situações são assuntos próximos, já que a segunda hipótese da segunda situação iguala-se à segunda hipótese da primeira, mas sobretudo distintos, que muitas vezes conduzem à confusão.

A aplicabilidade direta de algumas das normas comunitárias da concorrência, isto é, um problema de aplicação centralizada ou descentralizada, foi questão do Caso Bosch, de 1962<sup>39</sup>. Novos impulsos foram tidos com o Caso Delimitis, de 1991<sup>40</sup>, que

---

<sup>36</sup> EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 55.

<sup>37</sup> GROGER e JANICKI citam várias comunicações e relatórios da Comissão, já da década de 80, que objetivavam o fortalecimento da intervenção das autoridades nacionais. GROGER, T.; JANICKI, T. *Op. cit.*, p. 995.

<sup>38</sup> Caso Walt Wilhelm, EuGH, Slg. 1969, p. 1.

<sup>39</sup> Caso Bosch, EuGH, Slg. 1962, p. 97.

<sup>40</sup> Caso Delimitis, EuGH, Slg. 1991, p. 935.

permitiu aos tribunais nacionais a averiguação dos requisitos do artigo 81, n. 3, e com as comunicações da Comissão para colaboração com os tribunais dos Estados-membros na questão da aplicação das regras da concorrência.

A aplicabilidade direta das referidas normas implica que ela seja feita pela Comissão e pelos Estados-membros, isto é, descentralizada, o que é uma questão próxima, mas diferente de aplicação paralela de normas nacionais e comunitárias. Nesta, como já visto, cada instância conduz o seu processo ou o tribunal nacional aplica os dois direitos. E o que interessa mesmo na questão da descentralização é que o direito comunitário, que é um só, não exclusivamente possa ser aplicado apenas por uma instância, que normalmente é a Comissão. A aplicação descentralizada pressupõe o emprego das regras da concorrência por diferentes sistemas de competência, processos e sanções, uma vez que pode ser por várias instâncias.

Para BEHRENS, essa já complexa relação era agravada por problemas como a inexistência em alguns Estados de uma autoridade, ou de competência a esta, ou mesmo de legislação, hoje suprida, como o poder da Comissão de avocar os casos, segundo o artigo 9º., n. 3 do Regulamento n. 17/62, mantido no sistema atual, problemas como as diferentes pré-concepções políticas e concorrenciais dos juízes nacionais, como as limitações dos tribunais nacionais para o trato de casos complexos, e ainda como o monopólio da Comissão para a aplicação do artigo 81, n. 3, caso em que mesmo o tribunal nacional aplicando o artigo 81, n. 1, podia a Comissão liberar a proibição, conforme o artigo que lhe era de aplicação exclusiva. Visto de outra forma, detinha a Comissão uma centralização que afetava uma própria descentralização, esta buscada e desejada por ela, e que afastava as instâncias de uma melhor e mais participativa colaboração na aplicação do direito<sup>41</sup>.

A conclusão desse levantamento de problemas era que, por um lado, seja o sistema de execução direto ou indireto, enquanto a Comissão e órgãos estaduais se ocupassem na mesma medida de um caso concreto, ele trazia consigo o perigo de sentenças contraditórias, e por outro lado, esse sistema conduzia a uma divergência na aplicação do direito e a um déficit de execução pelos órgãos nacionais<sup>42</sup>. Uma aplicação centralizada nas mãos da Comissão também não era a solução, haja vista o incremento do volume de serviços que isso causaria.

Sobretudo, era visto que para a aplicação centralizada ou descentralizada deveriam ser encontradas outras soluções. As que eram conhecidas até o momento para o problema e as conseqüentes sentenças contraditórias eram medidas extremas, como a retirada da aplicabilidade direta dos artigos 81, n. 1, e 82 TCE e retorno a um sistema centralizado e a descentralização do monopólio da Comissão pela transferência da competência de aplicação do artigo 81, n. 3, às autoridades e tribunais nacionais, que passariam a poder emitir decisões. Todas as demais soluções com o objetivo de evitar sentenças contraditórias, divergências na aplicação do direito e déficit de execução basear-se-iam em um reforço de cooperação entre Comissão, autoridades e tribunais nacionais, tendo como base o Caso Delimitis e as comunicações da Comissão<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> BEHRENS, P. *Op. cit.*, p. 84-89.

<sup>42</sup> Sobre este déficit de execução (*Vollzugsdefizit*) ver BEHRENS. *Idem, ibidem*.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 96-100.

Com efeito, com o passar dos tempos, a Comissão foi criando alternativas para contornar os problemas apontados. Em verdade, promover o desenvolvimento do atual direito da concorrência é sua tarefa. Esta tem duas matizes, segundo BUNTE, quais sejam o alargamento dos âmbitos de aplicação e o aprofundamento da aplicação nas demais matérias<sup>44</sup>. A primeira matiz se expressa na abertura de mercados à concorrência. Nos últimos anos, e para os futuros, isto é visível em matérias como transportes, correios, telecomunicações e energia, entre outras<sup>45</sup>.

A segunda tarefa é o aprofundamento das regras existentes<sup>46</sup>. Este direito de mais de quarenta anos sofreu, nesse sentido, recentes alterações. Em 1989 surgiu o Regulamento de controle de concentração de empresas e em 1997 ele sofreu reformas, como o alargamento das competências da Comissão, que é a ênfase da parte a ser tratada a seguir, surgiram novas regras para as restrições verticais em 1999<sup>47</sup> e para as

---

<sup>44</sup> BUNTE, H.-J. *Op. cit.*, p. 355.

<sup>45</sup> Para algumas áreas o período provisório necessitou ser maior. Assim foi para a aplicação das regras da concorrência aos transportes marítimos, ferroviários e rodoviários. GROGER, T.; JANICKI, T. *Op. cit.*, p. 991. Para outras áreas, o recém substituído Regulamento n. 17/62 veio a acabar com o período de transição, pois legislou a aplicação das regras da concorrência e a divisão de competências entre a Comissão e os Estados-membros. Ver mais sobre a abertura dos mercados até então fechados ao regime de concorrência em EHLERMANN, C.-D. *Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt*, p. 794-795; em EHLERMANN, C.-D. *The contribution of EC competition policy to the single market*, p. 258 e em GUAL, Jordi. *Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea*, p. 96-100. Sobre a contribuição do surgimento da idéia de mercado interno para a concorrência, mais especificamente para a abertura dos setores nominados a ela, ver EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 257-261.

<sup>46</sup> BUNTE, H.-J. *Op. cit.*, p. 358.

<sup>47</sup> De fato, uma das alternativas encontradas pela Comissão foi a reforma vinda com o Regulamento sobre concentrações verticais. GUAL, J. *Op. cit.*, p. 96. Neste âmbito, os primeiros estudos remontam ao Livro Verde para a questão de limitações verticais à concorrência, de 1997. VOGEL, Louis. *Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe*, p. 4-11. Seus estudos já deixaram claro que a vindoura legislação iria resultar na retirada da aplicação de alguns regulamentos sobre isenção por categoria. Em 1998 houve a publicação de uma comunicação sobre a planejada reforma. Neste ínterim, novas diretrizes e um novo regulamento sobre limitações verticais promoveram profundas alterações na aplicação do artigo 81, n. 1, e deram nova forma à proteção da concorrência em acordos verticais. ACKERMANN, Thomas. *Die neuen EG-Wettbewerbsregeln für vertikale Beschränkungen: Ein Wegweiser durch die geplante Gruppenfreistellungsverordnung und die geplanten Leitlinien der Kommission*, p. 741. Em junho de 1999 surgiu o Regulamento n. 1216/1999/CE, que alterou o Regulamento n. 17/62, e o Regulamento n. 1215/1999, que alterou o Regulamento n. 19/65, sobre os poderes da Comissão para a emissão de regulamentos de isenção por categoria. Posteriormente, uma reforma parcial das regras da concorrência foi introduzida com o Regulamento n. 2790/1999. Detalhada avaliação das novas normas pode ser vista em *Idem*, p. 742 e em PAPPALARDO, A. *Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords 'verticaux'*, p. 151-167. Ela foi fundada num princípio econômico que dá mais atenção aos efeitos mercadológicos dos acordos que às suas próprias cláusulas. Acordos vinculados a domínio de poder de mercado representam enorme perigo à concorrência. RINALDI, R. *Op. cit.*, p. 162 e CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, p. 81. Estas reformas parciais, especialmente a última, haviam dado o primeiro passo em rumo à nova orientação do direito da concorrência na Comunidade Européia, bem como ao estabelecimento de um novo rumo na cultura da concorrência, qual seja o de que as próprias empresas eram chamadas a avaliar a compatibilidade dos acordos tendo em consideração a prática da Comissão e a jurisprudência do Tribunal. RINALDI, R. *Op. cit.*, p. 147. Para ACKERMANN, com o Regulamento, o direito nacional só poderia encontrar aplicação em acordos verticais que não estivessem sob a proibição do artigo 81, n. 1. Assim, não havendo a presença da cláusula da interestatalidade, isto é, excetuado da aplicação do Tratado, a de um direito nacional a um acordo vertical não contrariaria o direito comunitário. O resultado dessa primeira reforma foi uma redução das notificações, pois com as modificações trazidas pelo Regulamento n. 1216/1999 a dispensa delas havia se estendido até os acordos verticais. ACKERMANN, T. *Op. cit.*, p. 746.

horizontais em 2000<sup>48</sup>. Da mesma forma, em 1999 com o Livro Branco e em novembro de 2000 com uma proposta de modernização do direito processual de aplicação dos artigos 81 e 82 do Tratado, que é o objetivo central deste tópico, o debate sobre reformas foi estimulado. Os objetivos eram o aumento da eficiência do controle, a descarga burocrática para as empresas e a compatibilização das regras com o princípio da subsidiariedade<sup>49</sup>.

Em âmbito de reformas, a mais importante é, sem dúvida, a modernização das regras de aplicação dos artigos 81 e 82 do Tratado. Em 27 de setembro de 2000 a Comissão apresentou uma proposta de regulamento, na qual a exceção da proibição de cartéis, ou seja, a isenção, passaria a vigor diretamente, sem que para tanto fosse preciso uma decisão da Comissão. Trata-se de uma idéia de modernização, constada do Livro Branco de 12 de maio de 1999.

As modificações aconteceram em 1º de maio de 2004, paralelamente à entrada dos dez novos Estados-membros na Comunidade. A partir dessa data, o novo Regulamento n. 1/2003, adotado pelo Conselho em 16 de dezembro de 2002, sobre a execução dos artigos 81 e 82 TCE, entrou em vigor. Desde então, o artigo 81 não mais deve ser compreendido como uma proibição com derrogações administrativas<sup>50</sup> e controle contíguo, mas como uma proibição com isenções legais e controle subsequente.

A auscultação das limitações à concorrência pode ocorrer por dois modos. Primeiro, por uma proibição com possibilidades de isenção. Segundo, por uma proibição com exceções legais<sup>51</sup>. Neste caso, o ator deve decidir sozinho se o seu ato é compatível com a lei ou não. A primeira alternativa trabalha com um sistema de notificação, enquanto a segunda se vale de uma auscultação posterior. A troca entre

---

<sup>48</sup> Uma outra inicial alternativa para a solução dos problemas foi a reforma vinda com o Regulamento sobre concentrações horizontais. Não somente as regras sobre as restrições verticais sofreram alterações. Assim também ocorreu com os acordos horizontais. Para tanto, os Regulamentos ns. 2658/2000 e 2659/2000 alteraram as regras sobre acordos de pesquisa e desenvolvimento e acordos de especialização até então aplicadas. As novas regras prescrevem uma orientação fundada mais em critérios econômicos, como já tinha sido observado nas novas regras referentes às concentrações verticais. Pequenas e médias empresas podem se beneficiar melhor de acordos de cooperação nos âmbitos de especialização e pesquisa e desenvolvimento. O novo processo de averiguação trazido pelos regulamentos também leva em consideração o poder de mercado das empresas.

<sup>49</sup> A iniciativa da Comissão para uma reforma foi vista como uma certa e lógica consequência do desenvolvimento do referido princípio. van KAPPEL, Antonio Pérez. *Auf dem Weg zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG durch die nationalen Gerichte*, p. 229. Para MÖSCHEL, desde o reconhecimento do princípio da subsidiariedade na relação da Comunidade com os Estados-membros havia um clamor por uma administração descentralizada mais forte. MÖSCHEL, W. *Reform des europäischen und des deutschen Kartellrechts*, p. 249. Ver ainda a questão em IDOT, Laurence. *L'application de la subsidiarité dans le droit de la concurrence*, 25 p. BEHRENS discorda que as motivações da reforma recaiam sob o princípio da subsidiariedade. Para ele, as regras da concorrência devem ser idênticas em toda a Comunidade e isso não é uma questão de ser este objetivo melhor ou pior atingido, mas uma questão de somente poder ser atingido em nível comunitário. Via, todavia, a possibilidade de uma subsidiariedade na relação entre as instâncias, fundada na interpretação do artigo 9º, n. 3 do Regulamento n. 17/62 que permitisse que sempre que a Comissão não conduzisse um processo, poderiam as autoridades nacionais aplicar e executar as regras comunitárias. Esta interpretação permitiria à Comissão decidir se a aplicação da norma seria centralizada ou descentralizada. BEHRENS, P. *Op. cit.*, p. 93.

<sup>50</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 322.

<sup>51</sup> Diferenças entre os dois sistemas podem ser conhecidas em MESTMÄCKER, E.-J. *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1-5.

esses sistemas foi o objeto da reforma atual. É difícil dizer qual o método melhor. Certo, por enquanto, é que o controle *ex post* exige mais dos prejudicados e dos concorrentes e menos da Comissão que um sistema de notificação.

Antecipando assuntos que serão aprofundados, as críticas dirigidas a tal Regulamento asseveravam que ele seria incompatível com a regra do artigo 81 já interpretada pelo Tribunal e, de resto, não defeso pela regra do artigo 83 TCE, na qual está fundada a autorização para a sua adoção. Haveria, pois, um problema de autorização legislativa. Todavia, antes de um estudo detalhado dessas objeções e de suas contraposições, imperioso é promover um levantamento dos motivos que conduziram a Comunidade a essa reforma, ademais dos citados, e das opções que foram apresentadas. A seguir, os porquês da reforma.

## 2.1.b) Primeiras observações quanto à reforma

### 1. Motivação para uma reforma

Numerosos elementos são apontados como motivadores de uma reforma. A comunicação de acordos cresceu com a transformação de mercado comum em mercado interno, a carga de trabalho da Comissão aumentou progressivamente, os pedidos de informação eram sempre mais freqüentes e a própria globalização apresenta exigências que eram desconhecidas na década de 60. O aumento das notificações demonstrou que ela não dispunha de recursos materiais e pessoais necessários para a garantia do sistema de concorrência não-falseado na Comunidade<sup>52</sup>. A Comissão se tornou quase vítima de seu próprio sucesso<sup>53</sup>. Com o tempo, alega-se que o sistema tinha se demonstrado inadequado à exigência de um mercado comum sempre mais amplo e complexo. A continuação do trato de um grande volume de notificações impedia a Comissão de se concentrar nos casos mais difíceis. O sistema absorvia grande parte do tempo de seus funcionários<sup>54</sup>. Os seus recursos eram despendidos em procedimentos que não contribuía para a proteção da concorrência. A Comissão desejava se concentrar nos casos provenientes das autoridades ou iniciados por queixas. Ainda, era tido em conta o novo alargamento na Comunidade.

Frente a esse panorama, por um processo de descentralização, a Comissão pensava em modernizar-se e com isso facilitar o trato administrativo dos casos. Pensava-se que tal renúncia ao monopólio das liberações permitiria uma concentração nos casos mais importantes, tornar todo o artigo 81 diretamente aplicável, simplificar o procedimento de controle com a eliminação das notificações e reforçar o controle *a posteriori*. Os tribunais nacionais passariam a ser competentes para decidir<sup>55</sup>.

Devido a isso, primeiramente a Comissão tentou obter uma maior colaboração por parte dos órgãos nacionais e, persistindo essas dificuldades, pretendeu a reforma

---

<sup>52</sup> BEHRENS, P. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>53</sup> HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>54</sup> Informações davam conta que mesmo se o número de funcionários fosse dobrado, a reforma teria sido mantida. MÖSCHEL, W. *Systemwechsel im Europäischen Wettbewerbsrecht? Zum Weißbuch der EG-Kommission zu den Art. 81 ff. EG-Vertrag*, p. 61.

<sup>55</sup> Esta idéia ainda é vista com certas restrições, pois lhes faltaria o conhecimento global do mercado. HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 140.



do Regulamento n. 17/62. A proposta em estudo previa a substituição do mecanismo de isenção por um sistema de licitude *ab initio*, graças ao qual, tendo a Comissão menos trabalho com os procedimentos de autorização, poderia direcionar sua atenção aos casos mais importantes. Ainda, essa proposta causaria uma efetiva descentralização, pois dela “derivaria uma aplicação mais eficaz da regra da concorrência e uma maior tutela dos direitos dos particulares”<sup>56</sup>. Vale lembrar que atualmente a mesma conduta pode estar sujeita à normativa comunitária e à nacional, mesmo que valha o princípio da primazia do direito comunitário, e que a proposta já previa que, sendo o acordo suscetível de prejudicar o comércio entre os Estados-membros, teria aplicação exclusiva a normativa comunitária, fato que, na visão de CASSOTTANA e NUZZO, prefigura um sistema juridicamente homogêneo<sup>57</sup>.

Seguindo na lista de motivos, dizia-se que o Regulamento n. 17/62 era um dos mais antigos em vigor na Comunidade. Nunca havia sido nitidamente modificado. O centralizador sistema de notificação e autorização não mais garantia uma condizente proteção da concorrência. Tratava-se de um sistema não mais adaptado à realidade vivida pela Comunidade. A razão principal era que a Comunidade não tinha mais os recursos suficientes para exercer o monopólio de aplicação do artigo 81, n. 3, especialmente por estar sendo vítima de um número exorbitante de notificações. Apresentava-se, pois, ineficiente<sup>58</sup>. A eficiência dessa proteção também era afetada pela pequena participação das autoridades e tribunais nacionais<sup>59</sup>. Muitas legislações

---

<sup>56</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 212.

<sup>57</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>58</sup> Em todos os tempos, apenas nove notificações se tornaram decisões de proibição. SCHAUB, Alexander; DOHMS, Rüdiger. *Das Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag: die Reform der Verordnung Nr. 17*, p. 1055 e BARTOSCH, Andreas. *Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine ‘neue Verordnung Nr. 17’*, p. 105, nota de rodapé n. 45.

<sup>59</sup> Sobre o déficit da participação dos Estados-membros no processo, vale referir os estudos da Association Européenne des Avocat, com sede em Bruxelas, realizados com base em pesquisa de campo junto a advogados de todos os Estados-membros, e contabilizados por ZINSMEISTER. O referido estudo tratava do significado de uma aplicação descentralizada do direito da concorrência. A primeira constatação foi que até 1999 quase a metade dos Estados-membros, nos quais as autoridades podiam aplicar os artigos 81 e 82 TCE, isso não acontecia. Tal déficit de participação estava relacionado com o monopólio da Comissão. Em segundo lugar, foi visto que nas autoridades onde o Tratado encontrava aplicação, esta era, na grande maioria das vezes, feita em paralelo com o direito nacional. Ainda, nos Estados-membros que tinham direito material da concorrência igual ao comunitário, entendiam as autoridades que não havia necessidade de aplicar este último. Os casos mais importantes tratados pelas autoridades nacionais com aplicações paralelas e com excepcionais aplicações exclusivas do direito comunitário podem ser vistos em ZINSMEISTER, Ute. *Die dezentrale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts durch die nationalen Kartellbehörden in der Praxis*, p. 116-117. Com eles, observa-se que apesar do monopólio da Comissão, era feita alguma aplicação do direito comunitário pelas autoridades nacionais. *Idem*, p. 119-120. Mais, que a aplicação do artigo 82 desempenhava um papel marginal no cômputo do número de casos. Em terceiro lugar, retratou o estudo que muitas autoridades não tinham competência expressa para a aplicação das normas do Tratado e que por esta carência elas não podiam ser aplicadas pelas instâncias nacionais. *Idem*, p. 115. Enfim, a conclusão do estudo retratado era de que a atuação das autoridades nacionais era limitada, somente uma eventual retirada do monopólio da Comissão permitiria uma aplicação mais condizente do Tratado e que a então carência de autorizações expressas para a aplicação deste não contradizia, mas sim corresponderia a uma vindoura descentralização da competência de tomada de decisões sobre liberações, a qual completaria a lacuna de sua aplicação. Vale referir que a reforma veio a obrigar os Estados-membros a indicar qual a autoridade nacional seria competente para a aplicação das regras e que ela não descentralizou a competência para as declarações de isenção, mas sim instaurou o sistema de isenção legal. *Idem*, p. 119. ODESKY trata especificamente do déficit da participação dos tribunais alemães na aplicação das regras do Tratado. ODESKY, W. *Op. cit.*, p. 699-704.

nacionais não tinham competência para aplicar as normas do Tratado<sup>60</sup>. O monopólio da Comissão na concessão de isenções impedia uma mais correspondente participação dessas instâncias. Uma descentralização, ao contrário, poderia auxiliar no engajamento.

Além disso, nestes quarenta anos, a Comunidade modificou-se profundamente, sofreu alargamentos que retiraram a eficácia do controle, os Tratados marcos foram alterados, foi conduzida a um mercado interno, sofreu a liberação de setores de monopólios e cristalizou a união econômica e monetária, ademais de experimentar a globalização<sup>61</sup>. Hoje, com vinte e cinco Estados-membros, não era mais possível aplicar um regulamento ditado para seis.

Em síntese, WEITBRECHT resume os motivos para a reforma nas desvantagens do sistema anterior, reforçando, o fato de só os artigos 81, n. 1, e 82 serem diretamente aplicáveis, na maré de notificações movidas pelo benefício de imunidade das multas, na impossibilidade de a Comissão, por sua competência exclusiva, dar andamento a todos os casos, no fato dos regulamentos e diretrizes dos anos 1999 a 2001 sobre acordos verticais e horizontais apenas terem atacado parcialmente os problemas, já que o monopólio restava nas mãos da Comissão, e, por fim, na adesão de novos Estados, o que agravaria os problemas já conhecidos<sup>62</sup>.

Também BECHTOLD identificou problemas na aplicação do artigo 81, n. 3 TCE e na concessão de isenções<sup>63</sup>. Lembra que o Regulamento n. 17/62 continha regras de direito material, como a regulamentação de multas, e não apenas processuais, e que os tribunais nacionais aplicavam o direito material comunitário, segundo as suas normas processuais. Assim, ele sintetiza em seu artigo as regras processuais relativas ao direito da concorrência e observa que a aplicação descentralizada faz com que vários direitos processuais sejam empregados<sup>64</sup>. Já com os regulamentos de isenção em grupo a situação é diferente. Presente um desses, não é mais necessário o pedido de liberação e não há mais nenhum processo a ser movido. Acontece que a Comissão não conseguia solucionar todos os pedidos com decisões e quase nem avaliar casos importantes dentro dos prazos previstos. Por fim, o autor

---

<sup>60</sup> PASSOS, todavia, radicalizou ao ter afirmado que seria desnecessária uma legislação autorizativa nacional para que tais autoridades aplicassem diretamente o Tratado. PASSOS, Fernando. *O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul?*, p. 26.

<sup>61</sup> Sobre os efeitos da globalização na concorrência, especialmente o surgimento de casos nos quais inúmeras autoridades estão paralelamente envolvidas, o que no mínimo aumenta a possibilidade de decisões conflitantes, ver GROGER, T.; JANICKI, T. *Op. cit.*, p. 1002-1003.

<sup>62</sup> WEITBRECHT, Andreas. *Das neue EG-Kartellverfahrensrecht*, p. 69.

<sup>63</sup> BECHTOLD, Rainer. *Die Stellung der Kommission und der Unternehmen im EWG – Kartellverfahren*, p. 44-47.

<sup>64</sup> *Idem*, p. 41-42. Para ZINSMEISTER, nas autoridades nacionais o direito processual empregado já era, antes da reforma, o nacional, que em regra corresponderia ao que valia para a aplicação do direito nacional. Tal diferença de legislação processual já conduzia à diferenças não insignificantes, especialmente na aplicação de multas, previstas em algumas legislações e em outras não. ZINSMEISTER, U. *Op. cit.*, p. 118. A aplicação de normas processuais nacionais na execução do direito da concorrência comunitário ainda é matéria não bem clarificada. Gera o perigo de uma aplicação deste sem coerência pelos diferentes Estados-membros. Para coibir este problema, o Regulamento n. 1/2003 previu disposições nos artigos 11 a 15. KIRCHNER, Christian. *Verhältnis zwischen deutschem Kartellrecht und europäischem Wettbewerbsrecht: Zuständigkeiten, Konflikte, Reformkonzepte*. In: *SCHWERPUNKTE des Kartellrechts 2001*, p. 12.

procurou dar idéias<sup>65</sup> para a solução dos problemas apontados, que, todavia, hoje têm seu estudo prejudicado. Aproveite-se, pois, os motivos indicados para uma reforma.

Por outro lado, o sistema de autorização então existente teve a sua validade. Ele oportunizou a criação de um corpo coerente de decisões que permitiu o desenvolvimento harmonizado da cultura da concorrência na Europa<sup>66</sup>. Os escritórios nacionais atingiram uma eficácia que lhes permite empregar as determinações comunitárias e, sobretudo, a entrada em vigor do euro ocasionou uma transparência nos preços<sup>67</sup> e custos. Os motivos ensejadores e essas novas realidades foram tomados em consideração para a formulação das opções para a reforma, a seguir vistas.

## 2. Opções para a reforma

A preparação do Livro Branco de 1999 levou em consideração diferentes opções para a reforma. Invariavelmente eram intervenções mais fortes dos tribunais nacionais, execução do artigo 81, n. 1, através dos Estados-membros, isenções segundo o artigo 81, n. 3, a cargo dos Estados-membros e até a criação de uma autoridade europeia responsável para os casos de execução das regras da concorrência, bem como para o controle de concentrações<sup>68</sup>. As vantagens de uma tal autoridade, segundo EHLERMANN, seriam ater-se a tarefas eminentemente relacionadas à concorrência, promover decisões totalmente transparentes e uma descarga da Comissão<sup>69</sup>. Mas também haveria desvantagens, como a indispensabilidade de um controle político, o que, no caso alemão, é representado pelo raramente utilizado mecanismo de autorização ministerial<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> Que podem ser conferidas em BECHTOLD, R. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>66</sup> RINALDI, R. *Op. cit.*, p. 144.

<sup>67</sup> HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 139 e TOMASEVIC, Daniel M. *Le passage à l'euro et le droit de la concurrence*, p. 95-112.

<sup>68</sup> Uma autoridade europeia dos cartéis é exigência antiga. Para tanto contribuiu o exemplo dado pela alemã. GROGER e JANICKI vêem com bons olhos as vantagens de criação de uma tal autoridade e da divisão das funções legislativas das administrativas, bem como da despolitização das decisões da Comissão. Neste sentido, uma proposta do governo alemão foi apresentada nas conferências intergovernamentais para o Tratado de Maastricht. GROGER, T.; JANICKI, T. *Op. cit.*, p. 997-998. Reforços na busca pela imparcialidade dos órgãos encarregados da defesa da concorrência, com a criação de um escritório europeu de cartéis, foram referidos em VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. La defensa de la competencia en la Unión Europea y en Mercosur. In: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (Coord.). *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, p. 190-191.

<sup>69</sup> EHLERMANN, C.-D. *Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt*, p. 796-797.

<sup>70</sup> Variantes desta alternativa também foram pensadas. RANDULFE SÁNCHEZ tratou da reforma da concorrência junto com uma provável reforma das instituições comunitárias. A entrada dos novos Estados-membros estaria a exigir uma reforma delas também. As novas necessidades que se apresentavam tornavam exigível uma nova repartição de poderes. Neste caso, a Comissão, como órgão de supervisão da política da concorrência, deveria sofrer uma reorganização. Os motivos de uma reorganização seriam o notável incremento do número de assuntos apresentados à Comissão; a escassa e insuficiente dotação desta de recursos humanos, o que tornava os processos lentos; a politização das autoridades da concorrência e a falta de execução efetiva das decisões comunitárias em matéria de concorrência, devido à escassa cooperação e coordenação existente entre Comissão e autoridades nacionais. O resultado destes problemas se via no abuso de autorizações administrativas, na insuficiente publicidade dos atos e na falta de segurança jurídica. RANDULFE SÁNCHEZ, C. *Op. cit.*, p. 470. Para a solução destes problemas, estudava a autora a viabilidade da criação de organismos de concorrência independentes no âmbito europeu, inspirados no modelo norte-americano, como alternativa para a solução dos déficits do sistema, que passariam a desenvolver os trabalhos da Comissão. Neste, além de duas agências federais centralizadas (*Antitrust Department* e *Federal Trade*

MÖSCHEL apresentou uma extensa lista de opções, que envolvia a transferência de competências para as autoridades nacionais, o envio de funcionários da Comissão às autoridades nacionais, facilitações e rigorosidades em tópicos do processo, cobrança de taxas pelas decisões da Comissão, rodízio de funcionários com os precedentes das autoridades nacionais, implantação de sistema de notificação facultativa, transferência das competências de decisão dos casos do artigo 81, n. 3, às autoridades nacionais, com a manutenção do dever de notificação, ou ainda aumentar o quadro de funcionários da Comissão com transferências internas<sup>71</sup>.

SCHAUB e DOHMS dividiram outras opções em pequenas e grandes soluções. Três eram apresentadas como pequenas: i) uma revisão do artigo 81 do Tratado, para permitir incorporar a análise de fatores positivos e negativos dos acordos, o que se poderia chamar de incorporação da regra do *rule of reason* no direito comunitário da concorrência<sup>72</sup>; ii) facilitação dos processos, no sentido de que um acordo comunicado fosse automaticamente isento, se pela Comissão ele não fosse contraditado dentro de um prazo definido. Essa proposta, todavia, não reduziria o número de acordos que deveriam ser notificados. Inclusive, poderia até ter efeito contrário, qual seja o de atrair mais notificações em função da possível isenção automática ou da tomada de decisões em prazos mais curtos; e iii) estender aos acordos horizontais as dispensas de notificação do artigo 4º., n. 2 do Regulamento n. 17/62, permitidas aos acordos verticais<sup>73</sup>. Esta chegou a ser, como visto, realizada.

Às grandes reformas eram oferecidos dois modelos. O primeiro era a eliminação do monopólio da Comissão na concessão de isenções e autorização também das autoridades dos Estados-membros a emitir decisões de isenção de caráter constitutivo. Essa solução deveria levar em conta que o número de notificações não diminuiria, somente seria repartido; a perseguição do trato dos casos relevantes continuaria limitada; o efeito das decisões de isenção tomada nos Estados ficaria limitado aos seus territórios respectivos e não trariam uma satisfatória segurança jurídica para as empresas<sup>74</sup>; considerando que os efeitos da notificação eram

---

*Commission*), há ainda as autoridades de concorrência dos Estados e 650 tribunais federais de distrito (*Federal District Courts*). As decisões destes podem ser recorridas em 13 tribunais de apelação (*Circuit Courts*) e em última instância no Tribunal Federal. *Idem*, p. 471. No caso da Comunidade, bastaria uma agência executiva, submetida ao controle da Comissão. Segundo a autora, esta idéia fora lançada por setores próximos à autoridade alemã da concorrência e solidificada por setores acadêmicos também alemães, fiéis à tradição do ordoliberalismo econômico. *Idem, ibidem*. Uma tal solução aliviará e despolitizará o trabalho do órgão comunitário, mas sofrerá de legitimidade democrática. *Idem*, p. 472. O Parlamento Europeu rechaçou esta idéia por considerar impropriedade o questionamento do papel da Comissão como guardião dos Tratados. *Idem, ibidem*. Sobre uma proposta alemã formulada por ocasião da Conferência Intergovernamental de 1996 quanto a uma agência europeia específica para a aplicação do direito da concorrência aplicável às empresas e das normas relativas às concentrações ver CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 120.

<sup>71</sup> MÖSCHEL, W. *Op. cit.*, p. 67.

<sup>72</sup> Esta idéia foi recusada pela Comissão no Livro Branco. DERINGER, Arved. *Stellungnahme zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag (Art. 81 und 82 EG)*, p. 8.

<sup>73</sup> SCHAUB, Alexander; DOHMS, Rüdiger. *Das Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag: die Reform der Verordnung Nr. 17*, p. 1056-1058.

<sup>74</sup> Sentenças dos tribunais e das autoridades nacionais não têm efeito extraterritorial, sendo a eficácia jurídica interpartes e limitada ao território. Todavia, as dos tribunais podem ser reconhecidas nos países

importantes, como o de imunidade às multas, a solução era precária também na questão de esclarecer a qual autoridade nacional o acordo transfronteiriço deveria ser comunicado; Estados que não tinham sistemas de notificação deveriam introduzir um; os tribunais nacionais continuariam excluídos de uma aplicação abrangente do artigo 81 TCE; e que este modelo traria perigos para a unidade e coerência da prática decisória entre autoridades e Comissão<sup>75</sup>. Por tudo isso é que a Comissão veio a optar no Livro Branco por um segundo modelo, que previa a aplicabilidade direta do artigo 81, n. 3, pelos tribunais e autoridades nacionais, fundado num sistema de isenções legais, o que não permitia a eles tomarem decisões de isenção.

As discussões sobre a necessidade de uma reforma já eram conduzidas há muito tempo, como foi visto. Em 28 de abril de 1999, a Comissão deu novo impulso aos estudos com a publicação do seu Livro Branco para a modernização das disposições de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE. Com isso, a discussão não mais ocorreria sobre o fato de se uma reforma viria a acontecer, mas sim como ela ocorreria<sup>76</sup>.

No Livro Branco, a própria Comissão disse que o seu monopólio e o sistema de notificação e autorização não eram mais compatíveis com as transformações econômicas enfrentadas pelo mundo e pela Comunidade. Isso dificultava o seu trabalho e a concentração nos casos difíceis. Necessário era, pois, uma descentralização dos processos, através da transferência de competências a outras instâncias e da troca do sistema vigente por um de isenções legais. Isso envolveria a troca do Regulamento n. 17/62. O artigo 81 passaria a ser interpretado como diretamente aplicável em sua integralidade, sem mais necessitar de autorizações administrativas para que os acordos que cumprissem os requisitos do artigo 81, n. 3, fossem isentos da proibição do artigo 81, n. 1 TCE. O novo sistema equivaleria ao que ocorria na aplicação paralela dos artigos 81, n. 1, e 82 pelos tribunais e autoridades nacionais e pela Comissão.

Em 27 de setembro de 2000 a Comissão apresentou ao Conselho uma proposta de regulamento relativa à modificação do Regulamento n. 17/62, que passou a concentrar as atenções doutrinárias. A proposta era fundada no artigo 83 TCE. Ela deu forma ao pensamento da Comissão visto no Livro Branco<sup>77</sup> e início a uma ofensiva rumo à reforma. Resumidamente, objetivava a reforma da norma de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE e a introdução do regime de isenção legal. Um regime de isenção legal significa que a norma da derrogação da proibição passaria a ser aplicada não somente pela Comissão, mas também pelos tribunais e autoridades nacionais. A aplicação do artigo 81 se igualaria ao sistema de aplicação já existente para o artigo 82 TCE. Ainda, significa que uma infração contra o artigo 81, n. 1, só pode ocorrer se os requisitos de isenção previstos no artigo 81, n. 3, não forem cumpridos.

Após o levantamento dos motivos alegados para a reforma, das opções que a mesma doutrina apresentou e ter sido apresentada uma proposta efetiva pela

---

da Comunidade Européia pelos acordos de Bruxelas e Lugano e atualmente pelo Regulamento n. 44/2001 que internalizou (comunitarizou) estes acordos.

<sup>75</sup> SCHAUB, A.; DOHMS, R. *Op. cit.*, p. 1058-1060.

<sup>76</sup> *Idem*, p. 1055.

<sup>77</sup> O original pensamento foi levemente alterado. BARTOSCH, A. *Op. cit.*, p. 101.

Comissão, cabe abordar os posicionamentos contrários ou prováveis desvantagens do sistema, expressados antes da efetiva entrada em vigor da reforma. Logo após esses, seguirão os posicionamentos favoráveis.

### 3. *Posicionamentos contrários*

Falar sobre vantagens ou prejuízos é complicado. A posição dos autores é sempre difícil de entender. Raramente são totalmente contra ou a favor. Na maioria dos casos, tomam partido em alguns pontos e propõem modificações para muitos outros, invariavelmente em momento que a Comissão já tem a proposta pronta, isto é, há uma probabilidade que aquela proposta venha a ser adotada, fato que não os afasta de criticar. Isso dificulta uma divisão nas posições. Tal problema se apresentou em quase todos os aspectos deste estudo, em especial no ora trabalhado e nas discussões sobre mercados comum e interno. Lá e cá a solução encontrada foi retratar a posição do autor, mesmo nem sempre clara, e resumir as suas sugestões principais. Também, posteriormente, em alguns casos foi possível dizer se as sugestões vieram a ser acolhidas ou não.

DERINGER, por exemplo, concordava com as análises feitas sobre a necessidade de mudanças no sistema, em especial a queda do monopólio e a descarga da Comissão, mas não com o caminho que elas tomaram. Para ele, o Regulamento n. 17/62 cumpria os três objetivos principais definidos pela Comissão: a informação das autoridades de controle, a aplicação homogênea das regras da concorrência na Comunidade e a segurança jurídica para as empresas. Já o novo sistema não poderia oferecer tais garantias e alteraria o papel da Comissão<sup>78</sup>.

Em função desse pensamento, propunha o autor um outro modelo. Entendia ele que a necessária descentralização poderia ser atingida por um sistema de autorizações, com modificações em relação ao que vinha sendo aplicado. A sua proposta consistia na possibilidade de haver notificações voluntárias, que seriam na verdade pedidos formulados por empresas que quisessem ter segurança jurídica nos seus acordos. Esse modelo igualmente retiraria o monopólio da Comissão, permitiria que isenções continuassem a ser tidas por regulamentos por categorias, garantiria a segurança jurídica das empresas com a manutenção de decisões possíveis de serem tomadas com base em pedidos voluntários, e que seriam constitutivas em seus efeitos perante autoridades e tribunais.

Segundo DERINGER, a proposta da manutenção do sistema de autorizações, mas com a modificação do sistema de notificações, apresentava as vantagens de segurança jurídica e transparência em relação ao sistema de isenções legais sugerido na proposta da Comissão. Ademais, aconteceriam menos notificações. Lembra, todavia, que mesmo que o sistema de isenções legais não tenha notificação alguma, e o proposto por ele implantaria notificações voluntárias para as empresas, uma eventual descarga da Comissão não pode basear-se em recusa de garantias jurídicas para aquelas<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> DERINGER, A. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>79</sup> *Idem*, p. 9-11.

Também EHLERMANN dedicou-se a analisar o Regulamento n. 17/62 e a possibilidade de uma reforma. O citado documento era um dos poucos textos que não haviam sido alterados desde sua promulgação. Por tal, questionou se o documento satisfazia as exigências da subsidiariedade advindas com o Tratado da União Européia, eficiência, segurança do direito e transparência, perante as críticas da Comissão, que começavam a se avolumar, em especial quanto à demora dos processos por ele regulados, carência de segurança jurídica e insuficiente transparência<sup>80</sup>. Já no ano de 1993, época do escrito, a discussão era centralizada no monopólio de concessão de isenções da Comissão e na necessidade de permitir a aplicação do artigo 81, n. 3, pelas autoridades nacionais dos Estados-membros.

Da mesma forma que era convencido da necessidade de uma mais intensa colaboração na aplicação dos artigos 81, n. 1, e 82 TCE, era cético a um relaxamento do monopólio da Comissão. Na questão da subsidiariedade, observa que as reformas ocorridas nas leis da concorrência de vários países capacitavam-nos cada vez mais para a aplicação dos dispositivos do Regulamento n. 17/62. A questão da eficiência também levava vantagem com a subsidiariedade, pois com esta a Comissão poderia se dedicar e concentrar mais nos casos relevantes. A transparência, na visão do autor, também era a desejada, pois o Regulamento n. 17/62, em seus artigos 19, n. 3, e 21 tratava da publicidade dos atos. Após essas colocações vem o autor a concluir, dizendo que “Não é tarefa da Direção Geral IV propor (...) uma modificação no Regulamento n. 17. O Regulamento n. 17 se tornou maduro e digno”<sup>81</sup>, o que demonstrava, à época, uma posição contrária do autor a qualquer reforma.

MÖSCHEL considerava a proposta da Comissão um passo de volta ao déficit do Século 19, especialmente pela retirada da presunção de nulidade dos acordos, o que aconteceria com a implantação de um sistema de isenção legal<sup>82</sup>. MESTMÄCKER expunha que a proposta não conduzia a uma modernização, mas ao regresso a uma interpretação superada do artigo 81, que já havia sido abandonada em 1962<sup>83</sup>, quando dos estudos para a emissão do Regulamento n. 17/62<sup>84</sup>. BLAISE também se demonstrava contra uma reforma. Seus argumentos eram de que a descentralização das competências poderia enfraquecer a Comissão e favorecer os protecionismos nacionais. Temia ele, ainda, que os problemas se multiplicassem e que a Comissão não dispusesse mais de meios para intervir energicamente. Perante esse quadro, a perspectiva de um novo alargamento na Comunidade se revelava inquietante<sup>85</sup>. COUMES e BROCHE tinham que a reforma representava uma troca

---

<sup>80</sup> EHLERMANN, Claus Dieter. *Ist die Verordnung Nr. 17 noch zeitgemäß?*, p. 997.

<sup>81</sup> *Idem*, p. 1001.

<sup>82</sup> MÖSCHEL, W. *Op. cit.*, p. 67.

<sup>83</sup> MESTMÄCKER, E.-J. *Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU: zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EGV a. F. (Art. 81 und 82 EGV n. F.)*, p. 524.

<sup>84</sup> Relatados em MESTMÄCKER, E.-J. *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1-5.

<sup>85</sup> BLAISE apresenta a idéia de que a realização do espaço sem fronteiras seria hoje um fato adquirido, e que isso autorizaria uma diminuição da vigilância da concorrência, permitindo a destinação dos recursos para outras matérias. Algumas diretrizes da Comissão declaravam até que a integração dos mercados constitui um “objetivo suplementar da política comunitária da concorrência”. BLAISE, Jean-Bernard. *Les nouvelles orientations du droit communautaire de la concurrence: Danger pour le marché unique?*, p. 289. A pergunta que o autor faz é se a Comissão estaria querendo dizer que a concorrência não seria mais um objetivo prioritário. A idéia de que o mercado comum é algo adquirido e dispensaria cuidados é contestável pelo simples fato de o mercado comum necessitar manutenção e funcionamento, e não apenas atingimento.

significativa, seus princípios eram sedutores, mas imprecisa quanto às modalidades de execução<sup>86</sup>.

Enfim, após esse rápido levantamento de posições doutrinárias, observa-se que as principais críticas se resumiam na perda de segurança jurídica pelas empresas<sup>87</sup> e no perigo de falta de coerência numa aplicação descentralizada do direito comunitário da concorrência<sup>88</sup>. O caso da coerência é que a competência exclusiva da Comissão encontrava sua justificação no esforço em busca de uma aplicação uniforme do direito. O paralelismo de diferentes direitos nacionais processuais traz consigo um perigo para a uniformidade do emprego do direito. Nesse âmbito, a coerência das decisões seria dificilmente garantida. Um próprio Estado-membro, em função do paralelismo entre autoridades e tribunais, pode vir a tratar um caso idêntico de forma diferente<sup>89</sup>. A segunda questão é que as decisões em um sistema de notificações traziam às empresas grande segurança jurídica. Todavia, o sistema anterior também não era mais adequado, pois 90 por cento dos casos eram resolvidos com *comfort letters*, o que, posteriormente, foi argumentado como motivo para a reforma, já que elas não representavam segurança alguma.

A impossibilidade que um acordo viesse a ser notificado impossibilitaria a tomada de decisões de isenção e de concessão de certificados negativos. As empresas perderiam a segurança jurídica que tinham com as decisões de isenção. Sobre o fato, DENIZARD e DELACROIX observam que “se pode legitimamente pensar que os beneficiários de uma isenção tinham um direito adquirido a que seus acordos permanecessem válidos durante a duração prevista da isenção”<sup>90</sup>.

Em verdade, essa perda, segundo BARTOSCH, era identificada na exclusão de todos os direitos de requerimento perante a Comissão, agora no novo Regulamento só limitados aos casos do artigo 10 e ainda de ofício. Mesmo se a empresa tivesse um interesse legítimo, a Comissão rejeitaria oferecer uma decisão pela falta de interesse geral. Assim, as empresas que antes do fechamento de um acordo tinham uma faculdade de questionamento, não mais a tem. Em consequência da perda da pretensão, também não há mais decisão. A solução vista pelo autor para a insegurança gerada é a empresa esperar que surja uma queixa de um concorrente. Para uma compensação dessa perda, ainda durante a fase da proposta, ele sugeriu um alargamento das possibilidades do artigo 10 do novo Regulamento, até abranger nas hipóteses permitidas a questionamentos os casos não vistos pela prática da Comissão ou pela jurisprudência ou os acordos que superassem um determinado montante<sup>91</sup>.

Outra questão de insegurança jurídica é a relacionada aos pareceres da Comissão. Solicitada, ela pode dar parecer sobre os processos que correm em instâncias nacionais, segundo o artigo 15, n. 1 do novo Regulamento n. 1/2003.

---

<sup>86</sup> COUMES, Jean-Michel; BROCHE, Jérôme. *La proposition de réforme du droit communautaire de la concurrence: le principe et les conséquences*, p. 552.

<sup>87</sup> BARTOSCH, A. *Von der Freistellung zur Legalausnahme: was geschieht mit der Rechtssicherheit?*, p. 462-473.

<sup>88</sup> BARTOSCH, A. *Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine 'neue Verordnung Nr. 17'*, p. 102.

<sup>89</sup> MÖSCHEL, W. *Op. cit.*, p. 65.

<sup>90</sup> DENIZARD, Jean-Pierre; DELACROIX, Céline. *La modernisation du droit communautaire des ententes: le point de vue de chefs d'entreprise*, p. 556.

<sup>91</sup> BARTOSCH, A. *Op. cit.*, p. 104-105.



Embora estes não sejam vinculativos, eles podem influenciar a decisão final. Vale lembrar que segundo a jurisprudência do Tribunal, os tribunais nacionais já não podiam agir contra as prováveis decisões da Comissão, que podem vir agora maquiadas de pareceres. Até aí não há nada de novo. O problema é que contra esses pareceres a empresa não tem instrumento para agir. Esse fato, além de privação de direito, representaria insegurança ao sistema.

Mais problemas foram vistos no despreparo das instâncias nacionais para o trato com casos sempre tidos como complexos. Mas como preparar os tribunais para tal? Uma descentralização, que traria consigo o perigo de surgirem sentenças divergentes e incoerentes entre os Estados-membros e também representaria uma perda de segurança jurídica, o que teria como conseqüência, por sua vez, efeitos prejudiciais nas empresas e no funcionamento do mercado, deveria vir acompanhada de incremento de recursos humanos e materiais nas instâncias nacionais, bem como melhoramentos no aparelhamento jurisdicional. A alegação era de que faltava no novo Regulamento um mecanismo regulador para a problemática de sentenças divergentes para um mesmo caso, dos tribunais e das autoridades entre si<sup>92</sup>.

Em agravamento às perspectivas não facilmente atingíveis, que sustentavam as contrariedades, a doutrina apresentou a dificuldade dos novos países do Leste europeu em se adaptarem a um sistema descentralizado e de isenções legais. Não estariam os seus órgãos adaptados a controlar uma livre economia de mercado e isso poderia traduzir-se em acordos e abusos. Mesmo o apoio da Comissão poderia não ser suficiente para a solução dessa deficiência<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> *Idem*, p. 106. Mas e o artigo 13, n. 1 do novo Regulamento, com a previsão de suspensão ou arquivamento de processos, não estaria apto a resolver os conflitos? Acontece que o artigo trata da possibilidade de uma tramitação ser suspensa ou de uma denúncia ser rejeitada. E essa não-obrigatoriedade gera um grande risco de colisão. O fato sempre foi duramente criticado, mas raramente pelos próprios juízes. van KAPPEL, A. P. *Op. cit.*, p. 228-229. A posição dos juízes quanto às modificações foi apresentada na Reunião da Academia Européia de Direito (Tagung der Europäischen Rechtsakademie) em Trier, Alemanha, em 2000, e reproduzida por van KAPPEL. Lá eles demonstraram a sua disposição em aplicar as novas regras e a desenvolver um trabalho em colaboração com a Comissão. Certo era que o sucesso da contribuição dos órgãos nacionais dependeria das autorizações concedidas a eles pelos Estados-membros e da provisão jurídica, material e pessoal dos meios necessários para o exercício destas funções. Sabiam que os tribunais nacionais adquiririam grande significado no trato de processos sobre concorrência. Viam, todavia, com reservas, até em sede de constitucionalidade e mais ainda de afetação da independência funcional, o fato de a Comissão poder intervir nos processos nacionais. *Idem*, p. 228-233.

<sup>93</sup> DERINGER, A. *Op. cit.*, p. 11; MESTMÄCKER, E.-J. *Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU: zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EGV a. F. (Art. 81 und 82 EGV n. F.)*, p. 525 e TERHECHTE, Jörg Philipp. *Die Rolle des Wettbewerbsrechts in der europäischen Verfassung*, p. 124. Vale recordar que em âmbito de direito da concorrência as regras comunitárias já tinham aplicabilidade nos dez então candidatos. Cada um deles tinha um acordo em particular com a Comunidade neste sentido. Esta experiência pode ser conhecida em GARCÍA PALENCIA, Rafael. Reglas de competencia en la practica: la Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo. *In*: CORREA, Carlos María (Dir.). *Derecho de la competencia*, p. 84-91 e em MARCOS, Francisco. *El Derecho de defensa de la competencia en los nuevos Estados miembros de la Unión Europea*, p. 82-90. Mais sobre a aceitação pelos países do *acquis communautaire* neste âmbito pode ser visto em NICOLAIDES, Phedon; MATHIS, James. Normas de competencia de la Comunidad Europea para economias en transición. *In*: CORREA, Carlos María (Dir.). *Derecho de la competencia*, p. 109-125 e em PERIC, Martina. *Privatization and Competition Policy in Eastern Europe*, p. 175-198.

Evidentemente que se apenas os pensamentos contrários tivessem sido observados, a reforma não teria sido implementada. Posicionamentos favoráveis também foram emitidos e convalidam as opções tomadas.

#### 4. Posicionamentos favoráveis

Em artigo em que respondem diretamente as colocações de EHLERMANN, WOLF e FINK se valem do mesmo argumento, de que o Regulamento n. 17/62 já estava, à época, em vigor há mais de 30 anos, para propor uma reforma. Assim, contestam a visão do citado autor, em especial a de que a norma combatida era de resultados excelentes, e examinam a proposta de conferir às autoridades nacionais a aplicação das execuções do artigo 81, n. 3 TCE. Lembram, em princípio, que havia uma proposta alemã nesse sentido<sup>94</sup>, segundo a qual eram prometidas sensíveis vantagens em termos de eficiência, segurança jurídica além de apenas *comfort letters*, decisões mais rápidas, e que isso tudo permitiria à Comissão ficar com os processos mais relevantes<sup>95</sup>.

Para eles, a Comissão apresentava um déficit de execução dos processos, que chegam a se arrastar por quatro anos. Então a Comissão se valia de *comfort letters* para minimizá-lo, que eram concedidas mesmo para os casos do artigo 81, n. 3 TCE. Essa prática atentaria contra a transparência sustentada por EHLERMANN. Ainda, que a criação do Espaço Econômico Europeu agravaria o déficit da Comissão. Por todos estes motivos, propunham a reforma do Regulamento n. 17/62 e a aplicação do artigo 81, n. 3 TCE pelos tribunais nacionais<sup>96</sup>.

Contudo, os autores não desconheciam os problemas que a proposta enfrentava, mas os combateram. O fato de, na época, só sete Estados-membros disporem de estrutura para tanto não traria dificuldades, pois para os faltantes a Comissão continuaria competente. O perigo de uma aplicação não uniforme do direito, o problema da eficácia limitada das decisões nacionais e problemas práticos com o exercício desta autorização, como os de publicidade dos atos, foram igualmente rebatidos<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> A idéia de transferência de competências aos tribunais nacionais não era de surpreender mesmo, pois já havia sido proposta pela autoridade alemã e por especialistas. Mas a transferência de competências também aos tribunais nacionais “representa um absoluto *Novum*. Muitos (...) falam até de uma pequena revolução”. van KAPPEL, A. P. *Op. cit.*, p. 229.

<sup>95</sup> WOLF, Dieter; FINK, Reinhard. *Mit der Verordnung Nr. 17 ins nächste Jahrtausend?*, p. 291. Demais motivos do ataque alemão ao sistema anterior, bem como as considerações contrárias da Comissão oferecidas no 23º. Relatório sobre a política da concorrência, que parecem ter sido abandonadas com o tempo, haja vista a reforma, podem ser conferidos em MÖSCHEL, W. *Reform des europäischen und des deutschen Kartellrechts*, p. 250.

<sup>96</sup> WOLF, D.; FINK, R. *Op. cit.*, p. 289-291.

<sup>97</sup> *Idem*, p. 292.

Além deste rebate, um levantamento geral de objeções ao novo sistema e de combate a elas foi feito por SCHAUB e DOHMS. O resultado é interpretado como posicionamento favorável.

Em relação à i) compatibilidade com o Tratado<sup>98</sup>, foi dito que uma reforma que pretendesse trocar um sistema não poderia ser fundada em um mero regulamento baseado no artigo 83 TCE e sim numa modificação do Tratado apenas<sup>99</sup>. O artigo 83 TCE seria para realizar e não alterar o Tratado<sup>100</sup>. A discussão resumia-se ao fato de que a disposição literal do artigo 81, n. 3, exigia uma declaração constitutiva de um órgão administrativo, o que excluía os tribunais nacionais da execução da tarefa<sup>101</sup>. Nesse aspecto, outra argumentação crítica era que o novo regulamento violaria o teor do artigo 81, n. 3, ao retirar da Comissão o monopólio de decisão sobre casos sempre tidos como complexos<sup>102</sup>. Com a transferência às empresas da decisão sobre a legalidade de seus acordos, perderia a Comissão o seu âmbito de decisão<sup>103</sup>.

SCHAUB e DOHMS refutam a argumentação quanto à limitação a órgãos administrativos e observam que o artigo 83 TCE permite ao Conselho autorizar não somente à Comissão, mas também às autoridades e tribunais nacionais a aplicação do artigo 81, n. 3<sup>104</sup>. A própria Comissão não via problema algum.

Quanto à necessidade de modificação do Tratado, o entendimento é que ele próprio havia deixado a opção do sistema em aberto e somente o Regulamento n. 17/62 havia respondido com a opção por um sistema de reserva de autorização. Assim, era possível uma nova resposta ser fundada no mesmo direito secundário<sup>105</sup>. Vale referir que parte da doutrina acreditava que o Tratado não havia deixado a questão em aberto, mas estabelecido um compromisso formal de proibição com isenções administrativas<sup>106</sup>. Portanto, segundo essa interpretação, uma modificação em nível de direito secundário seria historicamente errada e metodicamente inacessível.

BARTOSCH discutiu, também, a contrariedade da então proposta com o Tratado e sintetizou em quatro as argumentações: i) o artigo 81, n. 3, fala que os

---

<sup>98</sup> Vale lembrar que a jurisprudência alemã apresenta casos como Maastricht e, segundo MÖSCHEL, não seria difícil escritórios jurídicos acharem um cliente para questionar a compatibilidade deste regulamento com o Tratado. MÖSCHEL, W. *Systemwechsel im Europäischen Wettbewerbsrecht? Zum Weißbuch der EG-Kommission zu den Art. 81 ff. EG-Vertrag*, p. 62. Ver o Caso Maastricht na Coletânea Oficial do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts*) n. 89, a. 1993, p. 155 e seguintes. De fato, o Tratado para uma Constituição para a Europa, em seu artigo III-161, n. 3, manteve o mesmo teor literal do artigo 81, n. 3 TCE, motivo pelo qual setores da doutrina e empresariais aguardam a sua entrada em vigor para renovar esta alegação.

<sup>99</sup> DERINGER, A. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>100</sup> MESTMÄCKER, E.-J. *Op. cit.*, p. 525.

<sup>101</sup> van KAPPEL traz as críticas e as soluções finais encontradas para a justiciabilidade (*Justiziabilität*) do artigo 81, n. 3. van KAPPEL, A. P. *Op. cit.*, p. 230.

<sup>102</sup> MÖSCHEL, W. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>103</sup> WEITBRECHT, A. *Op. cit.*, p. 70.

<sup>104</sup> SCHAUB, A.; DOHMS, R. *Op. cit.*, p. 1065-1066. DERINGER tem este argumento como questionável, quando não falso, e observa que só o Tribunal poderia decidir sobre a interpretação do Tratado. DERINGER, A. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>105</sup> MÖSCHEL, W. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>106</sup> *Idem, ibidem.*

acordos poderiam ser declarados compatíveis, isto é, esta compatibilidade não poderia ser automática, pois retiraria a faculdade de poder ser declarada, e por tal necessitaria de um ato declaratório. Esse problema já havia sido discutido quando dos estudos para a emissão do Regulamento n. 17, em 1962<sup>107</sup>. Na época, alguns Estados-membros alegaram que o artigo 81, n. 3, previa um sistema de exceção legal, pois do contrário o Tratado teria se referido a uma autorização, como fizera o TCECA, no artigo 65, n. 2<sup>108</sup>; ii) a jurisprudência do Tribunal não tornava imaginável uma aplicabilidade direta para os quatro requisitos do artigo 81, n. 3; iii) também foi argumentado que a menção do artigo 81, n. 3, a categoria de acordos, categoria de decisões e categoria de práticas concertadas (*Gruppen*, na versão alemã) seria contraditada se todos os acordos e não só certos grupos fossem liberados das exigências de notificação<sup>109</sup>; iv) por fim, o artigo 83, n. 2, letra b TCE, sobre a fixação das modalidades de aplicação do artigo 81, n. 3, após ser implantado um sistema de isenção legal, ficaria sem sentido, pois não restaria mais espaço para a aplicação de outras modalidades<sup>110</sup>.

MESTMÄCKER junta novo argumento à incompatibilidade da reforma, agora conflitante com a jurisprudência. Segundo esta, só aos artigos 81, n. 1, e 82 tinha sido estendido efeito direto, e uma extensão do princípio ao artigo 81, n. 3, não poderia surgir por regulamento. Segundo o Tribunal, só comportam aplicabilidade direta normas do Tratado que sejam materialmente claras e perfeitas, que não deixem margem de apreciação e que não sejam dependentes de outros atos para sua eficácia. O artigo 81, n. 3, seria vinculado a avaliações econômicas complexas, o que afastaria, pela simples leitura de seus quatro requisitos, uma justiciabilidade (*Justiziabilität*). Uma transferência de sistema, como a pensada, por regulamento, seria também contra a jurisprudência e poderia ensejar até uma ação por descumprimento do Tratado<sup>111</sup>.

Em relação à ii) eficácia da proteção da concorrência, a crítica era que o modelo proposto relativizava o princípio da proibição e classificava a proteção da concorrência como um mero controle de abuso<sup>112</sup>.

Essa crítica foi tida como infundada por SCHAUB e DOHMS, pois viam exatamente o contrário. A reforma traria um reforço ao então nível de proteção. Como exemplo, citam a idéia da concentração das forças na perseguição de infrações mais graves<sup>113</sup>.

Referente à iii) unidade e coerência na aplicação das regras, o problema era que o novo sistema estabeleceria competências concorrentes e isso poderia gerar

---

<sup>107</sup> DERINGER lembra que esta discussão já havia sido levada pelos negociadores do Tratado em Messina, que também tiveram a possibilidade de adotar um sistema de exceção legal e optaram por estabelecer requisitos para um sistema de autorizações. Desde então todos os documentos se basearam em um sistema de autorizações. Neste fato ele se baseia para lançar dúvidas de se o artigo 81, n. 3, permitiria um sistema de isenção legal. DERINGER, A. *Op. cit.*, p. 5-6.

<sup>108</sup> O referido artigo emprega a palavra autorizar, o que claramente corresponde a um sistema de autorização. DERINGER, A. *Op. cit.*, p. 5.

<sup>109</sup> Neste sentido também MÖSCHEL, W. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>110</sup> BARTOSCH, A. *Op. cit.*, p. 102-103 e MESTMÄCKER, E.-J. *Op. cit.*, p. 525-526.

<sup>111</sup> *Idem*, p. 526-527.

<sup>112</sup> O Regulamento n. 17/62, em seu artigo 1º., retratava os reflexos da decisão tomada no Caso Bosch e da posição da Comissão e do Parlamento Europeu de que o artigo 81, n. 1, deveria ser interpretado como uma proibição e não como uma lei de abuso. Caso Bosch, EuGH, Slg. 1962, p. 97. DERINGER, A. *Op. cit.*, p. 5.

<sup>113</sup> SCHAUB, A.; DOHMS, R. *Op. cit.*, p. 1066.

perigos àqueles princípios. A divisão de competências que o novo sistema comportaria poderia conduzir a discrepâncias<sup>114</sup>. Outro problema de unidade e coerência é relacionado aos casos de *forum shopping*<sup>115</sup>.

A proposta favoreceria essa prática. Para evitar esses efeitos, várias alternativas foram criadas. Como garantidora dos interesses comunitários, continuaria a Comissão a exercer um papel saliente no processo de busca por uma coerência na aplicação das regras. As decisões da Comissão em casos precedentes continuariam a determinar a conduta esperada nas a serem tomadas em instâncias nacionais. Para tanto, é que a proposta não excluiu da Comissão essa tarefa, que apenas passaria a ser exercida em paralelo. À Comissão continuam reservadas decisões positivas em casos excepcionais. Assim, os novos ou relevantes, que representem de alguma forma o interesse comunitário, poderão ser tratados pela Comissão.

Ainda como resposta, SCHAUB e DOHMS lembram que o sistema que vinha sendo usado já previa este paralelismo na aplicação dos artigos 81, n. 1, e 82 e isso não gerou grandes problemas. Ademais, a Comissão tem o objetivo de diminuir o risco de divergências com uma série de instrumentos, a proposta contém princípios e mecanismos para a solução de conflitos, entre os quais uma intensa troca de informações entre os envolvidos, e a Comissão tem a disposição de intervir como *amicus curiae* nos processos. Lembram ainda os autores do Caso Delimitis, que tinha apresentado os elementos de como deveria ser feito para evitar conflitos, e que o sistema anterior conhecia parte dessas inovações. Os juízes tinham competência reconhecida para decidir sobre a probabilidade de cumprimento por um acordo dos critérios do artigo 81, n. 3 TCE desde então. Sobretudo, a proposta daria um novo passo no ideal de disseminação de uma interpretação única das regras e de uma cultura de concorrência. E para o resto dos problemas haveria o Tribunal e sua vasta jurisprudência para decidir<sup>116</sup>.

Num sistema de regras descentralizadas, a primeira tarefa deveria ser evitar esse perigo<sup>117</sup>. Para tanto, ademais de todos os mecanismos de eliminação de conflitos e aplicação coerente antes vistos, há no espaço comunitário outros tratados

---

<sup>114</sup> *Idem*, p. 1061-1065.

<sup>115</sup> *Forum shopping* é decorrente de uma não clara regulamentação da questão das competências e divisão dos casos entre os Estados-membros. van KAPPEL, A. P. *Op. cit.*, p. 231. Assim, é o fenômeno que ocorre quando as empresas têm a possibilidade de procurar a jurisdição dos Estados-membros ou as regras de procedimento que lhe sejam mais favoráveis, como as regras da constituição de provas, rigidez ou flexibilidade das autoridades nacionais, sistemas de sanções e a possibilidade de obter indenizações. COUMES, J.-M.; BROCHE, J. *Op. cit.*, p. 548. Havendo possibilidade, a empresa é conduzida a decidir pelo mais rápido ou mais demorado, conforme seus interesses, ou ainda por tribunais de interpretação mais conforme a sua. Tais atrativos levam o proponente a interpor queixas em vários tribunais até achar algum que declare o acordo incompatível, tornando a empresa praticante de uma operação no mercado vítima de um tal fenômeno. BARTOSCH, A. *Op. cit.*, p. 106. Em função dos efeitos transfronteiriços, mais de um tribunal pode vir a ser competente. Isto tem como resultado que uma queixa possa não ser aceita aqui, mas ser acolá. Este fenômeno seria agravado se não houvesse regras de soluções de conflitos em um sistema como o atual, no qual as regras processuais aplicáveis são as regras nacionais. COUMES e BROCHE, todavia, concordam que uma lacuna importante do novo sistema é a não-previsão de harmonização destas regras, o que faz com que as empresas sejam confrontadas a regras e sanções diferentes, em função do Estado-membro que exerça a jurisdição. COUMES, J.-M.; BROCHE, J. *Op. cit.*, p. 548.

<sup>116</sup> SCHAUB, A.; DOHMS, R. *Op. cit.*, p. 1066-1069.

<sup>117</sup> van KAPPEL, A. P. *Op. cit.*, p. 231.

internacionais que disciplinam sobre regras de conflitos processuais e que servem para a eliminação desse fenômeno, lembra van KAPPEL.

Por fim, foi questionada a iv) segurança jurídica para as empresas<sup>118</sup>. As críticas foram dirigidas a uma provável perda de segurança por parte destas. O primeiro temor era o surgimento de sentenças divergentes como decorrência da aplicação paralela das regras por diversos órgãos. O segundo se referia à possibilidade que as próprias empresas teriam de se dirigir a determinadas autoridades, conforme seus interesses particulares, o que em parte relacionava-se com o fenômeno do *forum shopping*.

SCHAUB e DOHMS não apenas vêem uma segurança jurídica em nível adequado no novo sistema, como um fortalecimento em determinados aspectos. Lembram que o sistema de notificação e autorização não produzia segurança jurídica, pois os casos não eram concluídos com sentenças, a maioria o era com *comfort letters* sem vinculação jurídica alguma, e que o novo sistema se sustenta em quarenta anos de prática decisória das instâncias na aplicação das regras, o que tornava um sistema de autorização não mais necessário. O novo sistema traria até um ganho de segurança jurídica, pela Comissão ter apresentado novos regulamentos de isenção em grupos em temas anteriormente nebulosos, como acordos verticais e horizontais e pequenas e médias empresas, na sempre aberta possibilidade de a Comissão tratar novas problemáticas com decisões positivas e numa legalização automática para as empresas dos acordos compatíveis, mas não notificados até então, quando da entrada em vigor do novo Regulamento e conseqüente eliminação do próprio sistema de notificações.

Uma provável perda para as empresas, com a troca do sistema, seria a imunidade a multas que a notificação comportava. No sistema anterior, a notificação gerava a impossibilidade de a Comissão vir no futuro aplicar multa pela prática realizada. O atual sistema não prevê mais isso. A referida imunidade era um dos poucos efeitos decorrentes do controle preventivo dos requisitos de isenção. O novo sistema não traz garantias de não-aplicação de multa. Isso tem como conseqüência fazer a empresa pensar bem antes de agir no mercado. Todavia, a política de aplicação de multas não sofreria alterações<sup>119</sup>.

Demais vantagens ainda não referidas são da ordem de que a reforma libera as empresas das custosas e burocráticas exigências de notificações e comunicações e desobriga-as dos custos com a demora e com a incerteza dos processos. Para DENIZARD e DELACROIX, “A ausência de notificação prévia, a simplificação de formalidades e a eliminação da demora no tratamento das demandas (...) apresenta a vantagem de deixar uma grande margem à liberdade de empreender e (...) à liberdade contratual”<sup>120</sup>. Além disso, descarga a Comissão da averiguação de numerosos acordos que não representavam grandes problemas. A Comissão poderá agora usar seus recursos para se concentrar em casos realmente problemáticos. Com isso, é possível claramente afirmar que o novo sistema melhora a proteção da concorrência. As decisões sobre a compatibilidade e validade dos acordos, bem como as decorrentes conseqüências jurídicas desse fato, virão mais rápidas com a participação das

---

<sup>118</sup> BARTOSCH, A. *Von der Freistellung zur Legalausnahme: was geschieht mit der Rechtssicherheit?*, p. 462-473.

<sup>119</sup> SCHAUB, A.; DOHMS, R. *Op. cit.*, p. 1069-1070.

<sup>120</sup> DENIZARD, J.-P.; DELACROIX, C. *Op. cit.*, p. 555.

instâncias nacionais nos processos. A reforma promoverá um aumento da convergência entre os direitos nacionais, pelo império da primazia do direito comunitário, aplicado, agora, pelos órgãos nacionais, e da conseqüente tendência futura de aplicação deste como único direito<sup>121</sup>. É aguardado que a reforma tenha um efeito intimidador sobre as previstas infrações<sup>122</sup>. Comissão e autoridades nacionais formariam no novo sistema uma rede de colaboração, há muito esperado. SCHAUB e DOHMS também vêem a inclusão dos tribunais civis nacionais na aplicação do direito comunitário como uma vantagem<sup>123</sup>. A aplicabilidade direta permite que os próprios tribunais e de forma imediata possam decidir sobre a execução do acordo e também sobre prováveis indenizações. O juiz é auxiliado nesse trabalho de interpretação por vários mecanismos, tais como as publicações da Comissão, a possibilidade sempre existente de promover questionamentos de natureza técnica e jurídica à Comissão e, por fim, a possibilidade da decisão prejudicial do artigo 234 TCE pelo Tribunal. Com essas visões de defesa, retiradas das contestações às críticas, mostravam-se SCHAUB e DOHMS, conduzindo as argumentações aqui vistas, a favor das reformas.

Ainda é cedo para poder saber se alguma das previsões desfavoráveis hoje se constituem em um sério problema para a aplicação das regras do Tratado, alteradas em 1º de maio de 2004, com a entrada em vigor do novo Regulamento n. 1/2003. As novidades têm vantagens e prejuízos. Só o futuro dirá o acerto ou não das reformas. A contribuição que hoje é sensível será analisada neste estudo. Certo é que a reforma, que pode ser sintetizada na expressão de tudo proibido a tudo permitido, sempre veio conjuntamente referida como modernização das regras<sup>124</sup>.

### 2.1.c) O regime do Regulamento n. 1/2003

Como já visto, em 27 de setembro de 2000, a Comissão apresentou ao Conselho uma proposta de regulamento relativa à modificação do Regulamento n. 17/62. Essa proposta deu início a uma ofensiva rumo à reforma. Ela objetivava a introdução do regime de exceção legal. Após terem sido considerados estudos como os aqui trazidos, originou o Regulamento n. 1/2003, adotado pelo Conselho em 16 de dezembro de 2002. Ele entrou em vigor em todos os Estados-membros em 1º de maio de 2004, junto com a adesão de dez novos Estados-membros. Com a entrada em vigor do novo documento, o Conselho concluiu uma demorada e controversa discussão, antes parcialmente reproduzida. A presente reforma é a mais profunda do direito comunitário da concorrência de todos os tempos<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> SCHAUB, A.; DOHMS, R. *Op. cit.*, p. 1065.

<sup>122</sup> BUNTE, H.-J. *Op. cit.*, p. 361.

<sup>123</sup> SCHAUB, A.; DOHMS, R. *Op. cit.*, p. 1063.

<sup>124</sup> EHLERMANN, C.-D. *The modernization of EC antitrust policy: a legal and cultural revolution*, p. 537-590; VENIT, James S. *Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty*, p. 545-580; KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 314; GALÁN CORONA, Eduardo. *Notas sobre el Reglamento (CE) n. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma*, p. 499-525; MONTI, Mario. *La nueva política europea de la competencia*, p. 127-138; BELLIS, Jean-François. *La réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité*, p. 65-74 e LEITÃO, Maria Serra. *European Union Competition Policy: revolutionary change and uncertain times*, p. 117.

<sup>125</sup> Mas há quem lembre da importância que representou a adoção do Regulamento sobre o controle de concentrações, em 1989. COUMES, J.-M.; BROCHE, J. *Op. cit.*, p. 546.

Tal Regulamento substituiu o Regulamento n. 17/62, que por mais de quarenta anos desempenhou importante papel no direito comunitário da concorrência. Segundo ele, os artigos 81, ns. 1 e 2, e 82 TCE eram diretamente aplicáveis. A partir de agora é o artigo 81, n. 3 TCE também diretamente aplicável.

Fundamentalmente, a reforma trouxe mudanças no sistema de aplicação do direito comunitário. Veio fundada num princípio de descentralização, com a introdução de um sistema de repartição de competências entre os Estados-membros e a Comissão, isto é, dito de outra forma, um sistema de repartição de competências paralelas entre três instituições<sup>126</sup>.

Na visão de COUMES e BROCHE, o sistema atual é mais equilibrado e racional, além de sedutor<sup>127</sup>. Os principais objetivos da reforma, segundo SCHAUB e DOHMS, eram poder a Comissão concentrar-se nos casos mais importantes, com a descentralização aumentar a efetiva participação dos tribunais e autoridades nacionais na proteção da concorrência, promover uma facilitação e desburocratização do processo para os operadores do direito, garantir uma coerente aplicação das regras e assegurar no futuro um adequado nível de segurança jurídica<sup>128</sup>. Para RANDULFE SÁNCHEZ o objetivo era único, qual seja o de lograr um incremento da aplicação e execução das regras comunitárias relativas à concorrência<sup>129</sup>.

A principal alteração é a aplicabilidade direta do artigo 81, n. 3 TCE. Com isso deixaram de existir os atos para a concessão de isenções individuais de efeito constitutivos, pois claro, a própria lógica do sistema no qual o artigo 81, n. 3, é diretamente aplicável, não exige mais. Assim, decisões de isenção não mais são utilizadas para autorizar a eficiência de acordos limitadores da concorrência. Basta que os requisitos sejam cumpridos para que o acordo proibido pelo artigo 81, n. 1, seja legal. As empresas, autoridades e tribunais nacionais devem averiguar se o acordo satisfaz as exigências legais.

Essas modificações é o que se convencionou chamar de mudança para um sistema de isenção legal. Representa dizer que a existência dos pressupostos de isenção da proibição dá ao acordo uma imediata eficácia. Até 2004 era preciso pedir a liberação do acordo e aguardar a decisão da Comissão. Agora a empresa precisa ela própria averiguar se no comportamento pretendido não incidem as proibições do artigo 81, n. 1, ou se o acordo apresenta os requisitos do artigo 81, n. 3 TCE.

Nem a Comissão, nem as autoridades nacionais, emitirão mais decisões de isenções individuais. Por isso, a reforma significa a passagem do sistema de notificação e decisão de isenção administrativa para o de isenção legal. Só excepcionalmente, conforme o artigo 10 do novo Regulamento, e ainda em exclusivos casos de interesse público, pode a Comissão declarar oficiosamente que o artigo 81 do Tratado não se aplica a um acordo, quer por não estarem preenchidas as condições do artigo 81, n. 1, quer por estarem preenchidas as condições do artigo 81, n. 3. O mesmo

---

<sup>126</sup> O sistema do Regulamento de controle de concentração, que envolve o volume da transação, havia sido recusado. BARTOSCH, A. *Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine 'neue Verordnung Nr. 17'*, p. 106.

<sup>127</sup> COUMES, J.-M.; BROCHE, J. *Op. cit.*, p. 546.

<sup>128</sup> SCHAUB, A.; DOHMS, R. *Op. cit.*, p. 1056.

<sup>129</sup> RANDULFE SÁNCHEZ, C. *Op. cit.*, p. 468.



se aplica ao artigo 82 TCE. Com a renúncia do monopólio da Comissão, trocado por um processo de descentralização, o controle foi transferido às autoridades e tribunais nacionais. Estes assumem, assim, o dificultoso processo de averiguação da compatibilidade dos acordos.

Para a garantia da coerência das decisões e da segurança jurídica, questões que deram margens às várias críticas antes vistas, a Comissão previu medidas, como por exemplo, um alargamento da primazia do direito comunitário, segundo o qual os casos de efeito transfronteiriço estão submetidos só ao direito comunitário. Nestes, segundo o artigo 3º. do novo Regulamento, o direito nacional fica excluído de aplicação.

Também a Comissão se preocupou em assegurar a unidade da aplicação do direito comunitário. Para tanto, ela espera atingir uma estrita sintonia e coordenação das autoridades nacionais.

Para o esclarecimento da sua posição quanto à perseguição de comportamentos anticompetitivos, a Comissão se valerá de comunicações e diretrizes. Os mesmos documentos serão usados para o esclarecimento de pontos controversos. Para BALLARINO, esses documentos e a jurisprudência existente constituiriam “um *corpus* que, na ausência das isenções individuais, guiará o operador econômico (...) na sua valorização do mérito da compatibilidade de um acordo ou prática com o direito comunitário”<sup>130</sup>.

A reforma traduz o desejo da Comissão em ter uma maior cooperação das autoridades nacionais da concorrência e dos tribunais nacionais, na busca de um certo grau de descentralização na aplicação das normas. Isso também pode ser interpretado como o reforço do papel das instituições nacionais nessa tarefa.

Como farão os tribunais nacionais com a solução de casos complexos, haja vista os casos de concorrência geralmente requererem análise econômica sofisticada? Estarão eles preparados? Sim, pois já estavam antes para aplicar os artigos 81, n. 1, e 82, o que também exigia análises complexas, como a do requisito de reserva de uma parte equitativa do lucro aos utilizadores<sup>131</sup>. Não só uma análise econômica é exigida, mas uma informação fática detalhada. E isso eles facilmente terão, pois geralmente a prática se deu lá no território do Estado correspondente ao tribunal nacional ligado ao caso. As jurisdições nacionais têm um bom conhecimento de seus mercados nacionais, o que permite a tomada de medidas eficazes<sup>132</sup>. Por fim, têm os tribunais nacionais a Comissão como *amicus curiae*.

O novo Regulamento também não estabelece regra para o caso de dois tribunais nacionais serem competentes. Bastaria, neste caso, os ordenamentos nacionais terem regras de conflito? A divisão do trato dos casos no novo sistema

---

<sup>130</sup> BALLARINO, T. *Op. cit.*, p. 574-575.

<sup>131</sup> van KAPPEL aborda o papel da análise econômica na aplicação do artigo 81 TCE. A argumentação era de que os juízes já estavam familiarizados com muitos dos critérios e que a análise atual é auxiliada pelas provas trazidas pelas partes. Todavia, ela depende de fatores como a especialização da câmara e da experiência em matéria comercial, bem como da familiaridade com o uso de diretrizes como meios de auxílio, mas nada mais que isso, para a tomada de decisões. van KAPPEL, A. P. *Op. cit.*, p. 230.

<sup>132</sup> DENIZARD, J.-P.; DELACROIX, C. *Op. cit.*, p. 556.

depende de muitos fatores. Os promotores das queixas deverão decidir sozinhos onde querem interpor o processo. Uma das soluções pode recair na escolha do tribunal mais próprio para a proteção da concorrência. Outro fator a ser levado em conta na decisão é que a eficácia da sentença será limitada ao respectivo Estado em que for prolatada. Ainda são lembrados motivos como a disposição do promotor da queixa de ir a um determinado tribunal, natureza e efetividade dos instrumentos para a solução dos problemas e as sanções a serem aplicadas<sup>133</sup>. Um conhecimento mais profundo desse novo sistema, que apresenta tantas inovações, vem na seqüência com a apresentação dos seus princípios e pilares.

### *1. Princípios e pilares do atual sistema*

A doutrina costuma apresentar o novo sistema através de uma sistematização por pilares ou princípios. COUMES e BROCHE identificam três pilares no atual sistema, quais sejam descentralização, cooperação e acréscimo do poder de investigação da Comissão. O pilar da descentralização é composto por elementos como aplicabilidade direta do artigo 81, n. 3, supressão do sistema de notificação e reforço da aplicação do direito comunitário. Assim, a aplicabilidade aceleraria o trato de processos, já que os dois ordenamentos jurídicos são aplicados pela mesma instância. A supressão da notificação significa que acordos que cumpram os requisitos do artigo 81, n. 3, são válidos *ab initio*, motivo pelo qual as empresas não precisam mais recorrer a tal mecanismo. Desaparecem, dessa forma, as suposições de nulidade dos acordos<sup>134</sup>. A necessidade de notificação de acordos à Comissão caiu completamente e com ela a imunidade contra a imposição de multas. O reconhecimento da validade *ab initio* reforça a proteção de empresas contra o risco de ações de nulidade ou de responsabilidade civil<sup>135</sup>. Contudo, não é de se esquecer que a supressão da notificação tem por efeito o aumento da responsabilidade da empresa, pois a análise de compatibilidade da estratégia industrial e comercial escolhida com o Tratado é de sua responsabilidade<sup>136</sup>. Disso espera-se que decorrerá uma maior consciência e uma maior cultura de concorrência. O reforço da aplicação do direito comunitário é a consequência da exclusão dos direitos nacionais, conforme o artigo 3º. do Regulamento. A aplicação deles poderia levar a divergências e comprometer a idéia de descentralização<sup>137</sup>.

O segundo pilar é o da cooperação entre Comissão e instâncias nacionais. Ele tem como objetivo garantir uma aplicação uniforme do direito. A cooperação é baseada em um mecanismo de troca de informações e, no caso da Comissão em relação às instâncias nacionais, na suspensão e encerramento dos procedimentos que nestas acontecem. COUMES e BROCHE observam que o sistema se concentra mais

---

<sup>133</sup> SCHAUB, A.; DOHMS, R. *Op. cit.*, p. 1064.

<sup>134</sup> MESTMÄCKER, E.-J. *Op. cit.*, p. 525.

<sup>135</sup> COUMES, J.-M.; BROCHE, J. *Op. cit.*, p. 547.

<sup>136</sup> A decisão reside agora na empresa e nos seus conselheiros (*Prinzip der Selbsteinschätzung*). O pressuposto é que a aplicabilidade direta do artigo 81, n. 3, a execução descentralizada das normas em tribunais e autoridades nacionais e Comissão e o efeito desalojador fático dos artigos 81 e 82 perante direitos nacionais, advindos agora com o novo Regulamento, representam novas exigências às empresas, autoridades e tribunais nacionais. Para DERINGER, o risco de uma decisão destas é grande, pois “apesar de todo o desenvolvimento do direito da concorrência, ainda é difícil tomá-la e assim permanecerá, como está a mostrar a maioria dos casos tratados nos últimos anos pela Comissão e Tribunal”. DERINGER, A. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>137</sup> COUMES, J.-M.; BROCHE, J. *Op. cit.*, p. 547-548.

em uma cooperação vertical entre Comissão e Estados-membros e menos numa cooperação horizontal entre autoridades e jurisdições. Na visão dos autores, a essa cooperação, num sistema descentralizado, deveria ser dada a prioridade<sup>138</sup>.

O terceiro pilar de COUMES e BROCHE é o poder da Comissão. No atual sistema, a Comissão dispõe de três níveis de intervenção, quais sejam, coordenação e controle central do sistema, poder autônomo de aplicação das regras e poder de investigação. Segundo o primeiro, a Comissão intervém na rede de autoridades e jurisdições nacionais com os mecanismos de consulta e coordenação previstos a ela, bem como tem o papel de guiar a prática das instâncias na aplicação dos regulamentos de isenção por categoria. Mas não só estes, pois o papel de diretora da concepção da política comunitária da concorrência envolve a conservação de seu monopólio na elaboração de textos, como regulamentos de isenção por categoria, comunicações e diretrizes contendo as regras de interpretação<sup>139</sup>. O segundo poder envolve os procedimentos de ofício, a competência de evocar a si o trato das infrações mais graves e o de impor remédios de natureza estrutural<sup>140</sup>. O remédio estrutural pode ser adotado somente se não existir um outro comportamental igualmente eficaz ou, em termos de eficácia, menos oneroso para a empresa interessada. O terceiro e último é o poder de investigação, reforçado no atual sistema pela previsão de visitas a domicílios, entre outras medidas, com o objetivo de reforçar a luta contra os cartéis. O aumento dos poderes de investigação ainda envolve novidades como a faculdade da Comissão de colher declarações orais e de colocar lacres nos locais ou documentos profissionais durante a inspeção.

Quem também vê pilares, mas em número de quatro, é RINALDI e SCHAUB e DOHMS. Para RINALDI, estes são i) o objetivo de liberar recursos da Comissão para que essa possa se concentrar em investigações de violações mais relevantes; ii) a transferência da aplicação das regras às autoridades administrativas ou jurisdicionais dos Estados-membros, que são quem pode mais eficazmente geri-la; iii) o fornecimento à Comissão de meios de investigação e intervenção mais eficazes, entre eles a adoção de remédios comportamentais e estruturais, adoção de medidas cautelares, bem como cominar sanções mais incisivas; e, iv) o aumento das possibilidades de aplicação de sanções<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Uma não-prioridade à cooperação horizontal gerou as seguintes conseqüências. Primeiro, o fato das autoridades só serem obrigadas a promover comunicações à Comissão e não às demais autoridades. Segundo, a opção por um critério cronológico para o afastamento das demais instituições dos atos, e não a opção pelo critério da autoridade melhor localizada (*best placed*) para examinar a prática. Uma terceira deficiência do sistema de cooperação seria a ausência de linhas diretrizes para prevenir e regular conflitos entre os membros da rede, especialmente pela então proposta de regulamento exigir, no artigo 16, apenas o esforço para evitar tomar decisões contraditórias. Este problema parece ter sido contornado e no Regulamento hoje consta que os tribunais nacionais não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão da Comissão. Isso representa a incorporação da jurisprudência do Tribunal por ele. E uma última lacuna do sistema é a eficácia das decisões adotadas pelas autoridades de concorrência, que não teriam efeito jurídico além de seus territórios e nem vinculariam a Comissão. COUMES, J.-M.; BROCHE, J. *Op. cit.*, p. 548-550.

<sup>139</sup> DENIZARD, J.-P.; DELACROIX, C. *Op. cit.*, p. 554.

<sup>140</sup> Remédios de natureza estrutural seriam, por exemplo, ordens dadas às empresas de vendas e transferências de atividades para reduzir os efeitos restritivos de um acordo. Críticas a esta disposição levam em conta um exacerbado poder, além do de controle comunitário de concentrações, que pode ter sido dado à Comissão. COUMES, J.-M.; BROCHE, J. *Op. cit.*, p. 551.

<sup>141</sup> RINALDI, R. *Op. cit.*, p. 147-156.

E para SCHAUB e DOHMS, eles são i) a supressão do sistema de notificação e autorização relativo ao artigo 81. Os acordos não mais necessitariam ser notificados e nem autorizações precisariam ser aguardadas. Essa medida era mais agressiva que a mera repartição das competências de emissão de declaração de isenções, igualmente pensada; ii) o aumento da participação das instâncias nacionais, em função da integral aplicabilidade direta dos artigos 81 e 82 TCE, pois a validade dos acordos passaria a dever ser decidida também por estas instituições; iii) o estreito entrelaçamento entre autoridades nacionais e comunitárias; e iv) a melhoria dos instrumentos usados para o controle da concorrência, com os quais a Comissão trabalha. Ademais, o sistema não somente permitiria que a Comissão se concentrasse nos casos difíceis, como traria outros incrementos ao controle *ex-post*, isto é, uma melhoria no processo de recebimento e trato de queixas<sup>142</sup>.

Para WEITBRECHT, as regras centrais do novo documento são fundadas em três princípios, quais sejam aplicabilidade direta, descentralização da aplicação do direito e efeito desalojador do direito comunitário. Alguns já foram vistos em outros autores como pilares, motivo pelo qual não serão novamente aprofundados. A reforma enseja a aplicabilidade direta do artigo 81, n. 3 TCE. Assim, acordos que cumpram os requisitos ali lançados não recaem sob a proibição do artigo 81, n. 1. O princípio da exceção legal vem expresso no artigo 1º. do Regulamento, que disciplina que os acordos, as decisões e as práticas concertadas referidos no n. 1 do artigo 81 do Tratado que não satisfaçam as condições previstas no n. 3 do mesmo artigo são proibidos, não sendo necessária, para o efeito, uma decisão prévia. O autor observa que quem quiser, pode ver esta disposição como “a mais ampla forma de regulamento de isenção em grupo”<sup>143</sup>. O segundo princípio é a descentralização da aplicação do direito, com a inclusão de tribunais e autoridades nacionais nesta tarefa<sup>144</sup>. A Comissão poderá se concentrar no estabelecimento da política da concorrência, na coordenação da rede a ser formada<sup>145</sup> e na decisão de casos relevantes<sup>146</sup>. O mais interessante dos princípios citados por WEITBRECHT é o que ocasiona o efeito desalojador do direito comunitário no âmbito dos artigos 81 e 82 TCE, que será visto com mais detalhes quando da análise da específica disposição do artigo 3º. do novo Regulamento, na parte que a seguir inicia.

## 2. As disposições em particular

O Regulamento modernizador das regras de aplicação do direito da concorrência possui 38 considerandos e 45 artigos, estes divididos em 11 capítulos. Nem todos serão aqui referidos. O artigo 2º. trata do ônus da prova. A questão não traz maiores dificuldades, exceto a novidade da apresentação da prova pelas partes, o que não era previsto em sede do Regulamento anterior. Nele a Comissão tinha todo o ônus da alegação, e a parte que apresentasse o cumprimento dos requisitos da isenção em fase posterior. Agora, recai sobre a autoridade que alega tal violação o ônus da prova de uma violação do artigo 81, n. 1 e a outra parte que prove cumprir os

<sup>142</sup> SCHAUB, A.; DOHMS, R. *Op. cit.*, p. 1060-1061.

<sup>143</sup> WEITBRECHT, A. *Op. cit.*, p. 70.

<sup>144</sup> MESTMÄCKER observa que a Comissão não faz distinção na sua relação entre as instâncias nacionais, isto é, trata autoridades e tribunais da mesma forma. MESTMÄCKER, E.-J. *Op. cit.*, p. 528.

<sup>145</sup> Os artigos 11 a 16 do Regulamento regulam a colaboração entre Comissão e demais instâncias, o que formaria uma rede de informações.

<sup>146</sup> WEITBRECHT, A. *Op. cit.*, p. 70.

requisitos do artigo 81, n. 3. Em disputas privadas, recai o ônus da prova na parte que alegar a existência da violação do artigo 81, n. 1. Já no caso da existência dos requisitos do artigo 81, n. 3, o ônus recai sobre a empresa que invocar o benefício, mesmo contra uma autoridade.

O artigo 3º. prevê o doutrinariamente conhecido como princípio desalojador (*Verdrängungsprinzip*)<sup>147</sup>. Segundo ele, nos casos em que um acordo seja próprio para afetar o comércio entre os Estados-membros, o direito comunitário da concorrência encontra exclusiva aplicação e elimina o direito nacional dos cartéis<sup>148</sup>.

Como fundamento a essa regra, a Comissão usou o princípio estabelecido no Caso Walt Wilhelm<sup>149</sup>, que havia evidenciado a aplicação uniforme do direito da concorrência no mercado interno como o objetivo da aplicação do artigo 81 TCE. Assim, observa a doutrina que também no direito material o Regulamento produz alterações. Um desses pontos sensíveis é a radical modificação da relação entre direito nacional e comunitário da concorrência<sup>150</sup>. Durante longos anos, ambos os direitos formavam barreiras diferentes e independentes entre si (teoria da barreira dupla). Mas depois o Caso Walt Wilhelm inaugurou a teoria da barreira única (que é a barreira do direito comunitário), pela qual aquilo que é permitido pelo artigo 81 TCE não pode mais ser proibido pelo legislador nacional, bem como medidas proibidas pelo direito comunitário não podem ser autorizadas pelo nacional, como será melhor visto à frente.

No sistema anterior, podia um mesmo acordo ser submetido às regras comunitárias e nacionais. Apenas no caso de isenções havia uma saliente interferência do direito comunitário. A primazia deste determinava que direitos nacionais não mais poderiam proibir acordo liberado pelo direito comunitário. Todavia, restava ao direito nacional uma larga margem de aplicação. Nesta, as autoridades nacionais tinham a tendência de aplicar os seus direitos nacionais, mesmo perante efeitos interestatais, para poderem utilizar os seus mecanismos de isenção<sup>151</sup>.

Agora o artigo 3º. do Regulamento promove um alargamento da primazia do direito comunitário, o que a doutrina caracteriza como um efeito desalojador fático do direito nacional, sendo este abrangido em ambas as possíveis relações. Não mais se deve dar validade a uma disposição nacional que permita o que o direito comunitário

---

<sup>147</sup> Temores de reforços a este princípio desalojador e, com isso, mais afetações à cláusula da interestatalidade (responsável pela divisão de competências em direito da concorrência), a serem efetivados com a entrada em vigor da futura Constituição Européia, especialmente com o seu artigo I-12, foram retratados em TERHECHTE, J. P. *Op. cit.*, p. 111-113 e 125-126.

<sup>148</sup> Ainda durante os estudos dos temas contidos no Livro Branco, isto é, antes do surgimento da proposta, MESTMÄCKER temia que, havendo opção de escolha pelas autoridades nacionais do direito a aplicar entre o comunitário e o nacional, esta escolha não recaísse sobre o mais severo. MESTMÄCKER, E.-J. *Op. cit.*, p. 529. Assim também MÖSCHEL, W. *Op. cit.*, p. 66. Contudo, o Regulamento, neste artigo comentado, retirou a possibilidade de escolha e determinou a aplicação dos dois direitos.

<sup>149</sup> Caso Walt Wilhelm, EuGH, Slg. 1969, p. 1. BARTOSCH discorda da posição da Comissão e não vê o Caso Walt Wilhelm como passível de ser fundamento a este artigo. BARTOSCH, A. *Op. cit.*, p. 103-104. Uma outra valoração crítica a esta sentença é encontrada em WAELBROECK, Michel; FRIGNANI, Aldo. *Derecho Europeo de la competencia*, p. 151.

<sup>150</sup> WEITBRECHT, A. *Op. cit.*, p. 70 e VOGT, Stefan. *Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in den Jahren 2001 bis 2003*, p. 3307.

<sup>151</sup> COUMES, J.-M.; BROCHE, J. *Op. cit.*, p. 547.

proíbe, como também nos casos em que ela proíbe o que o direito comunitário autoriza<sup>152</sup>. Assim, “quando um acordo for capaz de prejudicar o comércio entre os Estados-membros, isto é, entrar no espectro de aplicação do direito comunitário, as autoridades nacionais devem também aplicar o artigo 81 TCE; o acordo só poderá então ser proibido com fundamento no direito nacional, se ele também for proibido segundo o artigo 81. Do contrário, não podem o direito nacional e as autoridades nacionais deixar um acordo sem oposição, quando ele infringe o artigo 81”<sup>153</sup>. Enfim, trata-se do caso de abandono da aplicação paralela do direito nacional quando o caso for afeto à regra comunitária ou, dito de outra forma, da aplicação exclusiva do direito comunitário da concorrência em casos de afetação do comércio entre os Estados-membros, embora isso não tenha sido expressamente dito. Restam apenas acordos de significado local ou regional, isto é, aqueles que não entram no espectro do direito comunitário, sob a esfera do direito nacional.

A nova regra não tem efeito problemático algum para aqueles Estados que já tinham direito nacional idêntico ao comunitário, o que não é o caso do direito alemão, por exemplo, em relação ao artigo 81 TCE<sup>154</sup>. O direito alemão dos cartéis é mais severo. Isso poderia conduzir os juízes a se inclinarem a uma aplicação também severa do artigo 81 TCE. A um tal problema, van KAPPEL só vê solução com o questionamento facultado no artigo 234 TCE<sup>155</sup>. A relação envolvida pelo artigo 82 é semelhante. Sempre que as autoridades dos Estados-membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo 82 do Tratado, devem aplicar igualmente este. Nesse caso, diferentemente do anterior, por exemplo, a proibição da legislação alemã<sup>156</sup> se equipara à do artigo 82 e restará de fato afastada pelo direito comunitário<sup>157</sup>.

Justamente com pensamento fundado no artigo 3º. do novo Regulamento, KIRCHNER vê a reforma como uma tentativa de marginalização dos direitos nacionais e transformação das autoridades nacionais em instâncias de execução do direito comunitário. O artigo 3º. desloca e até exclui o direito nacional. Paralelo a isso são vistas outras duas conseqüências acessórias, quais sejam, uma liberação ou sobra de recursos pessoais nas autoridades e o fato de que a diminuição dos casos de concorrência entre ordens jurídicas afetará o desenvolvimento de novas soluções jurídicas<sup>158</sup>. O disposto nesse artigo é central para este estudo, motivo pelo qual ainda será muito comentado.

O artigo que concede competência às autoridades dos Estados-membros para aplicar em processos individuais os artigos 81 e 82 TCE é o 5º.

---

<sup>152</sup> BARTOSCH, A. *Op. cit.*, p. 102.

<sup>153</sup> WEITBRECHT, A. *Op. cit.*, p. 71.

<sup>154</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>155</sup> van KAPPEL, A. P. *Op. cit.*, p. 231.

<sup>156</sup> Parágrafo 20 da Lei alemã contra limitações à concorrência (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen -GWB).

<sup>157</sup> WEITBRECHT, A. *Op. cit.*, p. 72.

<sup>158</sup> KIRCHNER, Christian. Verhältnis zwischen deutschem Kartellrecht und europäischem Wettbewerbsrecht: Zuständigkeiten, Konflikte, Reformkonzepte. In: *SCHWERPUNKTE des Kartellrechts 2001*, p. 9-11.

O juiz nacional já podia, antes da reforma, aplicar os artigos 81, ns. 1 e 2, e 82 do Tratado. O artigo 6º. do Regulamento estabelece, agora, a competência da jurisdição nacional na questão também do artigo 81, n. 3. Assim, o juiz nacional, perante um caso em que seja discutida a compatibilidade de um acordo com o artigo 81, n. 1, constatando que são satisfeitas as condições do artigo 81, n. 3, deve considerar o acordo válido *ab initio*. Caso as condições não sejam satisfeitas, o juiz aplica o artigo 81, n. 2, e declara nula a prática. Têm, pois, os tribunais nacionais toda a competência para analisar se um acordo é compatível com o mercado comum. Para os casos demasiadamente complicados, há o recurso do artigo 15, n. 1 do Regulamento, segundo o qual os tribunais nacionais podem solicitar à Comissão que lhes sejam enviadas informações que estejam na posse desta ou que dê parecer sobre questões relativas à aplicação das regras comunitárias de concorrência, como será visto com detalhes.

O artigo 7º. introduz duas novidades essenciais na verificação e cessação da infração. A Comissão pode declarar verificada a existência de uma infração que já tenha cessado, mas somente nos casos de real interesse comunitário. Estes, para BALLARINO, seriam o “risco de repetição da infração por parte do destinatário da decisão ou quando o caso levanta novas questões, cujo esclarecimento é de interesse público”<sup>159</sup>. Outra novidade é que a Comissão pode impor soluções de conduta ou de caráter estrutural proporcionais à infração cometida e necessárias para pôr efetivamente termo à infração. WEITBRECHT vê nessa regra uma teórica autorização de desconcentração da infração contrária ao Tratado nas mãos da Comissão, como existe nos Estados Unidos da América<sup>160</sup>.

O artigo 9º. confere à Comissão a faculdade de adotar decisão, com a qual aceita o compromisso proposto pela empresa, no âmbito de um procedimento em que se pretenda adotar uma decisão que exija a cessação de uma infração. A decisão da Comissão vincula o destinatário ao compromisso nela contido, como ocorre no Regulamento de controle de concentrações. Por tal, essa decisão cria para a Comissão um instrumento de controle do comportamento da empresa<sup>161</sup>.

O artigo 10 trata das decisões da Comissão de não-aplicabilidade dos artigos 81 e 82, fundadas em interesse público. Remanesce na Comissão o interesse em conduzir processos nos quais tenha dado conselhos ou tido conhecimento. A finalidade é aumentar a certeza jurídica ao prever que a Comissão, em razões de interesse público e agindo unicamente de ofício, possa declarar através de decisão que o artigo 81 do Tratado é inaplicável<sup>162</sup>. A Comissão pode, do mesmo modo, fazer declaração semelhante relativamente ao artigo 82 do Tratado. Conforme BALLARINO, o artigo 10 não conduz a um retorno ao sistema de isenção individual. A Comissão só age de ofício e nem é obrigada a tomar uma decisão. Para ela, isso seria uma das vantagens do novo sistema<sup>163</sup>. Mas ainda estão sem respostas perguntas

---

<sup>159</sup> BALLARINO, T. *Op. cit.*, p. 582.

<sup>160</sup> WEITBRECHT, A. *Op. cit.*, p. 71.

<sup>161</sup> MESTMÄCKER, E.-J. *Op. cit.*, p. 527.

<sup>162</sup> Interessante é a manifestação de MÖSCHEL sobre estas decisões (*Positiventscheidung*), que as via como um corpo estranho (*Fremdkörper*) a um sistema de exceção legal. MÖSCHEL, W. p. 65.

<sup>163</sup> MESTMÄCKER, E.-J. *Op. cit.*, p. 527.

como o que se entenderia por interesse público<sup>164</sup>. Ademais, se tomada, essa tem somente natureza declaratória, como era a dos certificados negativos<sup>165</sup>, e não efeito *erga omnes*, isto é, nenhum efeito vinculante perante autoridades e tribunais nacionais. Lembra DERINGER que ela também não pode ser aprazada, como eram as autorizações, “pois as atuais são a confirmação de circunstâncias em um determinado momento, sem efeito no futuro”, e nem vir acompanhada de compromissos<sup>166</sup>. Pelo fato de não vir aprazada, deixa de valer quando as circunstâncias se alteram, sem que a decisão positiva precise ser cassada<sup>167</sup>. Por isso, é esperado que a Comissão faça uso deste instrumento nos casos que digam respeito às novas categorias de acordos e comportamentos, acordo relevantes e naqueles ainda não regulados pela jurisprudência ou pela prática decisória<sup>168</sup>.

O artigo 11 disciplina o que se pode considerar a formação de uma rede de cooperação<sup>169</sup> entre as três instâncias, quais sejam Comissão, autoridades nacionais e tribunais nacionais. O capítulo do Regulamento que trata da cooperação se estende até o artigo 16. Em linhas gerais, as jurisdições nacionais estão submetidas a uma obrigação de informar seus atos à Comissão antes ou logo após a abertura de um procedimento (artigo 11, n. 3), o mais tardar trinta dias antes da aprovação de uma decisão em que exijam que seja posto termo a uma infração, aceitem compromissos ou retirem o benefício de um regulamento de isenção por categoria (artigo 11, n. 4) e novamente após seu encerramento (artigo 15, n. 2).

O artigo 11, n. 3, trata do dever das autoridades dos Estados-membros de comunicar à Comissão antes ou imediatamente depois de terem dado início à primeira medida de investigação formal. O novo sistema, fundado em significativa descentralização, enseja conflitos positivos ou negativos de competência<sup>170</sup>. A principal dúvida envolve saber quando a autoridade nacional deve aplicar o artigo 81 ou a lei antitrust nacional, por exemplo<sup>171</sup>. A fórmula geral é que a autoridade seja chamada a aplicar o direito comunitário somente no momento em que o efeito do acordo nacional sobre o mercado comunitário (prejuízo ao comércio intra-comunitário) seja suficiente e indubitavelmente provado. Nos demais casos, aplica-se

---

<sup>164</sup> Antes do surgimento da reforma, MESTMÄCKER tinha outras muitas perguntas sobre a idéia da Comissão que, todavia, foram se esclarecendo até o surgimento do Regulamento. Por serem interessantes, podem ser vistas em MESTMÄCKER. *Idem*, p. 527.

<sup>165</sup> Motivo pelo qual DERINGER continua a usar este termo para as decisões fundadas no artigo 10 e não o de decisões positivas. Ele sugere também para os regulamentos de isenções por categorias o termo de certificados negativos por categoria (*Gruppen-Negativtest*), em função da lógica do sistema. DERINGER, A. *Op. cit.*, p. 7. Já uma posição contrária à nomenclatura de *Gruppennegativtest* e favorável à de regulamentos de isenção por categoria (*Gruppenfreistellungsverordnung*) pode ser vista em MÖSCHEL, W. *Op. cit.*, p. 65.

<sup>166</sup> DERINGER, A. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>167</sup> Esta é a principal diferença entre o sistema de exceção legal e o de autorizações, segundo DERINGER. Uma autorização segundo o artigo 81, n. 3, perdia o amparo e seu efeito jurídico perante as autoridades e tribunais nacionais somente quando ela era revogada pela Comissão. No sistema atual, segundo o artigo 29, n. 2, uma tal revogação relativa a um território distinto pode ser efetuada pelas autoridades nacionais. *Idem, ibidem*.

<sup>168</sup> BALLARINO, T. *Op. cit.*, p. 575.

<sup>169</sup> As despesas de coordenação do sistema de cooperação poderiam ser maiores que a carga de trabalho do sistema anterior, em suposição de MÖSCHEL. MÖSCHEL, W. *Op. cit.*, p. 65.

<sup>170</sup> BALLARINO, T. *Op. cit.*, p. 577.

<sup>171</sup> Em um sistema de exceção legal, por causa das contradições e conflitos que ele enseja, a relação entre direito comunitário e nacionais é mais importante que em um sistema de autorizações, segundo DERINGER. DERINGER, A. *Op. cit.*, p. 8.



a lei antitrust nacional. O novo regulamento prevê, pois, normas para eliminar ou limitar a possibilidade de decisões conflitivas nos casos em que a autoridade nacional seja chamada a aplicar o direito comunitário. Assim, a obrigação de comunicação por escrito à Comissão tem como objetivo “facilitar a repartição dos casos, permitir a cooperação no estágio inicial do procedimento e de garantir a eficácia no tratamento de denúncias múltiplas”<sup>172</sup>.

Aí entra a questão do artigo 13 em jogo, segundo o qual é conferido às autoridades nacionais e à Comissão a possibilidade de suspenderem um procedimento ou de rejeitarem uma denúncia com o fundamento de que uma autoridade responsável em matéria de concorrência de um Estado-membro está já a instruir o processo. Este artigo tem o objetivo de eliminar a apresentação de denúncias múltiplas. Inobstante a esta tentativa, se ainda assim o caso vier a ser tratado perante muitas autoridades, há o recurso do artigo 11, n. 6. Este prevê a faculdade da Comissão de privar a autoridade nacional da competência de examinar um caso, visto abaixo.

O artigo 11, n. 4, trata da obrigação de informação à Comissão pelos Estados-membros relativa a toda decisão da autoridade nacional que venha a exigir que seja posto termo a uma infração, aceite compromisso ou retire o benefício de um regulamento de isenção de categoria. Ele também tem o objetivo de proceder uma coordenação das decisões, com vistas a uma aplicação coerente da norma.

O artigo 11, n. 6, prevê a faculdade da Comissão de privar a autoridade nacional da competência de examinar um caso. Dá à Comissão o direito de avocá-los. É a perda da competência dos Estados, quando a Comissão move um processo. Este mesmo poder não pode ser exercido contra tribunais nacionais, como já o era sob a égide do anterior regulamento.

O artigo 12, o segundo dos artigos entendidos como destinados à formação de uma rede de cooperação, institui uma base jurídica para a troca de informações entre Comissão e autoridade nacional e vice-versa, bem como para o uso destas como meio de prova no procedimento de aplicação do direito comunitário. O objetivo atual é promover uma intensiva troca de informações. Juntamente com o artigo 14, que trata do estabelecimento de um comitê consultivo, este dispositivo é um importante instrumento para uma colaboração em rede. Não era prevista no Regulamento n. 17/62 a troca de informações entre autoridades nacionais. Vale lembrar que ele impedia a autoridade nacional de usar prova colhida pela Comissão.

O artigo 13 trata dos casos de suspensão ou arquivamento do processo. Assim, caso as autoridades de dois ou mais Estados-membros tenham recebido uma denúncia ou tenham oficiosamente dado início a um processo contra o mesmo acordo, a instrução do processo por parte de uma autoridade constitui motivo suficiente para as restantes suspenderem a respectiva tramitação ou rejeitarem a denúncia. Somente um Estado-membro pode mover um processo. Também a Comissão pode rejeitar uma denúncia com o fundamento de que uma autoridade responsável em matéria de concorrência de um Estado-membro está a instruir o processo.

---

<sup>172</sup> BALLARINO, T. *Op. cit.*, p. 579.

Segundo o artigo 15, n. 1, os tribunais dos Estados-membros podem solicitar à Comissão que lhes sejam enviadas informações na posse desta ou que dê parecer sobre questões relativas à aplicação das regras comunitárias de concorrência. A questão dos pareceres apresenta uma particularidade. A Comissão, solicitada, pode dar parecer sobre os processos que correm em instâncias nacionais. Embora estes pareceres não sejam vinculativos, eles podem influenciar a decisão final, pois os tribunais já não podem agir contra as prováveis decisões da Comissão, que podem vir agora maquiadas de pareceres. Até ai não há nada de novo. O problema é que contra esses pareceres a empresa não tem instrumento para agir. Esse fato, além de privação de direito, representa insegurança ao sistema.

O artigo 15, n. 2, representa uma pequena novidade, qual seja a obrigação dos tribunais nacionais de transmitir à Comissão cópia de todas as sentenças escritas em matéria de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE. O prazo para o cumprimento dessa obrigação é tido pela doutrina como de um mês<sup>173</sup>. Para van KAPPEL, o significado dessa prescrição não deve ser subestimado. Na hipótese de um tribunal decidir em contradição à política da Comissão, ela pode tomar posição e se manifestar claramente contra. Ainda que nada possa fazer contra a sentença, pode ela ao menos tentar perante a publicidade o convencimento dos efeitos nefastos do ato<sup>174</sup>. Vale referir o recente Caso Masterfoods, de 2000<sup>175</sup>, no qual se viu novamente que não é permitido aos tribunais se colocarem em contradição à decisões da Comissão, que possivelmente tenha influenciado o Regulamento nesse ponto.

O artigo 15, n. 3, regula a colaboração entre autoridades e tribunais nacionais. O Regulamento contém uma série de disposições que objetivam limitar o risco de sentenças não-coerentes. Esses são os reflexos do Caso Delimitis, de 1991, é possível ser dito. Assim, os esforços da Comissão na produção de comunicações e diretrizes, bem como o já visto artigo 15, n. 1, sobre a possibilidade dos tribunais nacionais solicitarem à Comissão o envio de informações ou o oferecimento de pareceres. Com o mesmo intuito de assegurar a aplicação coerente dos artigos 81 e 82, o artigo 15, n. 3, prevê à Comissão e às autoridades nacionais a faculdade de apresentar observações escritas e orais aos tribunais dos Estados-membros<sup>176</sup>. Para BALLARINO, “É importante notar que a Comissão pode agir (...) só por razões de interesse público comunitário (isto é, como *amicus curiae*), de própria iniciativa e nunca no interesse de uma das partes”<sup>177</sup>. Diferente da obrigação constada do artigo 11, n. 2, referente à Comissão dever enviar às autoridades dos Estados-membros cópia dos documentos mais importantes que tenha obtido, aqui o Tribunal não é obrigado a tomar a observação formulada pela Comissão ou pelas autoridades nacionais. Mas deve cumprir o pedido facultado na parte final do artigo 15, n. 3, qual seja o de transmitir à

---

<sup>173</sup> BARTOSCH, A. *Op. cit.*, p. 106.

<sup>174</sup> van KAPPEL, A. P. *Op. cit.*, p. 232.

<sup>175</sup> Caso Masterfoods, EuGH, Slg. 2000, p. I-11369.

<sup>176</sup> Posições contrárias a este dispositivo podem ser vistas em van KAPPEL. Ele transgrediria o limite da sensibilidade dos juízes (*Empfindlichkeitsgrenze*) e não estaria em concordância com o princípio da independência funcional. van KAPPEL, A. P. *Op. cit.*, p. 232. Sobre o processo de colaboração que sempre vinha exigido nas comunicações da Comissão, ainda ao comentar o sistema antigo, ODESKY observa que na Alemanha “não era habitual” uma autoridade administrativa, ministérios ou governos apresentarem comentários a situações jurídicas ou interpretação de disposições. ODESKY, W. *Op. cit.*, p. 709.

<sup>177</sup> BALLARINO, T. *Op. cit.*, p. 580.

Comissão e às autoridades dos Estados-membros todos os elementos relativos ao caso, para que os referidos órgãos elaborem as suas observações.

O artigo 16 trata de uma aplicação uniforme, o que é o desejo, mesmo com a divisão de competências entre Comissão e Estados-membros. Como norma derradeira do capítulo da cooperação, ele impõe aos tribunais e autoridades nacionais a obrigação de não emitirem decisões que entrem em conflito com as da Comissão. Essas vinculam tribunais e autoridades nacionais. Todavia, é facultado ao juiz o recurso de decisão prejudicial (julgamento antecipado) do artigo 234 TCE perante o Tribunal. Assim, devem os tribunais nacionais observar as decisões tomadas pela Comissão, considerar processos em curso ou decisões previstas, bem como interromper seus processos quando devido. Esse artigo introduz a obrigação geral para as autoridades e tribunais nacionais de se absterem de pronunciar-se em sentido contrário à decisão aprovada pela Comissão e mesmo evitar tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão<sup>178</sup>. Como já informado, a Comissão tem o maior interesse em aumentar a certeza jurídica dos operadores e para tanto se diz disposta a debater o caso, especialmente se relacionado a novas questões. Todavia, tal discussão se resumirá a fornecer uma análise jurídica em relação ao acordo e não tanto uma análise do fato em concreto. Tal previsão não é nova e também é oriunda dos reflexos do Caso Delimitis, de 1991. O sucesso dessa aplicação uniforme depende substancialmente da colaboração e da troca de informações, permitida com a série de instrumentos previstos no artigo 15.

O artigo 18 trata dos pedidos de informações. Este tema não comporta grandes alterações em relação ao sistema anterior. Eles continuam a poder ser respondidos por advogados e as empresas permanecem responsáveis pela veracidade das informações. A empresa continua a não poder recusar-se a prestar informações. As regras do artigo 18 regulam o processo da Comissão. O perante as autoridades nacionais é regido pelas regras nacionais.

Segundo o artigo 19, a Comissão pode ouvir qualquer pessoa, singular ou coletiva que a tal dê o seu consentimento, para efeitos da coleta de informações sobre o objeto de um inquérito<sup>179</sup>, bem como utilizar o depoimento como meio de prova.

Outras conseqüências do novo regulamento são vistas no artigo 21, em especial um alargamento das autorizações de execução da Comissão. Por exemplo, passa ela a ter poder de inspeção em residências privadas e não apenas no local da empresa, e segundo o artigo 19, como já visto, a Comissão pode ouvir qualquer pessoa, bem como utilizar o depoimento como meio de prova. Assim, outras instalações, terrenos ou meios de transporte, incluindo o domicílio dos dirigentes, dos administradores e de outros colaboradores das empresas ou associações de empresas em causa podem ser sujeitas à inspeção<sup>180</sup>. Como visto, trata-se de um alto poder de

---

<sup>178</sup> Mas e se mesmo assim os tribunais e autoridades tomarem decisões divergentes, quais seriam as conseqüências jurídicas, é pergunta que DERINGER faz, sem contudo encontrar respostas. DERINGER, A. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>179</sup> O inquérito constitui a principal e mais adequada ferramenta para uma investigação eficaz. DENIZARD, J.-P.; DELACROIX, C. *Op. cit.*, p. 558.

<sup>180</sup> Para mais observações sobre o eventual conflito desta norma com as constituições dos Estados-membros e com o artigo 8º. da Convenção europeia sobre os direitos do homem ver RINALDI, R. *Op. cit.*, p. 156 e COUMES, J.-M.; BROCHE, J. *Op. cit.*, p. 550-552. Evidente que as empresas consideraram que esta extensão de poder representava um atentado ao respeito da vida privada e não

investigação, reforçado no atual sistema pela previsão de visitas a domicílios, entre outras medidas, com o objetivo de reforçar a luta contra os cartéis. O aumento dos poderes de investigação envolve novidades como a faculdade de a Comissão colher declarações orais e de colocar lacres nos locais ou documentos profissionais durante a inspeção.

O artigo 22, com o objetivo de facilitar a descentralização, prevê a possibilidade de o Estado-membro desenvolver investigação no seu território em nome da Comissão e também introduz a possibilidade de a autoridade de um Estado-membro proceder investigação em nome de autoridade de outro Estado-membro, a fim de determinar a existência de uma infração ao Tratado.

O artigo 23 trata da temática das sanções. O atual regulamento não difere muito do anterior na política de aplicação. Aquele previa as multas por inobservância das normas procedimentais e por infrações substanciais<sup>181</sup>. Há uma mudança drástica, todavia, nos critérios de quantificação. No artigo 23, n. 1, são previstas multas de até um por cento do volume de negócios para os casos de inobservância das normas procedimentais. Para WEITBRECHT, esse novo critério representa um drástico aumento em relação ao anterior patamar<sup>182</sup> que girava entre cem e mil euros. Já o n. 2 manteve o patamar máximo de 10 por cento do respectivo volume de negócios total realizado no exercício para os casos de infrações aos artigos 81 e 82 do Tratado. Nesse artigo observa-se ainda uma segunda alteração. Assim, o n. 2 agrega ao elenco das infrações a inobservância de uma decisão tomada nos termos do artigo 8º., que ordene a adoção de medidas provisórias, e a inobservância de um compromisso tornado obrigatório por decisão nos termos do artigo 9º. E o n. 4 introduz uma nova disposição relativa à infração cometida por associação de empresas que se encontre em situação de insolvência. Neste caso, a associação é obrigada a apelar às contribuições dos seus membros para cobrir o montante da sanção. Trata-se do princípio da solidariedade da empresa associada.

O Regulamento trata, ainda, de uma série de normas em matéria de prescrição (artigos 25 e 26), revogação de regulamentos de isenção por categoria (artigo 29) e sobre disposições gerais, transitórias e modificativas (artigos 30 a 45). Em matéria de aplicação de sanções e de execução, a prescrição vem regulada nos artigos 25 e 26. O Regulamento estabelece um período prescricional de três anos para a infração relativa à obrigação de fornecer informações ou sobre a realização de inspeções e de cinco

---

vinha acompanhado de um aumento proporcional dos direitos de defesa. COUMES, J.-M.; BROCHE, J. *Op. cit.*, p. 551. Mas tal reforço foi tomado pelo fato de a Comissão supor que os documentos comprobatórios de uma prática ilegal raramente são arquivados em locais profissionais. Assim, uma limitação no poder de investigação comprometeria a reunião de provas para a existência de cartéis. DENIZARD e DELACROIX também chegaram a alegar que o reforço deste poder não corresponderia ao princípio de proteção dos direitos fundamentais, em especial da vida privada, já consagrado no artigo 8º. da Convenção europeia sobre os direitos do homem. DENIZARD, J.-P.; DELACROIX, C. *Op. cit.*, p. 554. Mas o Tribunal não vinha reconhecendo este princípio na década de 80. A única atenuação admitida por ele era a confidencialidade da correspondência entre a empresa e o seu advogado. DRUESNE, G. *Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe*, p. 5. Ver a evolução jurisprudencial em CRAIG, P.; de BÚRCA, G. *Op. cit.*, p. 332-337.

<sup>181</sup> O regime de aplicação de multas do Regulamento n. 17/62 pode ser consultado em ARHOLD, Christoph. *Das Geldbußenregime nach der Kartell-Verordnung: Leitlinien der Kommissionspraxis und deren Überprüfung durch das EuG*, p. 165-175.

<sup>182</sup> WEITBRECHT, A. *Op. cit.*, p. 71.

anos para outras violações. Igualmente em cinco anos prescreve a obrigação de pagar uma sanção, segundo o artigo 26.

Na questão das isenções por categoria, segundo o artigo 29, n. 1, a Comissão, agindo de ofício ou sob denúncia, pode revogar o benefício concedido quando verificar que, em determinada situação, um acordo, decisão ou prática concertada produzem efeitos incompatíveis com o Tratado. Ainda nesse aspecto, o artigo 29, n. 2, representa uma nova competência das autoridades nacionais. O poder de revogação, que consolida prática existente, é estendido às autoridades nacionais da concorrência. Elas podem revogar a aplicabilidade de um regulamento de isenção por categoria se um acordo abrangido por ele produzir efeitos incompatíveis com o Tratado no território de um Estado-membro ou numa parte desse território que apresente todas as características de um mercado geográfico distinto, revogação essa que valerá relativamente a esse território. Essa competência também é permitida à Comissão, mas nesse caso a retirada do benefício teria efeito no âmbito comunitário.

O artigo 34 tratava do regime transitório entre o velho e o novo sistema e determinava que os pedidos de isenção apresentados com fundamento no Regulamento n. 17/62 caducariam a partir da data de entrada em aplicação do novo. Diferente é o caso dos regulamentos de isenção de categorias, que podem ser mantidos e mesmo emitidos no âmbito do novo regime<sup>183</sup>. Inclusive, o âmbito de matérias nas quais a Comissão tem poderes para emitir regulamentos de isenção por categorias foi ampliado. A questão que permanece é a compatibilidade de regulamentos de isenção por categoria com um sistema de isenções legais.

De fato, a relação entre os antigos regulamentos de isenção por categorias e o novo regulamento não é livre de conflitos. Ele determina a aplicabilidade direta do artigo 81, n. 3. Só que esta determinação está fundada em um ato de direito secundário. O que acontece quando um antigo regulamento não isenta determinado acordo que o artigo 81, n. 3, agora diretamente aplicável, autorizaria? Vislumbram-se duas alternativas de resposta para essa questão. A primeira solução é entender os velhos regulamentos como leis especiais em relação ao artigo 81, n. 3. Isso significa que os velhos regulamentos de isenção por categoria contêm regras definitivas e fechadas que não deixariam margem para a aplicação do artigo 81, n. 3. Mas é possível pensar que um regulamento se sobreponha ao direito primário? Sim, pensar é possível, especialmente no caso em que a aplicabilidade direta deste direito primário é sustentada em ato do direito secundário, na hipótese concreta, em regulamento.

A segunda solução seria entender o artigo 81, n. 3, como uma cláusula geral. Neste caso, quando se notasse que um certo acordo não estaria permitido com base nos velhos regulamentos, perguntar-se-ia se o artigo 81, n. 3, permiti-lo-ia. Se sim, o acordo estaria permitido. Se não, estaria proibido. Os velhos regulamentos, nessa hipótese, não teriam mais necessidade de existir. Teriam, no caso de permitirem um acordo, uma função de esclarecimento às partes atingidas, já que são mais detalhados que o artigo 81, n. 3. Assim, quando a resposta dada pelo regulamento de isenção é pela compatibilidade do acordo, haveria uma certeza absoluta para as partes quanto à compatibilidade dele.

---

<sup>183</sup> BALLARINO, T. *Op. cit.*, p. 574.

Contra esta segunda solução há que a aplicação direta do artigo 81, n. 3, está fundada em direito secundário. E este não pode entrar em conflito com outra regra de direito secundário, no caso, os velhos regulamentos. Por isso, a solução parece começar a ficar complicada. Acontece que, mesmo que a regra de aplicação resida em direito secundário, a regra a ser aplicada é de direito primário. E quando este deva ser aplicado, ele tem preferência sobre o direito secundário, isto é, sobre os velhos regulamentos. Esta resposta também é válida para combater a primeira solução pensada.

Todavia, há outros problemas imagináveis. Um segundo pode se dar entre os regulamentos que a Comissão vier a adotar e a aplicabilidade direta indicada pelo novo regulamento. Há uma incompatibilidade entre o sistema de isenção legal e a ainda existente possibilidade de emissão de regulamento de isenção por categoria pela Comissão<sup>184</sup>. São duas fontes, que podem dar respostas diferentes a casos iguais, e mais, podem dar respostas diferentes em situações supervenientes. É o caso de um acordo ser compatível com o Tratado e vir a Comissão editar um regulamento que determina o contrário<sup>185</sup>. A hipótese é pouco provável de acontecer, mas está aberta com a manutenção da possibilidade de a Comissão adotar tais regulamentos.

Em um espaço em que uma norma já conta com aplicabilidade direta, não deveria poder surgir outra norma a disciplinar a mesma situação jurídica. Uma solução a esse caso igualmente conflituoso seria considerar os novos regulamentos somente como normas declaratórias. Mas isso se distancia da própria natureza dos regulamentos. Assim, considerar-se-á tais normas constitutivas. Se os novos regulamentos permitirem menos que o direito primário, haverá conflito, mas nada de extraordinário, pois a primazia do direito comunitário resolve a questão. Os problemas podem ocorrer se a norma constitutiva permitir mais que o direito primário. Nesse caso deverá ser cassada.

Ainda em sede de disposições transitórias, o artigo 35 tratava da designação das autoridades dos Estados-membros responsáveis em matéria da concorrência. Eles deviam eleger e conferir a uma autoridade a competência de aplicar plenamente os artigos 81 e 82 TCE. O conferimento era um pressuposto da aplicação eficaz do novo sistema descentralizado.

O artigo 43 referia-se às exceções à revogação do Regulamento n. 17/62 durante o período transitório. Assim, o caso do artigo 8º., n. 3, tratava da vigência e revogação das decisões de aplicação do artigo 81, n. 3, em especial dos poderes da Comissão para revogar ou alterar suas decisões ou proibir às partes determinados atos.

A possibilidade de que esse novo Regulamento sofra uma revisão fundada em proposta da Comissão ao Conselho é a previsão do artigo 44. Para tanto, no prazo de

---

<sup>184</sup> DERINGER não concorda que regulamentos de isenção por categorias sejam compatíveis com o sistema de isenções legais. Em um tal sistema, apenas diretrizes administrativas sem efeito vinculante poderiam ser tomadas. DERINGER, A. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>185</sup> Essa hipótese não é inafastável e os legisladores assim agem. Prova disso é o número de ações no Tribunal que envolvem a emissão de regulamentos e diretivas contrárias ao Tratado. Uma análise específica da limitação que estabelecem as liberdades de mercado do Tratado na atividade legislativa comunitária, tanto para garantir que o legislador não legisle para mais ou para menos do que dispõe o Tratado, pode ser acompanhada em SCHEFFER, Urban. *Die Marktfreiheiten des EG-Vertrages als Ermessensgrenze des Gemeinschaftsgesetzgebers*, 220 p.

cinco anos após a sua entrada em vigor, que ocorreu em 1º de maio de 2004, a Comissão deve apresentar um relatório sobre a sua aplicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho.

### 2.1.d) Contribuições da reforma

Inúmeras são as contribuições trazidas com a reforma apresentada, não só para a própria Comunidade. Poucas, todavia, podem ser tratadas em sede de conclusão. Por tal, se faz necessário escolher as quatro que tenham mais relação com os objetivos principais deste estudo. A primeira que necessita ser aprofundada é a contribuição do princípio desalojador fático na europeização dos direitos, em especial na do que regula a liberdade de concorrência. Na seqüência, observa-se uma outra contribuição fundamental para a confirmação de um outro objetivo, defendido no capítulo anterior, qual seja o de caracterizar a liberdade de concorrência como a quinta liberdade econômica fundamental. A extensão da aplicabilidade direta das normas da concorrência teria como efeito alinhar mais ainda as regras da concorrência com as regras das liberdades fundamentais. Duas outras contribuições possuem especial interesse para o Mercosul. A maior participação e engajamento das instâncias nacionais nos objetivos do processo de integração auxiliam em especial a manutenção e o funcionamento do mercado interno. Por fim, a extensão da aplicabilidade direta das normas da liberdade de concorrência teria como efeito promover uma descentralização da sua aplicação. Uma descentralização na aplicação das normas também é prevista para o Mercosul, a qual, ocorrida na Comunidade, pode estar servindo para avaliar o sistema escolhido por esse processo de integração.

#### 1. O princípio desalojador fático e a europeização do direito da concorrência

O artigo 3º do Regulamento consolidou o deslocamento fático das normas nacionais. Em verdade, uma das maiores conseqüências do novo Regulamento, não tanto material, mas mais principiológica, é o incremento determinado por ele ao chamado processo de europeização (*Europäisierung*).

Diversas alternativas podem ser escolhidas para disciplinar a relação entre os direitos nacionais e o comunitário. O agravamento do processo de europeização faz com que o tema retorne à cena. Poder-se-á substituir totalmente as legislações nacionais, harmonizá-las conforme uma concepção comum, poderão coexistir de forma que uma não interfira na outra e, finalmente, ser estabelecidas apenas algumas relações e ajustes através da coordenação entre as ordens, como lembra SILVEIRA<sup>186</sup>. A Comunidade sempre pareceu ter optado pela forma da coexistência, mas esta foi abalada pelo princípio da primazia já bem cedo na história e mais ainda agora com o considerado efeito desalojador fático, isto é, a Comunidade respeita a coexistência, mas de fato afasta a aplicação da norma nacional da concorrência, como se verá.

Impossível é afastar-se do estudo mais detido da relação entre os direitos nacionais e o comunitário da concorrência. O direito comunitário só é aplicado quando há afetação do comércio entre os Estados-membros. De um modo geral, todo o comportamento que afeta o comércio intra-comunitário acarreta alterações em pelo

---

<sup>186</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, p. 97.

menos um Estado-membro. Com isso, torna-se um problema saber se deverá ser aplicado o direito nacional ou o comunitário frente a uma tal situação, ou ainda se ambos deverão ser aplicados cumulativamente.

A presença de normas comunitárias não indica a erradicação da faculdade soberana que os Estados-membros possuem de regular o funcionamento da concorrência no mercado interno ou nacional<sup>187</sup> ou na sua relação com terceiros Estados. Por isso, uma coexistência de normas aplicáveis é possível. Um mesmo comportamento colusório pode ter efeitos comunitários e nacionais.

Após grande discussão, duas doutrinas passaram a cuidar da questão<sup>188</sup>. Segundo a da barreira dupla, não ocorre qualquer conflito entre os direitos, pois as ordens tutelam interesses distintos. O comportamento deverá estar em conformidade com as duas ordens. Se o comportamento se estender a mais de um Estado, haveria barreiras múltiplas. Segundo a doutrina da barreira única, somente o direito comunitário seria empregado e com isso a aplicação dos direitos nacionais restava excluída. Por outro lado, foi defendida a aplicação simultânea ou cumulativa de ambos ordenamentos.

Os parâmetros gerais dessa convivência foram estabelecidos no Caso *Walt Wilhelm*<sup>189</sup>. Nele o Tribunal admitiu aplicar a legislação nacional e a comunitária para acordo que infringisse ambos os ordenamentos jurídicos, isto é, não excluiu a possibilidade de aplicação paralela dos direitos, podendo a mesma empresa ser objeto de dois procedimentos simultâneos<sup>190</sup>. Assim, o problema principal reside nos casos onde a regra nacional e a comunitária são aplicáveis, hipótese em que haveria uma relação de concorrência. Presente essa relação paralela, a eficiência e o efeito único da consequência jurídica na Comunidade como um todo não devem ser afetados<sup>191</sup>.

Sustentou o Tribunal que era impossível tentar delimitar o âmbito de aplicação da norma comunitária com base no critério de afetação do comércio entre os Estados-membros e excluir o direito dos Estados-membros. Para a solução dos conflitos, juntou o Tribunal princípios que já haviam sido anteriormente formulados, como o da supremacia do direito comunitário e o efeito útil dos artigos 81 e 82 TCE.

---

<sup>187</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 109.

<sup>188</sup> Para maiores informações ver ZULEEG, Manfred. *Der Rang des europäischen im Verhältnis zum nationalen Wettbewerbsrecht*, p. 123-134; MARKERT, Kurt. *Some legal and administrative problems of the co-existence of community and national competition law in the EEC*, p. 92-104; KLAUE, Siegfried. *Einige Bemerkungen über die Zukunft der Zweischrankentheorie*. In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 979-987; SCHWARZE, Jürgen. *Die Auswirkungen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Kartell- und Wettbewerbsrecht*, p. 57-64; BUNTE, H.-J. *Das Verhältnis von deutschem zu europäischem Kartellrecht*, p. 7-21 e WOLF, Dieter. *Zum Verhältnis von europäischem und deutschem Wettbewerbsrecht*, p. 233-238.

<sup>189</sup> Caso *Walt Wilhelm*, EuGH, Slg. 1969, p. 1.

<sup>190</sup> Os dois procedimentos podem conduzir à imposição de uma dupla sanção, apesar de baseadas em legislações diferentes. Nem por isso se estaria perante um *non bis in idem*, mas sim perante a exigência legal de equidade que estabelece que a Comissão, ao fixar o montante da multa, deverá ter em atenção as sanções já suportadas pelo mesmo agente. ALVES, J. de J. F. *Op. cit.*, p. 297 e CAMPELLO, D. *Op. cit.*, p. 256.

<sup>191</sup> FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 96.



Todavia, o Tribunal observou reservas ao dizer que a aplicação do direito nacional não pode pôr em causa a aplicação plena e uniforme do direito comunitário e a eficácia dos atos de execução do mesmo, isto é, ele reconheceu o primado do direito comunitário da concorrência em caso de conflito com as disposições dos Estados-membros. Então é possível concluir que o Tribunal é adepto da teoria da dupla barreira, mas reconhece o primado do direito comunitário.

A solução enseja as seguintes hipóteses: i) o acordo é proibido pelos artigos 81 e 82 TCE. Aplicar-se-á o direito comunitário, inobstante toda disposição ou autorização contrária contida no direito nacional. Isso não exclui a aplicação concorrente de uma proibição prevista no direito nacional, no mesmo sentido do direito comunitário; ii) o acordo não entra no espectro do direito comunitário e por tal não é proibido por ele. Esse caso não diz respeito a uma aplicação concorrente e é empregado a ele somente o direito nacional; iii) o acordo é contrário ao artigo 81, n. 1, mas se beneficia da isenção do n. 3 do mesmo artigo. Essa é a situação mais complexa e controversa. O direito nacional não pode afrontar a isenção, por exemplo, constada de um regulamento de isenção por categoria; e iv) o acordo é contrário ao artigo 81, n. 1, mas suscetível de se beneficiar de uma isenção segundo o n. 3 do mesmo artigo. Isto é, um procedimento nacional observa uma possibilidade de isenção. Esta hipótese foi profundamente alterada com a reforma da aplicação dos artigos 81 e 82 TCE. Antigamente, esse caso ensejava duas soluções, quais sejam a suspensão do procedimento nacional e aguardo da decisão da Comissão ou promoção de uma consulta à Comissão antes da adoção da medida nacional<sup>192</sup>. Atualmente, com a aplicabilidade direta também do artigo 81, n. 3, a autoridade nacional deve decidir.

Então, em função da preferência do direito comunitário sobre o nacional, KOENIG e HARATSCH afirmam que “Um comportamento proibido segundo os artigos 81 e 82 TCE não pode ser legalizado por outro ato soberano nacional. Caso um comportamento não infrinja os artigos 81 e 82 TCE, o Estado é livre para adotar uma proibição segundo o direito da concorrência nacional. Para isso devem, evidentemente, observar as liberdades fundamentais”<sup>193</sup>. Seguem os autores dizendo que “Caso seja um projeto explicitamente isentado, segundo a disciplina do artigo 81, n. 3, então não é mais possível recair sobre ele uma proibição de acordo com normas nacionais. Tal decisão de isenção deve não somente, sem hesitação, atestar a compatibilidade, mas contém um conteúdo normativo (*Regelungsgehalt*) positivo, que atesta a utilidade (*Förderlichkeit*) para um harmônico desenvolvimento da concorrência no mercado comum; e a isto se opõe uma proibição de um Estado-membro”<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> VAN BAEL, I.; BELLIS, J.-F. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>193</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 321.

<sup>194</sup> *Idem, ibidem*. Contudo, vale tentar discordar da hipótese em que um comportamento compatível com os artigos 81 e 82 TCE possa vir a ser proibido segundo a legislação nacional, desde que não intervenha uma isenção explícita. Ocorre que uma declaração de isenção apenas vinha atestar que tal comportamento não atingia o mercado comum. Mas isso não significava que ele não atingisse o mercado nacional. A síntese da contrariedade reside no fato de que se não houvesse declaração de isenção, podia ser proibido pelo regulamento nacional e, caso houvesse, não. Uma existente liberação queria dizer que o comportamento caiu sobre a esfera da regra, e foi liberado posteriormente, segundo as isenções então previstas pela própria regra comunitária. Isto é, o procedimento prejudicou o mercado comum, e prejudicaria mais ainda o mercado nacional. Mas justamente nesta hipótese o ordenamento nacional é amarrado, contido. Ou é mesmo de se pensar que a regra da isenção da proibição era mais forte que a regra da não-existência de compatibilidade, na qual o Estado poderia proibir o

Enfim, os artigos 81 e 82 TCE constituem direitos de aplicabilidade direta. Não obstante, as regras nacionais de proteção da concorrência encontram aplicabilidade em paralelo. O direito comunitário não possui, então, uma pretensão de exclusividade<sup>195</sup>. Essa coexistência da legislação comunitária e das legislações nacionais gera conflitos de aplicação. Ademais, a legislação comunitária da concorrência pode ser aplicada por autoridades nacionais e comunitárias<sup>196</sup>. Se as decisões referentes ao primeiro conflito forem no mesmo sentido, isto é, a aplicação da norma nacional e da norma comunitária ao mesmo caso, independentemente por quem foi aplicada, tiverem o mesmo resultado, não há problemas de maiores ordens. Se forem divergentes, deve ser invocado o princípio da primazia do direito comunitário.

Essa discussão de aplicação paralela de duas ordens parece, atualmente, estar sendo relativizada. Retomando o assunto inicial, o caso da Alemanha<sup>197</sup> é bem elucidativo para uma exemplificação do acirramento de um processo de europeização. As reformas da 6. GWB-Novelle previam uma uniformização da lei dos cartéis alemã ao modelo europeu, baseada na idéia de mercado interno, e executada através de uma adaptação<sup>198</sup>.

MÖSCHEL, que via por detrás da idéia a concepção de um direito mundial dos cartéis, tinha ela por não totalmente livre de ingenuidade. Como real fundamento da reforma pretendida estava a diminuição do nível de proteção do direito alemão

---

comportamento? Sim, isto é o que se entende por primazia do ordenamento comunitário. No caso, primazia da isenção por ele prevista. Ver o tema em REHBINDER, Eckard. Der Vorrang des EG-Kartellrechts vor nationalem Kartellrecht bei Freistellung: Dogmatische Konstruktion, Sachargumente und politische Interessen. In: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag*, p. 711-724.

<sup>195</sup> FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 95.

<sup>196</sup> Para CUNHA, está-se presente a uma tripla possibilidade de aplicação que pode gerar conflitos de duas ordens, seja entre a lei comunitária e as nacionais, seja entre os diversos órgãos de aplicação. CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>197</sup> O Tratado de Roma e a Lei alemã contra as limitações à concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung*) entraram em vigor no mesmo dia, qual seja 1º. de janeiro de 1958. Influências no Tratado do então projeto de lei alemão contra as restrições da concorrência, que veio a ser votado após a assinatura daquele, eram devidas ao fato de ser a Alemanha o único dos seis Estados-membros fundadores que tinha uma legislação completa e sistemática de defesa da concorrência. CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 66. Influências de teorias alemãs admitidas pela Lei Fundamental no Tratado, como a Ordoliberal, podem ser conhecidas em DREXL, Josef. *Wettbewerbsverfassung: Europäisches Wettbewerbsrecht als materielles Verfassungsrecht*. In: von BOGDANDY, Armin (Hrsg.). *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, p. 767-768. As influências podem ser sentidas especialmente no não-alinhamento com a sistemática norte-americana do Sherman Act, uma vez que a Comunidade também optou por filiar-se à teoria do abuso. Posteriormente, as influências alemãs continuaram a ser sentidas. Empresas desta nacionalidade foram levadas e levaram outras ao Tribunal e os julgados desses casos são o cerne da jurisprudência sobre concorrência. Esta jurisprudência definiu conceitos e interpretou o Tratado, completando-o nos pontos lacunosos. Atualmente as influências são em sentido contrário, como aqui apresentado.

<sup>198</sup> MÖSCHEL, W. Kartellrecht in der Reform. In: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag*, p. 675. Na doutrina estrangeira, um panorama das anteriores reformas pode ser visto em GIUDICI, Giuseppe. *Alcune nota sulla storia del diritto antitrust in Germania*, p. 1191-1198.

com uma harmonização dos ordenamentos para poder possibilitar a eliminação da discriminação com que eram tratadas as empresas submetidas à lei alemã<sup>199</sup>.

Uma futura reforma alemã através da 6. GWB-Novelle também foi comentada por DREHER. Naquele momento, a Alemanha já tinha sofrido cinco grandes reformas que reforçaram gravemente os mecanismos de fiscalização. A Comunidade, por outro lado, só tinha tido uma reforma fundamental, advinda com o surgimento do regulamento de controle das operações de concentrações de empresas, muito embora não fosse desconhecido o papel dos demais instrumentos do direito secundário nesse desenvolvimento. A questão era, então, se nova reforma deveria manter um caminho particular ou orientar-se no sentido das modificações comunitárias<sup>200</sup>.

A primeira observação para a resposta considera o fato de que as regras nacionais de concorrência refletem as diferentes condições dos mercados nacionais, bem como as tradições político-concorrenciais, e esta diferença ocasiona uma concorrência das regras da concorrência (*Wettbewerb der Wettbewerbsordnungen*)<sup>201</sup>. Uma diferença entre as então 15 legislações não permitiria o desenvolvimento de um mercado comum com concorrência não-falseada e se a Lei alemã contra limitações à concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB*) optasse por manter um caminho particular diferenciado, continuariam a ser proibidos comportamentos sob sua vigência que seriam aprovados à luz do direito comunitário e vice-versa. Assim, em função da tarefa de criação de um mercado comum, havia se tornado obrigatória uma eliminação das diferenças e uma orientação da Lei ao direito comunitário da concorrência<sup>202</sup>, bem como dos demais ordenamentos.

Uma das alternativas a esse objetivo seria a denominada harmonização (vinda) de baixo (*Harmonisierung von unten, Autoharmonisation, harmonization from*

---

<sup>199</sup> À época, o autor desconsiderava o modelo europeu como modelo de referência para uma uniformização devido a três motivos, quais sejam, demasiado déficit e obscuridade, constante alteração do direito, o que não o permitia ser tido como ponto de orientação, e o fato de ser fundado numa diferente filosofia do trato da matéria. A Alemanha tinha a concepção ordoliberal do pós-guerra, baseada na defesa das liberdades de comércio individuais, e na concepção européia a concorrência seria um mero instrumento junto a um maço (*Bündel*) de complexos objetivos e meios de realização. Ademais, para ele, uma harmonização efetiva também não seria atingível, já que não se contava com outros fatores, como a cooperação dos Estados-membros e o desenvolvimento de uma identidade fática, bem como não via indícios de que as empresas alemãs eram vítimas de um direito mais rigoroso. Por fim, levando em consideração as carências da lei européia como modelo a servir e o fato de não identificar indícios de um tratamento discriminatório pela legislação alemã, demonstrava MÖSCHEL indiretamente ser contra uma tal reforma na Alemanha. MÖSCHEL, W. *Op. cit.*, p. 677-678. DREHER discute se a regra alemã é mesmo mais severa. Junta muitos exemplos do direito comunitário nos quais vê uma maior rigorosidade que no direito alemão. Observa também que “O direito dos cartéis não deve (...) ser estático, que não permita o retrocesso de um patamar rigoroso atingido, mas apenas permita regras mais rígidas”. DREHER, Meinrad. *Das deutsche Kartellrecht vor der Europäisierung: Überlegungen zur 6. GWB-Novelle*, p. 885.

<sup>200</sup> *Idem*, p. 881.

<sup>201</sup> *Idem*, p. 882. Vale observar que este argumento também serve para rejeitar uma europeização, pois uma tal concorrência seria válida para o próprio desenvolvimento do direito. REICH, Norbert. *Competition between legal orders: a new paradigm of EC law?*, p. 861-896. Sobre outras afetações vindas com as reformas ao desenvolvimento de novas soluções jurídicas ver KIRCHNER, C. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>202</sup> DREHER, M. *Op. cit.*, p. 883.

*below*)<sup>203</sup>. Ela permitiria considerar particularidades nacionais e obter uma certa unidade do direito dos cartéis<sup>204</sup>. Isso posto, em solução intermediária à questão, afirma DREHER que “As idéias de mercado comum e de concorrência de regras de concorrência não são compatíveis”<sup>205</sup>. Por isso ele via a necessidade de uma europeização da GWB.

A segunda linha de argumentação do autor considera o princípio da subsidiariedade. A questão era saber se a Comunidade poderia harmonizar o direito da concorrência frente ao novo princípio. Segundo ele, sim. A prova era o exemplo de vários outros Estados que haviam europeizado as suas leis de concorrência<sup>206</sup>.

A terceira discussão era se a europeização deveria ser total ou parcial. Para tanto, DREHER observava dois tópicos. O primeiro é que o direito comunitário não é um maravilhoso ideal, nem um inquestionável dogma, mas tão somente um modelo de referência<sup>207</sup>. O segundo é que as particularidades econômicas ou jurídicas existentes nos direitos nacionais e as diferenças vindas com o desenvolvimento histórico que se diferenciem do direito comunitário devem poder permanecer. Por tal motivo ele não dispensava a idéia de uma adaptação parcial do direito alemão e dos outros que deixasse espaço para as particularidades nacionais. A fórmula para a GWB era: “Distanciamento quando necessário; adaptação no resto”<sup>208</sup>. A isto estava servindo a harmonização vinda de baixo, já vista em outros países.

A conclusão de DREHER foi que o direito alemão necessitava de uma europeização. Todavia, a proposta era uma adaptação parcial (*Teiladaptation*)<sup>209</sup> com a manutenção das particularidades nacionais, o que poderia ser feita com a harmonização vinda de baixo, isto é, com a promoção de uma análise passo-a-passo da lei.

Tal europeização, fundada numa adaptação da lei da concorrência com a comunitária, era exigida pelas empresas e pela federação das indústrias<sup>210</sup>. O ministério da economia até formou um grupo de trabalho<sup>211</sup>. A autoridade nacional, por outro lado, era cética<sup>212</sup>. O objetivo era a substituição de uma ordem rígida por

---

<sup>203</sup> Um amplo conhecimento deste processo, fundado em exemplos do direito europeu, pode ser obtido em WILL, Michael R. *Autonome Rechtsangleichung in Europa*. In: SCHWIND, Fritz (HRSG.). *Österreichs Weg in die EG: Beiträge zur europäischen Rechtsentwicklung*, p. 53-109.

<sup>204</sup> DREHER, M. *Op. cit.*, p. 884-885.

<sup>205</sup> *Idem*, p. 886.

<sup>206</sup> *Idem, ibidem*. Ver os casos em PASSOS, F. *Op. cit.*, p. 27-28. Mais sobre a relação do princípio citado com as questões de concorrência pode ser visto em GROGER, T.; JANICKI, T. *Op. cit.*, p. 993-994.

<sup>207</sup> DREHER, ao discutir a propriedade do direito comunitário da concorrência como modelo de referência, coloca que tal direito abrange praticamente todos os elementos estruturais de um regamento de concorrência e que muitos Estados não possuem uma tão ampla estrutura. Isso impossibilitaria uma recepção no direito nacional do direito comunitário. Ainda, que uma harmonização partindo de baixo permitiria a verificação dos déficits do direito comunitário em relação aos nacionais. DREHER, M. *Op. cit.*, p. 889-890.

<sup>208</sup> *Idem*, p. 890.

<sup>209</sup> *Idem*, p. 907.

<sup>210</sup> *Idem*, p. 885.

<sup>211</sup> MÖSCHEL, Wernhard. *Reform des europäischen und des deutschen Kartellrechts*, p. 253.

<sup>212</sup> HEIDENHAIN, Martin. *Europäisierung des deutschen Kartellrechts?*, p. 225.

uma ordem menos rígida<sup>213</sup>. A pergunta central da discussão era se podiam permanecer uma ao lado da outra duas ordens jurídicas, que invariavelmente abrangem a mesma empresa, o mesmo mercado e a mesma transação, se elas prevêem diferentes processos, diferentes medidas a aplicar e diferentes proteções jurídicas a garantir, conforme HEIDENHAIN. Ainda, ao que poderia o direito alemão sobretudo se opor, bem como se valia a pena tal briga<sup>214</sup>.

O autor observa que os desenvolvimentos do direito europeu vinham tirando, desde muito, a mobilidade do direito alemão. Entre aqueles, são apontados os regulamentos de isenção por categorias cada vez mais abrangentes, que o direito alemão não podia ignorar<sup>215</sup>, a aplicação e o desenvolvimento que recebeu a matéria de controle das concentrações de empresas, o que promoveu influências no direito alemão, o extraordinário esforço da Comissão na ampliação da transparência de sua atividade, com informes e publicações de todos os atos, e, por fim, o fato de que o nível de proteção jurídica, garantido pelo Tribunal, se tornou significativo e foram afirmados padrões, dos quais não era mais permitido o direito alemão se afastar.

Por tudo isso, HEIDENHAIN demonstrava seu desconforto com a manutenção em nível nacional de medidas mais fortes que permitissem que as empresas grandes que agem globalmente firmassem acordos transfronteiriços sob a égide de um direito comunitário, e pequenas empresas que se submetem a um direito nacional mais rígido fossem penalizadas, isto é, questionava o porquê da manutenção de uma discriminação interna. Em indubitável posição final, assevera que não via “bem, qual parte do direito dos cartéis alemão pode ser defendida contra uma europeização. A europeização parece inevitável”<sup>216</sup>.

Com efeito, mesmo ante as considerações contrárias vistas no início dessa reflexão, a 6. GWB-Novelle, de 1º. de janeiro de 1999<sup>217</sup>, ocorreu e aproximou efetivamente em âmbitos centrais o direito alemão do direito comunitário da concorrência, especialmente em proibições de cartéis e controle de fusões.

Não só o caso alemão pode ser citado, mas é vista uma verdadeira influência da legislação comunitária da concorrência nas nacionais e mesmo na criação de direitos. De praticamente apenas um Estado a ter regras (Alemanha), hoje, na Comunidade Européia, todos os Estados têm regras e autoridades<sup>218</sup>. A disseminação da idéia nos países que não tinham leis<sup>219</sup>, primeiro fenômeno, agora se transferiu aos que pensam em reformas, como a Alemanha atualmente.

---

<sup>213</sup> DREHER, M. *Op. cit.*, p. 885.

<sup>214</sup> HEIDENHAIN, M. *Op. cit.*, p. 225.

<sup>215</sup> Ver esta discussão também em REHBINDER, E. *Op. cit.*, p. 711-724.

<sup>216</sup> HEIDENHAIN, M. *Op. cit.*, p. 225.

<sup>217</sup> A 6. GWB-Novelle foi publicada no dia 26 de agosto de 1998 (Bundesgesetzblatt I 1998 p. 2546) e entrou em vigor no dia 1º. de janeiro de 1999. Desde então a lei sofreu mais dez mudanças menores. Na doutrina estrangeira, um panorama das alterações pode ser acompanhado em GASSNER, Ulrich M. *L'europeizzazione del Kartellrecht tedesco*, p. 1199-1218.

<sup>218</sup> EHLERMANN, C.-D. *Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt*, p. 794.

<sup>219</sup> EHLERMANN, C.-D. *The contribution of EC competition policy to the single market*, p. 258. Na última década também particularmente ocorrida nos países em desenvolvimento. OLIVEIRA, Gesner. *Competition policy in Brazil and Mercosur: aspects of the recent experience*, p. 465.

Em verdade, muitos outros Estados reformaram o seu direito da concorrência inspirados no direito comunitário, o que faz, inclusive, a doutrina questionar o porquê do esforço de adaptação, se uma lei única poderia ser melhor<sup>220</sup>. Esse processo de harmonização vinda de baixo promoveu uma pré-concepção mais orientada ao direito comunitário por parte dos tribunais nacionais<sup>221</sup>. Nesse sentido, DENIZARD e DELACROIX, para quem “a maior parte das legislações nacionais em matéria de concorrência foram recentemente modernizadas para levar em conta a evolução das teorias econômicas e a jurisprudência comunitária”<sup>222</sup>. A influência da legislação comunitária para tanto foi, pois, considerável<sup>223</sup>.

Uma variante desse processo pode ser observada na lei italiana da concorrência, de n. 287/1990<sup>224</sup>. Ela possui uma cláusula expressa de preferência comunitária (*Euro-Vorrangklausel*), segundo a qual as determinações da lei nacional só possuem aplicação nos casos que não caem sob as normas comunitárias<sup>225</sup>. Assim também acontece com a interpretação da lei nacional, pois as suas determinações devem ser interpretadas segundo os princípios das regras comunitárias<sup>226</sup>. Como será visto, não era de se esperar que um regulamento pudesse retirar a vigência efetiva de uma norma nacional, e não apenas de forma fática, que é o resultado da reforma, mas nada impede que uma lei nacional declare uma competência negativa, como se vê no caso italiano.

As alterações dos direitos nacionais não cessaram. Mesmo antes da entrada em vigor do novo Regulamento com suas alterações radicais, várias modificações eram propostas e esperadas naqueles espaços. Segue a Alemanha a ser um exemplo nesse sentido.

WEITBRECHT propõe para a Alemanha uma 7. *GWB-Novelle*, cujo tema principal seria a harmonização entre os direitos, mormente perante o reforçado efeito desalojador fático da aplicabilidade direta de todo o artigo 81 TCE no direito nacional, agora claramente visto no artigo 3º. do Regulamento, na época influenciado

---

<sup>220</sup> PASSOS, F. *Op. cit.*, p. 27-28.

<sup>221</sup> BEHRENS, P. *Op. cit.*, p. 99.

<sup>222</sup> DENIZARD, J.-P.; DELACROIX, C. *Op. cit.*, p. 548.

<sup>223</sup> Além de citar o caso alemão, PASSOS trata não só de uma criação de leis, mas de uma aproximação das leis nacionais à comunitária em países como Áustria, Irlanda e Holanda. PASSOS, F. *Op. cit.*, p. 27-28. A influência da legislação comunitária da concorrência nas legislações nacionais pode ser vista de forma mais ampla em SCHRÖTER que, a par de citar elas uma a uma, promove uma comparação dos seus dispositivos. O autor agrega algumas observações fundadas na tradição jurídica dos países e nas diferentes prioridades industriais, estruturais e concorrenciais de cada um. As influências do artigo 81 podem ser vistas em SCHRÖTER, Helmuth. *Einführung Artikel 85. In: von der GROEBEN, Hans; THIESING, Jochen; EHLERMANN, Claus-Dieter. Kommentar zum EU-/EG- Vertrag: Artikel 85-87 EGV*, p. 129-135, e as do artigo 82 em SCHRÖTER, H. *Artikel 86. In: von der GROEBEN, Hans; THIESING, Jochen; EHLERMANN, Claus-Dieter. Kommentar zum EU-/EG- Vertrag: Artikel 85-87 EGV*, p. 732-900.

<sup>224</sup> O texto está publicado na *Rivista delle Società*, Milano, Giuffrè, a. 35, 1990, p. 1306-1320.

<sup>225</sup> WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A. *Op. cit.*, p. 147; SIRAGUSA, Mario; SFORZOLINI, Giuseppe Scassellati. *Il diritto della concorrenza italiano e comunitario: un nuovo rapporto*, p. 250-272 e SPOLIDORO, Marco S. *La disciplina antitrust in Italia*, p. 1292-1306.

<sup>226</sup> Ver mais sobre a obrigação de interpretar a norma antitrust nacional com base no princípio comunitário em RINALDI, R. *Op. cit.*, p. 150. Uma transposição de tais regras nas reformas alemãs foi pensada. Mas fraquezas em relação a tais cláusulas, especialmente perante o princípio da primazia do direito comunitário, que há muito já disciplinava tal resultado prático, bem como outros motivos para a sua não-aceitação nas reformas, foram apontados por DREHER. DREHER, M. *Op. cit.*, p. 891-893.

por decisões jurisprudenciais, e perante as conseqüências jurídicas que a autoridade nacional (no caso o *Bundeskartellamt*) pode impor contra infrações ao artigo 81 e 82. O atual sistema alemão de multas diferencia-se do comunitário, por exemplo<sup>227</sup>. Para o autor, uma tal adaptação traria duas vantagens. A primeira seria que um acordo poderia ser tratado sem envolver a observação da cláusula da interestatalidade, pois as normas a aplicar seriam idênticas. A segunda, mais drástica, é que nem seria mais necessário manter um direito material próprio a ser aplicado e interpretado por autoridades e tribunais nacionais para os poucos casos que não caíssem na esfera do direito comunitário. Isso também corresponderia a uma razoável alocação de recursos<sup>228</sup>.

A idéia é arrojada, mas requer interpretação. Se for analisada literalmente, vê-se que WEITBRECHT propõe a eliminação dos direitos nacionais. Isso não é possível<sup>229</sup>. Então, deduz-se que o que o autor quis propor foi a eliminação dos direitos nacionais divergentes e sua troca por um direito material adaptado ao direito material comunitário.

No caso do Mercosul, uma idéia como essa, induzida pelos pensamentos a respeito de europeização das normas, antes já pela jurisprudência e mais ainda agora decorrentes do efeito desalojador fático aqui analisado, traria outras reflexões, especialmente perante a ausência de um direito da concorrência no Paraguai e um desenvolvimento dele no Uruguai. Se eles tivessem um direito, por óbvio se mantido o ideal integracionista, futuramente deveriam sofrer todo este processo vivido pela Comunidade Européia<sup>230</sup>. Ao não disporem, o processo seria facilitado<sup>231</sup>. Uma idéia assim, do ponto de vista das relações diplomáticas, talvez nem possa ser defensável. Assim ocorreu com os Estados-membros que não tinham leis. Ao lançarem as suas, elas já vieram mais adaptadas ao ordenamento europeu do que as que já existiam<sup>232</sup>. Mas há competência no Mercosul para emitir uma regra abrangente? Não, é a resposta que neste momento do estudo deve ser oferecida. Mais idéias sobre legislações integracionistas que venham suprir a carência de legislações nacionais, ainda que em um processo de marcada característica intergovernamental, serão vistas no capítulo que segue. É sempre possível se pensar em um tratado à luz do direito internacional público que venha a determinar a aplicação de um direito integracionista da concorrência, no caso o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, diretamente em todos os Estados-partes e em todas as situações nacionais também. É o que ocorre na Comunidade, de forma fática, através de um regulamento. Com esse

---

<sup>227</sup> Outras não desapercebidas diferenças entre estes sistemas, especialmente relacionadas à proibição de cartéis, exceções de proibições, abrangência de acordos verticais, controle de poder dominante, âmbitos excepcionados da aplicação das regras e controle de fusões, bem como com o direito processual, podem ser vistas em DREHER, M. *Op. cit.*, p. 897-907.

<sup>228</sup> WEITBRECHT, A. *To Harmonize or Not to Harmonize: Zur Diskussion um die 7. GWB-Novelle*, p. 449 e WEITBRECHT, A. *Das neue EG-Kartellverfahrensrecht*, p. 73.

<sup>229</sup> Ainda que PASSOS não veja como proibida a aplicação da norma comunitária internamente. Mas parece estar referindo-se aos acordos internos que interferem o mercado comunitário. PASSOS, F. *Op. cit.*, p. 28.

<sup>230</sup> A opção por uma lei única para evitar os esforços de adaptação até mesmo para a Comunidade foi sugerida em PASSOS. *Idem*, p. 27-28.

<sup>231</sup> Até mesmo para a Comunidade PASSOS chega a propor regras comuns para a concorrência. Segundo ele, uma lei única, pensa-se que no modelo da comunitária, poderia muito bem ser adotada para atos internos. *Idem*, p. 27.

<sup>232</sup> MÖSCHEL, W. *Op. cit.*, p. 253 e PASSOS, F. *Op. cit.*, p. 27-28.

raciocínio, por exemplo, o Paraguai poderia continuar sem uma regra, à espera de uma regulamentação do Mercosul aplicável aos seus casos.

Mas, em realidade, o que significa europeização do direito dos cartéis, se eles têm âmbitos de aplicação diferentes? Da ótica da lei, o âmbito de aplicação de uma norma define se ela pode ser usada para solucionar um certo caso, isto é, a pergunta é se uma determinada lei está aberta para receber um determinado caso. Uma lei pode ser aplicada uma única vez a um mesmo caso. Já da ótica do caso, pode ocorrer que um único implique em afetação a mais leis. Visto por outro lado, é como se um único caso encontrasse no mínimo duas leis com portas abertas para recebê-lo. Assim quando um caso, por exemplo, afetasse a lei de concorrência desleal e a lei de controle de fusões. Se ambas fossem comunitárias, ou nacionais, praticamente não haveria problemas de aplicação paralela. Mas há outras possibilidades de reflexão quanto ao fato de duas leis serem violadas. A hipótese que se levanta é a da infração a duas leis que possuam âmbitos territoriais de aplicação diferentes. Esta é a situação que gera o problema mais grave. Assim acontece com a aplicação das leis nacionais e as leis comunitárias da concorrência, já referida.

Ante as novas situações trazidas pela reforma, seria possível pensar numa aplicação primeiro da regra comunitária e numa desconsideração posterior da regra nacional. Ocorre que quanto à parte nacional do caso, isto é, a que cai sob a esfera da lei nacional, isso não pode ser feito. O direito comunitário não pode simplesmente proibir ou impedir a aplicação da lei nacional. Pode, sim, ensejar interpretação conforme, aplicação primaz, etc. Não há como negligenciar aquela lei<sup>233</sup>. O direito comunitário não pode fazer com que o juiz nacional simplesmente deixe de aplicar uma lei<sup>234</sup>.

Talvez para uma melhor compreensão do conflito seja necessário promover uma inversão dos fatores. Não se está falando da situação em que uma lei tenha um ou vários casos. Mas sim da situação em que um caso tenha duas normas a serem aplicadas, e que cada uma dessas normas tenha um âmbito de aplicação diferente, mas que atinja o mesmo e único caso.

Por isso que o artigo 3º. do novo regulamento fala comedidamente (pois o efeito fático apontado é outro) em igualmente aplicar o direito comunitário, como já visto em análise particular. A solução dada pelo novo regulamento é a da aplicação paralela das leis a casos que entrem na esfera de aplicação do direito comunitário da concorrência, que alguns autores chamam de princípio desalojador fático, já que em função da primazia do direito comunitário este é o que vai terminar prevalecendo.

Com isso é observado que, ao lado da profunda influência exercida sobre os processos de europeização das leis, que atinge agora os países que pensam em

---

<sup>233</sup> Ainda que PASSOS questione o porquê de aplicar leis nacionais e não uma lei única. PASSOS, F. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>234</sup> Mas é necessário lembrar da barreira única disciplinada no Regulamento n. 4064/89, sobre o controle de concentrações de empresas, que estabelece, de forma relativamente clara, pois quantitativamente, ambos os âmbitos de aplicação. HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 144. Sobre a legitimidade do Conselho para regular as concentrações comunitárias estabelecendo a aplicabilidade exclusiva do Regulamento e a exclusão geral da aplicabilidade dos direitos nacionais ver CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 193.



reformas, tendo antes atingido os que não tinham leis sobre a matéria, o princípio desalojador fático tem um âmbito próprio de estudo.

Mesmo com uma europeização os âmbitos territoriais seguem diferentes. O direito comunitário só é aplicável em casos que entrem em seu espectro. Nos demais, vale o direito nacional. A afetação sensível do comércio entre os Estados-membros e a concorrência no mercado comum seguem como os critérios materiais de repartição das competências entre direito nacional e direito comunitário. A relação entre direito comunitário da concorrência e direito nacional da concorrência envolve, como já visto, a esfera do trato da violação. Um trata da matéria intra-estatal e o outro dos casos de afetação do comércio entre os Estados-membros.

Com a manutenção dessa perspectiva, o que é de se entender por europeização é a aplicação aos casos nacionais de um direito material igual ao comunitário. Ou, nos Estados que não têm direito material aplicável aos seus casos estritamente nacionais, a aplicação do direito material comunitário. A pergunta é saber se isso é possível. A primeira hipótese é. Haveria um só direito, internalizado ou criado ou desenvolvido à luz do comunitário em todos os Estados-membros, cada qual com sua lei, que seria igual ou assemelhada a dos outros, mas aplicável em outros âmbitos que aquele, quais sejam, os âmbitos nacionais<sup>235</sup>. Isso enseja, todavia, outras milhares de questões. Por exemplo, em casos comunitários, há o recurso do artigo 234 TCE. Mas em casos nacionais não há esse recurso ao Tribunal, mesmo que o direito a ser aplicável venha a ser igual ao comunitário. Perante quem, então, resolver os problemas de interpretação? Seria possível usar para os casos nacionais a jurisprudência do Tribunal<sup>236</sup>? Se houver jurisprudência, é um problema a menos. Mas e se não houver? É possível também se pensar na criação de uma competência do Tribunal para tal interpretação, mas isto somente pode ser realizado a longo prazo, já que as atuais estruturas do Tribunal não podem cumprir essa tarefa.

A segunda hipótese pensada não é possível de ser aplicada. Não é permitido aplicar direito material, nem jurisprudencial, diretamente para os casos que não tenham dimensão comunitária, isto é, não é possível olhar o Tratado e aplicar aquele direito para um caso de concorrência puramente nacional, ainda que se conheça o famoso princípio do efeito útil do Tratado<sup>237</sup>. Uma europeização assim pensada, extrema, poderia vir com um regulamento que dissesse que o direito comunitário da concorrência é aplicável diretamente em todos os Estados-membros em todos os casos nacionais, também. Isso não pode ser confundido com o atual artigo 3º. do Regulamento, pois ele regula casos de dimensão comunitária. Todavia, a idéia não é realizável, pois falta competência à Comunidade para a emissão de um tal regulamento tão abrangente.

---

<sup>235</sup> Deduz-se que neste sentido é a proposta de PASSOS quanto a uma lei comum a ser adotada para os atos internos. PASSOS, F. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>236</sup> Certo mesmo parece ser que “inexiste fundamento jurídico que sustente a invocabilidade do direito europeu no âmbito do Mercosul”. VENTURA, Deisy. *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional*, p. 302.

<sup>237</sup> Como já manifestado, PASSOS não vê como proibida a aplicação da norma comunitária internamente. Mas parece estar referindo-se o autor aos acordos internos que interferem o mercado comunitário. PASSOS, F. *Op. cit.*, p. 28.

Mas o artigo 83 TCE não poderia servir a esse propósito? O referido artigo parece não comportar essa competência. Ele dá competência para a regulamentação das regras dos artigos 81 e 82 TCE e ambos os artigos se referem a fatos suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros, o que não seria o caso buscado.

Sobretudo, europeização<sup>238</sup> é um processo de adaptação e mesmo de uniformização. É o emprego de um direito único, europeu, ou nacional legislado a seu molde, seja o caso tratado em nível nacional ou comunitário na hipótese de paralelismo de competências. A presença do princípio desalojador no artigo 3º. do Regulamento estudado pode ser um indício do agravamento desse processo. Antes dele as soluções não eram muito diferentes. A presença da cláusula da interestatalidade já exigia a aplicação do Tratado. Nem sempre pela autoridade estatal, mas exigia. E no caso de o assunto receber um tratamento por instâncias nacionais, em função do princípio da primazia do direito comunitário e de jurisprudências como *Walt Wilhelm*, *Delimitis* e *Masterfoods*, não se era autorizado a pensar em decisões que não levassem em consideração as normas do Tratado.

Perante o princípio da primazia do direito comunitário em casos de conflito deste com o direito nacional ou com medidas de aplicação daquele direito, desde há muito reforçado pelo Tribunal no *Caso Costa c. Enel*, de 1964<sup>239</sup>, observava-se que já não era possível ser invocado pelos Estados-membros nem mesmo questões de soberania para autorizar acordos pelo direito nacional que fossem proibidos pelo direito comunitário. Para MARKERT, “A absoluta prioridade da proibição dos artigos 85, n. 1, e 86 TCEE perante direito nacional contrário também nunca foi fortemente questionada. Já nas mais antigas formulações da teoria das barreiras duplas era reconhecido que era sempre devido executar a barreira da proibição comunitária perante direito nacional contrário, mesmo independentemente de se o Estado-membro tinha uma igual barreira segundo o seu próprio direito (...) que obrigue as suas empresas com outros meios a um comportamento contraditório à proibição da Comunidade Européia”<sup>240</sup>.

A diferença entre o que se tinha e o que se tem agora é que essa prescrição não estava positivada em um regulamento e a aplicação de certos dispositivos do Tratado não estava confiada às autoridades e tribunais nacionais também. Essas são as diferenças vistas. Antes não era tão claro e evidente, havia teorias e jurisprudências contrárias, e agora o assunto está em um regulamento. O ganho foi em termos de clarificação e força, pois se entende que um regulamento tenha mais força que o pensamento da jurisprudência, mesmo o majoritário<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> Em estudo limitado às questões de concorrência desleal, possivelmente pelo fato de que este assunto não foi regulado pelo Tratado, DETHLOFF avalia uma europeização das regras materiais e das regras de conflitos dos direitos internacionais privados nacionais. Uma unificação completa das regras materiais não parece ser realizável em um prazo médio. Todavia, a autora não vê uma tal unificação como indispensável para a realização do mercado comum. DETHLOFF, Nina. *Europäisierung des Wettbewerbsrechts: Einfluss des europäischen Rechts auf das Sach- und Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs*, p. 282. Em função destas dificuldades, propõe uma adaptação das regras de conflitos dos direitos nacionais com o objetivo de criar um sistema de elementos de conexão (*Anknüpfungssystem*). *Idem*, p. 311.

<sup>239</sup> *Caso Costa c. Enel*, EuGH, Slg. 1964, p. 1251.

<sup>240</sup> MARKERT, K. *Nationales Kartellrecht im Europäischen Binnenmarkt*, p. 10.

<sup>241</sup> Os Tratados constitutivos apresentam disposições com aplicabilidade direta em si, assim desejado expressamente pelos Estados. Já noutras, esta vontade está implícita, em razão deles não terem

O direito material referente aos dois artigos abrangidos pela reforma continuará a ser unificado. A unificação continuará a pôr em evidência as diferenças nacionais. Em vários Estados o direito nacional já é idêntico ao direito comunitário. Nos locais onde eles se diferem, a Comissão seguirá a desenvolvê-los por meio de regulamentos e outros atos, como diretrizes, que embora não tenham efeito vinculativo contra o Tribunal, têm sua aplicação e observação feita por autoridades e tribunais nacionais.

As vantagens da europeização das condições da concorrência podem até mesmo ser ilimitadas. Fala-se aqui especialmente daquela tese de diminuição dos custos, pois bastaria tudo se adaptar a uma lei. Ou ainda a vantagem de que a empresa sediada na França, por exemplo, saiba exatamente o que vai acontecer se tomar um mesmo ato na Alemanha, pois as leis seriam parecidas, ao menos.

As conseqüências do novo Regulamento não se limitam ao incremento do processo de europeização. Há outras principais para as teses aqui defendidas e para o que se verá em relação ao Mercosul.

## *2. Alinhamento das normas da concorrência com as normas das liberdades fundamentais*

Observa-se um mais forte alinhamento das normas que disciplinam a liberdade de concorrência com as normas das liberdades fundamentais em função da extensão da aplicabilidade direta advinda com a reforma. A reforma consolida uma aproximação entre liberdades fundamentais e liberdade de concorrência, através da aplicabilidade agora direta em toda a extensão do artigo 81 TCE. Paulatinamente, a aplicabilidade foi sendo estendida a cada uma das tradicionais liberdades fundamentais. Esse processo de extensão agora é observado nas regras da concorrência. Além da extensão já comentada, ainda será vista a ocorrida nas regras aplicáveis aos Estados-membros. Nesse processo de extensão reside um alinhamento entre as ordens.

Assim, transferência de competências aos Estados-membros, perda de competências exclusivas pela Comissão, o fato de que mais normas da tutela da liberdade de concorrência terão efeito direto significa que terão uma igualdade com as das liberdades na questão de poderem ser aplicadas pelos Estados-membros e invocadas por particulares. Esse fator é mais um que contribui para a visão aqui defendida de que a liberdade de concorrência pode ser vista como a quinta liberdade econômica fundamental dos processos de integração que envolvem a fase de mercado comum. Outro pensamento é o de que essas reformas são o reflexo da crescente importância que a regulamentação da concorrência (teve e) ainda tem na garantia do funcionamento desse mercado. Normas desimportantes não adquirem aplicabilidade direta.

---

requerido qualquer medida complementar de si próprios para que os referidos dispositivos pudessem surtir os efeitos desejados. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). *Direito Comunitário do MERCOSUL*, p. 172. Um regulamento, embora de direito secundário, também é um instrumento que não oferece dúvidas quanto à sua aplicabilidade direta.

### 3. *Incremento da participação das instâncias nacionais*

Outra questão sempre mencionada como fundamento da reforma é a busca de uma participação e engajamento das instâncias nacionais nos objetivos do processo de integração, em especial a manutenção e o funcionamento do mercado interno. Com a reforma, a Comissão tentou solucionar o problema da inatividade que certas autoridades apresentavam. Ante um processo cuja decisão pudesse gerar choque com a norma comunitária, a autoridade nacional podia postergar a sua solução<sup>242</sup>. Agora as autoridades devem decidir sobre o que lhes é apresentado.

Em verdade, o que se observou foi que desde o início do processo de descentralização da aplicação das regras da concorrência houve um enorme fortalecimento das autoridades nacionais. Segundo PASSOS, nesse momento “Descobriu-se o óbvio: essas autoridades já decidiam conforme o direito comum”<sup>243</sup>. No Mercosul, a disciplina desde o surgimento das primeiras normas é confiar a aplicação do direito da concorrência às autoridades nacionais.

### 4. *Descentralização avalizadora do sistema do Mercosul*

Como último raciocínio, vale questionar se tamanha descentralização da aplicação da lei da concorrência, levada a cabo pelo bloco regional *sui generis* chamado Mercosul, como será visto a seguir, que permite às autoridades dos Estados-partes a instrução dos casos, teria de certa forma influenciado a Comunidade Européia nas suas recentes reformas referentes à aplicação dos artigos 81 e 82 TCE advindas com o Regulamento n. 1/2003.

Sem a menor dúvida, a mais transponível percepção das reformas ao caso do Mercosul é o possível aval que o sistema descentralizado de aplicação das normas da concorrência, agora estendido aos casos sempre tidos como os mais complexos do ordenamento comunitário da concorrência, está dando à opção tomada pelo Mercosul de afetar as autoridades nacionais com a execução das regras do Protocolo de Defesa da Concorrência.

Como será visto, o ordenamento do Mercosul prevê inúmeras medidas a serem executadas pelos Estados-partes. Assim a aplicação do Protocolo, confiada ao Comitê de Defesa da Concorrência, instituição que será integrada pelos órgãos nacionais de aplicação do Protocolo em cada Estado-parte, e a execução da investigação dos atos restritivos, que é feita pelo órgão nacional do local onde for domiciliado o representado. Essas previsões são a comprovação que o modelo do Mercosul é um modelo descentralizado.

Ademais, quando esse processo investigatório estiver concluído, um parecer conclusivo é encaminhado para o Comitê de Defesa da Concorrência que, com base nele, decide sobre a aplicação de sanções. Estas novamente são aplicadas e executadas pelo órgão nacional do local onde o reclamado tenha seu domicílio. Da mesma forma ocorre com a execução das multas aplicadas pelo incumprimento de medidas preventivas.

---

<sup>242</sup> VAN BAEL, I.; BELLIS, J.-F. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>243</sup> PASSOS, F. *Op. cit.*, p. 29.

Ainda, semelhante regra descentralizadora refere-se à cessação definitiva da prática infrativa, levada a efeito pelo órgão nacional de aplicação do Estado-parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora. O mesmo acontece com a aplicação de multas por dia de atraso no cumprimento da ordem de cessação. Ambos os casos, tanto a ordem de cessação quanto as multas, são executados pelos órgãos nacionais. Por fim, é necessário citar a referência às penalidades aplicadas pela violação às normas do Protocolo, igualmente executadas como visto acima, e a regra sobre o compromisso de cessação. O compromisso de cessação, as alterações do compromisso e a eventual sanção aplicada serão levadas a efeito pelo órgão nacional. Enfim, a aplicação da lei no Mercosul será realizada de forma muito mais descentralizada que a atualmente perseguida e parcialmente atingida pela Comunidade com as recentes reformas estudadas.

Em certa medida a concepção do Mercosul, através do Protocolo de Fortaleza e do Comitê de Defesa da Concorrência, foi precursora na opção descentralizadora que almeja efetivar a Comunidade. Ou, se demasiado inusitado e pretencioso esse pensamento, ao menos as atitudes comunitárias legitimam e dão a certeza que as opções feitas pelo Mercosul não distanciam muito das soluções lá encontradas, todas fundadas em descentralização dos procedimentos e caracterizadas como modernização das regras.

Na seqüência deste estudo, mais recentes reformas no direito comunitário da concorrência serão estudadas.

## **2.2. RECENTES REFORMAS NO CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS**

A segunda parte deste segundo capítulo dedica-se ao estudo do controle das concentrações de empresas, efetuado pelo Regulamento n. 139/2004, de 20 de janeiro de 2004, que consolidou as recentes reformas ocorridas neste âmbito, já que atualizou, unificou, reformulou e veio substituir os anteriores regulamentos n. 4064/89/CEE e n. 1310/97/CE.

O Regulamento n. 4064/89, principalmente, foi várias vezes alterado de modo substancial. Recentemente, novas alterações se fizeram necessárias. Para tanto, entendeu a Comissão que seria conveniente, fundada em uma preocupação de dar clareza ao caso, proceder a reformulação do referido documento. A Comissão também era do entendimento que a realização do mercado interno e da união econômica e monetária, o alargamento da União Européia e a redução das barreiras internacionais ao comércio e ao investimento continuariam a conduzir a importantes reestruturações de empresas, nomeadamente sob a forma de concentrações. Por isso é que se impôs a criação de um instrumento jurídico específico que permitisse um controle eficaz de todas as concentrações em função do seu efeito sobre a estrutura da concorrência na Comunidade e que fosse o único aplicável às referidas concentrações. As normas revogadas haviam permitido, com certeza, desenvolver uma política comunitária. Todavia, à luz da experiência adquirida, era conveniente se proceder a uma reformulação delas a fim de prever disposições adaptadas aos desafios do mercado citado e do alargamento. Tanto era este o objetivo que, assim como visto quanto às novas normas estudadas na parte anterior, estas aqui também entraram em vigor na data do alargamento, isto é, em 1º de maio de 2004.

A entrada em vigor desse Regulamento, contudo, não gerou o mesmo impacto que a reforma vista anteriormente, especialmente por não ter envolvido uma grande troca de sistema concorrencial. Ele surgiu mais com o interesse de garantir uma clareza, em função da adoção de um único documento que unificasse os demais então aplicáveis, estes sim, que haviam sofrido ao longo dos tempos reformas, que também serão trazidas ao estudo.

A escolha do tema é devida à lacuna apresentada na legislação do Mercosul, que somente prevê uma norma programática para o caso das concentrações. Nesse sentido, um estudo das regras materiais e processuais da Comunidade aplicáveis a tais concentrações pode contribuir à futura norma a ser adotada pelo Mercosul.

Antes do estudo efetivo da norma, é necessário compreender o fenômeno que conduz à realização das concentrações entre as empresas e ao controle delas, qual seja, o fenômeno concentracionista, fortalecido em ambiente de mercado interno.

## 2.2.a) O fenômeno concentracionista

O fenômeno concentracionista<sup>1</sup> é resultado de um ímpeto incontrolável e natural das empresas em maximizar os seus lucros. Nessa busca, é possível que tentem formar cartéis para dividir o mercado. O incremento das relações envolvendo as empresas, do comércio em si e a utilização de práticas concorrenciais colusórias por elas, geralmente decorrentes de conjugadas práticas concentracionistas, a cada dia mais agressivas e corriqueiras, aumentou a possibilidade de serem infringidas as regras da concorrência e, conseqüentemente, de haver comportamentos lesivos ao direito. Então, o direito é chamado a controlar o comportamento dos diferentes agentes econômicos, tipificar condutas anti-concorrenciais e estabelecer sanções para este também chamado de movimento concentracionista.

Uma operação de concentração assume relevância no regramento da concorrência pois uma tal prática provoca a conseqüência imediata e objetiva de redução do número de empresas que operam sobre o mercado. A questão que umbilicalmente deverá ser referida é a da disciplina da concorrência, já que esta é profundamente alterada com a concentração de empresas<sup>2</sup>. Essa redução não assume necessariamente um valor negativo<sup>3</sup>. Uma redução do número de empresas operantes pode, inclusive, aumentar a competitividade. Assim sendo, o consumidor seria beneficiado com uma redução positiva, em função da maior eficiência e economia obtidas.

A conclusão de uma operação de concentração promove ao menos uma modificação estável e duradoura de ordem estrutural, que pode vir a gerar uma distorção na concorrência suscetível de prejudicar o nível de competitividade e, por conseqüência, acarretar afetações nas demais empresas operadoras e nos consumidores.

Ainda, uma tal prática pode vir a constituir uma forte barreira no acesso ao mercado<sup>4</sup> ou prejudicar as condições das empresas já atuantes. Por fim, pode também limitar substancialmente a oferta de um determinado produto ou serviço, derivando que a demanda de um consumidor somente possa ser satisfeita pela empresa envolvida na operação, segundo suas condições, isto é, sem condições que seriam exercidas perante a existência de um mercado concorrencial.

O surgimento do que é considerado um fenômeno concentracionista não é recente. Pelo contrário, tem origem muito remota, lá na Antiguidade, mas cujos reflexos se manifestaram mais modernamente na Revolução Industrial. Nesse período as empresas procuravam aumentar a produção com novas técnicas surgidas<sup>5</sup>. A

---

<sup>1</sup> Uma análise do fenômeno e da reorganização de empresas eminentemente brasileira pode ser vista em JAEGER JUNIOR, Augusto. *O novo Código Civil Brasileiro e a reorganização de empresas*, p. 53-77.

<sup>2</sup> Para MARTINS, “O direito da concorrência está intimamente ligado com o fenômeno concentracionista”. MARTINS, Alexandre Marques da Silva. O Direito da Concorrência no MERCOSUL após o Protocolo de Fortaleza. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *MERCOSUL: integração regional e globalização*, p. 569.

<sup>3</sup> CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*, p. 246.

<sup>4</sup> Os diferentes tipos de barreiras impostas para a entrada em um mercado foram apresentados por FASULINO, Eduardo J. Los problemas de la competencia entre la Argentina y Brasil. In: BALZE, Felipe A. M. de la (comp.). *Argentina y Brasil: enfrentando el siglo XXI*, p. 428-431.

<sup>5</sup> MARTINS, A. M. da S. *Op. cit.*, p. 569.

manifestação atual deste fenômeno é devida à internacionalização das economias nacionais, materialmente integradas pela revolução nos transportes e nas comunicações<sup>6</sup>, e se processa no fato das empresas serem forçadas a realizar ajustes e formar alianças de concentração para ampliar a sinergia<sup>7</sup>, com vistas a uma melhor sobrevivência e enfrentamento dos novos tempos competitivos<sup>8</sup>. O movimento concentracionista observado não ocorreu por acaso. A ampliação geográfica do mercado acentuou a necessidade de agregação de empresas, que somente assim poderiam suportar o peso da maior dimensão da iniciativa econômica. Um outro fator foi a desestatização dos Estados, que fez surgir conglomerados privados fortes. Mas não somente esses elementos movimentam o fenômeno. Também a conquista de novos mercados, especialmente se motivada por benefícios fiscais, é verificada.

A concentração de empresas permite a elas racionalizar a produção e a administração do negócio, mais facilmente adotar os progressos tecnológicos e desenvolver cabedais, reorganizar as estruturas, evitar a concorrência e acessar investimentos de grande vulto<sup>9</sup>. Não fosse o bastante, ainda pode desencadear uma transferência de tecnologia, a viabilização de novos mercados, facilidades tributárias e fiscais, um mais eficiente controle de matérias-primas, um mais racionalizado uso de mão-de-obra e a divisão de riscos e de lucros entre coligadas. A empresa, ao assim agir, busca um ambiente que acredita possa vir a ser-lhe favorável, por garantir eficiência alocativa e produtiva, preços mais baixos, produtos mais abundantes<sup>10</sup> e outras alternativas válidas, tal como a de internacionalizar a produção.

Não é possível esquecer que as concentrações viabilizam economias de escala<sup>11</sup>, redução de custos frente aos que correspondem à produção em pequena escala e incremento de competitividade, além de um melhor aproveitamento dos recursos disponíveis. A concentração ainda propicia maior desenvolvimento tecnológico, com benefícios ao consumidor, pois possibilita a redução do preço de venda. Em mercados globalizados, bem como em blocos econômicos, há a necessidade de intensificar o poder das empresas e aumentar o seu grau de competitividade, habilitando-as a enfrentar uma concorrência internacional. Mas isso não pode ser realizado em contrariedade com a lei.

Sem dúvida, dois dos principais fatores motivadores são a necessidade de redução de custos e a melhoria de qualidade para competir. Também é preciso incluir neste rol o reforço da posição no mercado e a expansão das atividades comerciais<sup>12</sup>. O atingimento desse nível desejado tem como conseqüência a ampliação dos lucros, a

---

<sup>6</sup> MAGALHÃES, José Carlos de; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. *A concentração de empresas e a competência do CADE*, p. 30.

<sup>7</sup> Entendida aqui como o “conjunto de forças, fatores ou meios de distintas classes, que, concorrendo a um mesmo fim, geram uma ação que resulta ser superior a da mera soma de seus componentes”. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; GOÑI URRIZA, Natividad. *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, p. 24.

<sup>8</sup> MAGALHÃES, J. C. de; SAMPAIO, O. C. de A. *Op. cit.*, p. 31; CARVALHO, Patrícia. *Joint Venture: um olhar voltado para o futuro*, p. 165 e SQUASSONI, Christian Max Finardi. *O direito de continuar sócio de S/A face às reorganizações societárias*, p. 140.

<sup>9</sup> VAZ, Isabel. *Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas*, p. 226 e LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Incorporação de companhia controlada*, p. 88.

<sup>10</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito da concorrência e direito do consumidor*, p. 87.

<sup>11</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 27.



criação de empresas mais competitivas, mais capitalização e qualidade, além de apresentar um equilíbrio da balança de pagamentos e uma estrutura logística consolidada, tudo num propósito que pode ser o de fugir à absorção pelo capital estrangeiro.

Outros, menos nobres, como a formação de cartéis, monopólios, oligopólios ou o controle de mercados, também são lembrados<sup>13</sup>. Por isso, um controle desses atos se fez necessário.

Em verdade, esse fenômeno social<sup>14</sup>, que se manifesta em vários âmbitos territoriais, é fundado em haver uma consciência que a empresa só poderá sobreviver no longo prazo, efetuando uma reorganização societária, seja através da entrada de novo sócio nacional ou estrangeiro, fusão ou aliança estratégica<sup>15</sup>. Segundo o pensamento empresarial, tais práticas são o resultado das inevitáveis exigências ligadas às conjunturas do mercado e à necessidade de coordenar esforços para satisfazer a demanda dos altos investimentos requeridos pelo progresso tecnológico<sup>16</sup>.

Vários países e mesmo os blocos econômicos têm registrado um número crescente de metamorfoseamentos, fusões e aquisições de empresas realizadas com o objetivo primordial de incrementar a competitividade local ou internacional, diante do fortalecimento de concorrentes em ambas as esferas, sobretudo no exterior<sup>17</sup>. É possível considerar que a sociedade assiste a uma “era de fusões”<sup>18</sup>.

Não satisfeitas com os objetivos acima declinados, como a mera intenção de crescer, as empresas passaram a assumir variados motivos para as suas concentrações. Inúmeras leis nacionais concederam estímulos como isenção de imposto de renda sobre a reavaliação do imobilizado e a não-incidência de impostos sobre o aumento de capital. Devido a isso, algumas empresas encontraram nos benefícios fiscais os principais atrativos.

Para as futuras manifestações do fenômeno já se pensa numa atividade empresarial concentrada em disputa entre blocos econômicos, como a ocorrida com a fusão da empresa norte-americana Boeing com a McDonell Douglas, ato que foi contestado pela Comunidade Européia, que vem modificar o quadro mundial atual, no qual prevalece o enfoque de defesa da concorrência no mercado nacional e interno<sup>19</sup>.

As concentrações de empresas e outras práticas recebem uma classificação doutrinária<sup>20</sup>. Elas podem ser horizontais (*hard core cartels*), quando se verificam entre agentes econômicos situados na mesma fase do processo produtivo (luta contra os concorrentes diretos), verticais, quando se operam entre agentes situados em diferentes etapas do processo, desde que não sejam concorrentes entre si, e

---

<sup>13</sup> MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Defesa da Concorrência, Supranacionalidade e Mercosul*, p. 180.

<sup>14</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>15</sup> CARVALHO, P. *Op. cit.*, p. 163.

<sup>16</sup> REALE, Miguel. *Questões de direito privado*, p. 85.

<sup>17</sup> MAGALHÃES, J. C. de; SAMPAIO, O. C. de A. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>18</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>19</sup> MAGALHÃES, J. C. de; SAMPAIO, O. C. de A. *Op. cit.*, p. 41.

<sup>20</sup> VAZ, I. *Op. cit.*, p. 227-228.

conglomerados<sup>21</sup>, situados em uma categoria residual, reunindo as concentrações que não se enquadram nem na primeira categoria nem na segunda. Há autores que se referem ainda às concentrações diagonais ou de natureza fiscal, assunto que não será explorado. As duas primeiras classificações também são largamente utilizadas para caracterizar as práticas colusórias.

Isto posto, há uma questão diretamente relacionada com a concentração de empresas que é a da disciplina da liberdade de concorrência. Perante os efeitos do movimento concentracionista nos mercados, o legislador sentiu a necessidade de regular as relações entre as empresas, surgindo o direito da concorrência para tutelar a liberdade de concorrência<sup>22</sup>.

### **2.2.b) O controle das concentrações de empresas pelos artigos 81 e 82 TCE**

O Tratado de Roma não tem previsão legal para tal controle, nem mesmo de caráter preventivo, das concentrações<sup>23</sup>. A ausência destas normas devia-se à idéia de que elas eram benéficas para garantir a competitividade das empresas européias. As vantagens que as concentrações poderiam trazer eram mais plausíveis que os inconvenientes que das mesmas derivavam. Em verdade, em 1958 o estabelecimento da Comunidade originou um processo de concentração em muitos países. No momento, entendeu-se que esses fenômenos permitiriam a consolidação de grandes

---

<sup>21</sup> CRAIG, Paul; de BÚRCA, Gráinne. *EU law: text, cases, and materials*, p. 1035 e FONSECA, José Júlio Borges da. *Disciplina da concorrência nas operações de concentração empresarial*, p. 30.

<sup>22</sup> O primeiro país a possuir regras foi os Estados Unidos da América. Os primórdios de uma proibição de monopólios remontam ao ano de 1602, quando do julgamento do Caso *Darcy versus Allein*, na Inglaterra, envolvendo a importação de cartas de jogo. BELLAMY, Christopher. *Some reflections on competition law in the global market*, p. 15-16. Outros autores vêem o surgimento do direito antitrust conceitualmente no ano de 1410, também na Inglaterra, através de entendimento jurisprudencial. COSTA e SILVA, Eugênio da. *A concorrência no Mercosul: considerações preliminares*, p. 48. Os EUA sempre preservaram a livre iniciativa e a concorrência como valores fundamentais da nação. MAGALHÃES, J. C. de; SAMPAIO, O. C. de A. *Op. cit.*, p. 30. A lei lá surgida em 1890 veio a ser conhecida pelo nome do seu idealizador, John Sherman. As origens de um direito da concorrência podem ser vistas ainda em PASSOS, Fernando. *O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul?*, p. 19-23; em OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*, p. 3-16, que também argumenta uma primazia do Canadá ainda sob domínio inglês, e em BAPTISTA, Luiz Olavo. *Origens do direito da concorrência*, p. 3-26. O desenvolvimento deste direito nos Estados Unidos da América pode ser acompanhado em RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. Análisis comparado del derecho de defensa de la competencia: I parte – el tema en los Estados Unidos. *In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 67-88 e em OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 6-9. A Comunidade Européia foi influenciada pela descartelização levada a cabo na Alemanha do pós-guerra, que objetivava prevenir um renascimento da maquinaria de guerra. BELLAMY, C. *Op. cit.*, p. 16 e CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 41-42. O resultado foi a inclusão de dois artigos sobre a proibição a acordos que restringissem a concorrência e a abusos de posição dominante no TCECA. Posteriormente, estes vieram a ser a base dos artigos sobre o tema inseridos no TCEE e no Regulamento de controle das operações de concentrações de empresas. A idéia básica era de que o esforço dos Estados-partes em desmantelar barreiras tarifárias e não-tarifárias para promover a integração dos mercados e a consecução de um mercado comum não deveria ser atacado com o restabelecimento destas barreiras por acordos privados e outros abusos, como o efeito nefasto das ajudas públicas não autorizadas.

<sup>23</sup> Ver referências a tal silêncio em MARKERT, Kurt. *Nationales Kartellrecht im Europäischen Binnenmarkt*, p. 15 e em FARIA, Werter R. *Disciplina da concorrência e controle das concentrações de empresas no Mercosul*, p. 30-32.

grupos europeus, capazes de satisfazer as necessidades de um mercado continental, e enfrentar as grandes multinacionais norte-americanas e as potenciais japonesas<sup>24</sup>. Além disso, as concentrações eram vistas como elementos integradores do mercado<sup>25</sup>. Apenas posteriormente foi sentido que nem todas as concentrações eram benéficas ao mercado comum. Alguns modelos poderiam danificar gravemente a estrutura da economia europeia, causando importantes prejuízos ao sistema da livre concorrência de mercado. Diante da inexistência de qualquer instrumento próprio para o controle de concentração, foram aplicados os artigos 81 e 82 TCE em caráter subsidiário, indireto. Devido à imperfeição desse sistema, especialmente relacionada ao fato de que os artigos referiam-se aos acordos existentes, em 1989 o Conselho aprovou um regulamento contendo normas claras sobre a atuação dos órgãos da Comunidade frente às operações de concentrações de empresas. Posteriormente, em 1997, o âmbito de aplicação deste foi ampliado. Ainda hoje são discutidas reformas, que nesta parte serão trazidas, juntamente com a unificação das regras recentemente ocorrida.

Antes mesmo da entrada em vigor do mercado interno, já não era possível negligenciá-lo. As suas implicações na questão da concorrência, como visto, se refletiam na relação entre os direitos nacionais e comunitários e em como o regime da concorrência deveria se preparar para a chegada deste momento. O primeiro problema era antigo e vinha sendo solucionado pela teoria das barreiras, segundo a qual a aplicação do direito nacional não devia prejudicar a aplicação do direito comunitário e a eficácia de suas medidas de execução. Já a segunda questão é fruto de um momento novo na Comunidade, qual seja, a queda das barreiras internas em definitivo, que estava a promover uma dinâmica no processo. Atualmente essa implicação ocorre mais em função do recente alargamento.

Assim, também na questão da concentração de empresas eram esperadas implicações. Estas faziam com que uma regulamentação específica fosse aguardada já para antes do mercado interno<sup>26</sup>, até porque este era um processo, que vinha acontecendo ao longo do tempo, como se viu, embora tivesse data marcada, e não um mero novo conceito. Para MARKERT, “Sem dúvida pertence a um mercado interno europeu também um moderno, isto é, um efetivo controle de fusão no direito comunitário da concorrência”<sup>27</sup>. Vale lembrar que a primeira proposta de um regulamento de controle de operações de concentrações de empresas datou de 1973<sup>28</sup>.

A aprovação do Ato Único Europeu e o grande impulso dado ao mercado interno impôs a adoção de uma regulamentação para as importantes reestruturações e concentrações que passariam a ter lugar na Europa sem fronteiras, ante a vontade anunciada de certas empresas de prepararem-se para esse mercado<sup>29</sup> e ao desejo de

---

<sup>24</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 67 e FRADERA, Véra Maria Jacob de. *A integração europeia e o Mercosul: confronto atual (direito da concorrência e integração em perspectiva comparatista)*, p. 88.

<sup>25</sup> Para conhecer outros argumentos a favor das concentrações ver CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 23-27 e CRAIG, P.; de BÚRCA, G. *Op. cit.*, p. 1036-1037.

<sup>26</sup> SCHMIDHUBER, Peter M. *Fortentwicklung des Gemeinschafts-Wettbewerbsrechts zur Vollendung des Binnenmarktes*, p. 546. As implicações em nível comunitário também moveram alterações nas leis nacionais de concentração de empresas de alguns países. MARKERT, K. *Op. cit.*, p. 5-7.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>28</sup> SCHMIDHUBER, P. M. *Op. cit.*, p. 546

<sup>29</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 32 e TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, 5. ed. p. 446.

manutenção de uma concorrência eficaz. Para tanto, relevante foi o crescimento de compras transfronteiriças<sup>30</sup> de empresas e de fusões. Com a regulamentação, as empresas se sentiriam mais seguras nos seus atos de fusão. Com isso poderiam unir-se para enfrentar a concorrência mundial com mais certeza.

Por outro lado, também era esperada de parte de um regulamento de controle de operações de concentrações uma contribuição ao atingimento do mercado interno<sup>31</sup>. Ele asseguraria que as empresas fossem coibidas na realização das práticas nele reguladas, o que viria a auxiliar na proteção do mercado e do acesso a ele, e que tudo isso resultaria em um apoio ao processo de integração<sup>32</sup>. Ademais, um regulamento promoveria efeitos também nas práticas mantidas pelo Estado e nos mercados e setores por ele administrados. Antes de conhecê-lo, todavia, é necessário ver a base principiológica deste, dada pela aplicação dos artigos 81 e 82 TCE durante longos anos às operações de concentrações de empresas.

De fato, a inexistência de regras específicas não significava que nenhum controle fosse realizado. No direito comunitário primário, o artigo 66 TCECA possuía disposições expressas para o controle de fusões, limitado ao setor regulado por aquele Tratado<sup>33</sup>. Em posição contrária, o Tratado de Roma não possuía nenhuma regra sobre o tema de fusões. É de se observar que quando do surgimento deste o TCECA já existia e o seu exemplo poderia ter sido tomado.

Com o tempo e perante a necessidade, o Tribunal reconheceu a aplicação dos artigos 81 e 82 TCE a esses casos. Poderia se depreender dessa aplicação uma manifestação de consciência quanto ao fato de a concorrência deter uma alta prioridade como base para a Comunidade.

Inicialmente, vinha a Comissão entendendo a operação de concentração de empresas como abuso de posição dominante, constado no artigo 82 do Tratado. Essa idéia constava de um Memorando sobre o problema da concentração no mercado comum, de 1965<sup>34</sup>. Assim, no Caso Continental Can<sup>35</sup>, decidido pelo Tribunal em

---

<sup>30</sup> HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 145.

<sup>31</sup> SCHMIDHUBER, P. M. *Op. cit.*, p. 544-549. A contribuição da regulamentação da concorrência como um todo para o mercado interno pode ser vista em EHLERMANN, Claus-Dieter. *The contribution of EC competition policy to the single market*, p. 257-282, onde também é apresentada a contribuição do mercado interno para a concorrência, em especial a abertura de setores como o de transpostes, na p. 257-261.

<sup>32</sup> JANICKI, Thomas. *Perspektiven der Fusionskontrolle im gemeinsamen Binnenmarkt*, p. 201-202.

<sup>33</sup> Sobre o controle de concentrações efetuado sob o TCECA ver, de forma abrangente, CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 41-65. Havia a preocupação de que a terceira potência industrial mundial depois dos EUA e da Rússia viesse a ser não a Europa, mas a indústria americana estabelecida nela. *Idem*, p. 30. Já de parte dos aliados havia o temor do resurgimento da potência industrial alemã, sobretudo a indústria do aço. *Idem*, p. 41-42.

<sup>34</sup> Ver mais sobre o Memorando de 1965 em CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 245 e em MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Fusionskontrolle im Gemeinsamen Markt zwischen Wettbewerbspolitik und Industriepolitik*, p. 350. Uma reação doutrinária ao Memorando pode ser acompanhada em CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 71-74 e 87-89.

<sup>35</sup> Caso Continental Can, EuGH, Slg. 1973, p. 215. Esta decisão provocou a Comissão a apresentar no mesmo ano a primeira proposta de um regulamento de concentração. MESTMÄCKER, E.-J. *Op. cit.*, p. 351. Parece ter também provocado os países a preverem um controle de fusões, considerando que o alemão foi instituído justamente em 1973. BERG, Werner. *Grenzüberschreitende Zusammenschlüsse im Gesellschaftsrecht und Wettbewerbsrecht: Beseitigung der letzten Hindernisse*, p. 164.

1973, foi aplicado o artigo 82 ao controle de fusões<sup>36</sup> quando uma fusão reforçasse o poder de mercado abusivamente, confirmando a posição da Comissão<sup>37</sup>. Uma aplicação do artigo 81 foi rejeitada, pois o caso não se tratava de um acordo. Entendeu-se que aquela disposição não visava apenas as práticas suscetíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores, mas a evitar prejuízos a estruturas de concorrência efetiva, e que constituía um abuso o fato de uma empresa em posição dominante reforçá-la, ao ponto que o grau de dominação prejudicasse a concorrência, isto é, não permitisse subsistir concorrentes. O artigo 82 TCE foi interpretado com o auxílio do artigo 66 TCECA, a única norma do direito primário referente ao controle de fusões<sup>38</sup>.

A Comissão era da opinião que o artigo 81 TCE não se aplicava ao controle de fusões. Havia declarado no Memorando de 1965 que o artigo não era aplicável a acordo que tivesse como objetivo a aquisição ou a reorganização total ou parcial de empresa, o que contrariava a opinião de um grupo de professores encarregado do informe prévio<sup>39</sup>. Acreditava-se que a sanção de nulidade nele prevista não era apropriada, já que gerava somente a nulidade do contrato de cessão de participação acionária, e que as exceções do n. 3 assim também não eram para a valorização de concentrações de empresas<sup>40</sup>. Ademais, se o Tratado de Roma quisesse ter regulado as concentrações, teria procedido como o TCECA. Com o surgimento do Caso Philip Morris, de 1987<sup>41</sup>, viu-se a Comissão novamente frente ao problema e a uma situação de incerteza. Afirmou, então, em uma virada radical que representou uma surpresa jurisprudencial, além de aplicar novamente o artigo 82, que o artigo 81 também poderia ser aplicado a casos de concentração de empresas<sup>42</sup>, se tal fosse capaz de afetar a concorrência<sup>43</sup>. A aplicação do artigo 81, n. 1, a fusões deu uma nova dimensão não antes tratada pelo Tribunal à relação entre os direitos nacionais e comunitários, especialmente pelo fato de que ela abria a possibilidade das isenções do n. 3 do mesmo artigo serem facultadas também aos casos de fusão<sup>44</sup>.

---

<sup>36</sup> Sobre a aplicabilidade do artigo 82 TCE ao controle de concentrações ver, de forma abrangente, CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 67-82.

<sup>37</sup> A opinião da doutrina para a solução encontrada era que ela se tratava de um compromisso, era temporal, incoerente e injustificada, ademais de incompleta. *Idem*, p. 77-79.

<sup>38</sup> MESTMÄCKER, E.-J. *Op. cit.*, p. 350. Por ser a única norma de direito originário, juntamente com o direito alemão, exerceu ainda grande influência na posterior regulamentação das concentrações no ambiente comunitário para os outros setores da economia regulados pelos outros tratados. CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>39</sup> Ver mais sobre o Memorando de 1965, especificamente no que se refere à aplicação do artigo 81 TCE ao controle de fusões, constada da sua terceira parte, em CALVO CARAVACA e GOÑI URRIZA. *Idem*, p. 83-89.

<sup>40</sup> MESTMÄCKER, E.-J. *Op. cit.*, p. 370.

<sup>41</sup> Caso British-American Tobacco (Philip Morris) c. Comissão, EuGH, Slg. 1987, p. 4487.

<sup>42</sup> Os resultados desta decisão fizeram com que a Comissão, na pessoa de Peter Sutherland, reapresentasse ao Conselho nova proposta de regulamento em 1988, que veio a desconsiderar a proposta apresentada em 1973. CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 95; MESTMÄCKER, E.-J. *Op. cit.*, p. 352 e TAMAMES, R.; LÓPEZ, M. *Op. cit.*, p. 446.

<sup>43</sup> VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François. *Droit de la concurrence de la Communauté Économique Européenne*, p. 387. Sobre a aplicabilidade do artigo 81 TCE ao controle de concentrações ver, de forma abrangente, CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 83-95.

<sup>44</sup> Sobre o então novo fenômeno criado ver MARKERT, K. *Op. cit.*, p. 17-18. Sobre a tentativa de evitar esta dimensão ter sido um dos fundamentos da Comissão para negar no Memorando de 1965 a aplicação do artigo 81 TCE ao controle de fusões ver CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 85-86. Sobre a efetiva possibilidade de concentrações terem sido isentas em função da regra do artigo 81, n. 3 TCE e as possibilidades de isenções que viriam a ser contempladas no

Em síntese, neste momento as aquisições de capital por parte de outra empresa podiam ser abrangidas pelos artigos 81 e 82 do Tratado, se houvesse acordo que distorcesse a concorrência ou abuso de posição dominante<sup>45</sup>. Como não dispunha de meios de ação específicos, voltou-se a Comissão aos meios de controle existentes. Até mesmo uma aplicação dupla era observada, uma vez que em certos casos as autoridades nacionais tomavam partido no controle<sup>46</sup>.

Durante os anos de 1987 a 1989 intensificaram-se os propósitos das autoridades comunitárias para a criação de um mecanismo de controle das concentrações<sup>47</sup>. Para tal esforço foi determinante a supressão das fronteiras internas, o que provocou importantes reestruturações em empresas e grupos financeiros e aquisições por parte de outras<sup>48</sup>, como já visto.

Essa situação de incerteza, uma certa hostilidade no mundo empresarial<sup>49</sup> quanto à interpretação extensiva dos artigos 81 e 82 TCE, mais o programa de reestruturação industrial previsto pela Comunidade para o ano de 1992, induziram o Conselho a adotar o Regulamento n. 4064/89/CEE relativo ao controle das operações de concentração de empresas. Para tanto, havia uma proposta apresentada à Comissão datada de 16 anos antes, muito embora desde o Caso Continental Can já era o artigo 82 aplicável aos casos de fusão e mesmo tenha essa decisão contribuído para a apresentação da proposta<sup>50</sup>. Mas entendeu-se que a aplicação destes referidos artigos não se revelou apta a garantir uma tutela suficiente da concorrência<sup>51</sup>, isto é, restava lacunosa, pois uma concentração só era controlada em seus efeitos, e não podia o ser em seu nascimento<sup>52</sup>. Por intermédio do Regulamento, passou a ser requerida pré-notificação à Comissão das concentrações de empresas privadas e públicas de dimensão comunitária.

Aqui como lá, a sanção de nulidade para tais operações é dificilmente aplicável, pela quase impossibilidade de restabelecimento da situação anterior do *fait accompli* (inaptidão do artigo 81). É sempre muito difícil persuadir o Tribunal que uma dissolução é desejável ou mesmo possível. E o artigo 82 refere-se à empresas que já detenham uma posição dominante, e que se coloquem em comportamento abusivo desta. Pode ocorrer que a concentração gere uma posição dominante, mas não é

---

regulamento de concentração de empresas ver MESTMÄCKER, E.-J. *Op. cit.*, p. 373-375. Deficiências desta aplicação, que reforçaram a necessidade de uma regra autônoma, podem ser vistas em JANICKI, T. *Op. cit.*, p. 197.

<sup>45</sup> Primórdios mais remotos desta aplicação conjunta podem ser conhecidos em PESCATORE, Pierre. Public and private aspects of community competition law. In: HAWK, Barry E. (Hrsg.). *United States and common market antitrust policies*, p. 384-385.

<sup>46</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 95-97. Sobre a aplicação dos artigos 81 e 82 TCE pelos órgãos administrativos e judiciais nacionais, com específica ênfase aos casos de concentrações, a título incidental ou principal, antes do surgimento do Regulamento n. 4064/89, ver *Idem*, p. 128-159.

<sup>47</sup> SCHMIDHUBER, P. M. *Op. cit.*, p. 544-549.

<sup>48</sup> WEITBRECHT, Andreas. *Zusammenschlußkontrolle im Europäischen Binnenmarkt*, p. 18.

<sup>49</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 31.

<sup>50</sup> MESTMÄCKER, E.-J. *Op. cit.*, p. 351.

<sup>51</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 248.

<sup>52</sup> KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*, p. 318. Os fatores eram, em síntese, três: a tendência à concentração empresarial, a aplicabilidade de legislações nacionais e a inadequação do direito originário. CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 32.

evidente que essa nova posição venha a ser abusivamente exercida (inaptidão do artigo 82), hipótese em que não poderia ser punida. Em ambas situações reguladas pelos citados artigos, o controle dos atos era sucessivo, realizado após promovida a distorção da concorrência existente no mercado.

Por tudo isso é que desde longa data era proposta uma regulamentação específica para disciplinar os atos de concentração empresarial que previsse um controle do tipo preventivo e mais adaptado às exigências do crescente fenômeno da concentração entre empresas, já estudado. Sobre esse período, VAN BAEL e BELLIS lembram que em muitas oportunidades a Comissão se manifestou de maneira informal e que essas conclusões, normalmente constadas dos relatórios anuais sobre a política da concorrência, tiveram um importante significado mesmo após a entrada em vigor do regulamento próprio ao controle das concentrações<sup>53</sup>.

O Regulamento então surgido restou alterado em 1997 e hoje mesmo se encontra revogado. As normas que constam do atual Regulamento aplicável ao controle não diferem muito das anteriores. Muitas das regras a serem vistas já estavam presentes no universo normativo. Por esse motivo, não serão feitos comentários pontuais sobre como eram as regras antigas, como foi feito no capítulo anterior. As interpretações seguem valendo. É interessante lembrar que não houve alteração de sistema concorrencial como aquela vista. As referências serão feitas aos temas já no novo Regulamento e ao que foi acrescentado a ele, quando isso ocorreu, e se importante ao aqui desenvolvido. É possível comparar esse processo, resguardadas as dimensões, com as alterações numéricas ocorridas com o Tratado de Roma em função da reorganização promovida pelo de Amsterdam. A seguir o novo Regulamento n. 139/2004/CE relativo ao controle das concentrações de empresas.

### **2.2.c) O regime do Regulamento n. 139/2004**

Uma disciplina específica para regular a concentração de empresas é fenômeno recente na União Européia. Como visto, não decorre diretamente da íntegra do Tratado. Uma tal regra, promulgada pelo Conselho, surgiu depois de um longo e sofrido processo, considerado uma larga marcha<sup>54</sup>, durante o qual muitos modelos foram analisados<sup>55</sup>. Ela trata-se de regra do direito secundário, apoiada na permissão dos artigos 83 e 308 TCE, uma vez que necessitava da concordância de todos os

---

<sup>53</sup> VAN BAEL, I.; BELLIS, J.-F. *Op. cit.*, p. 385-386.

<sup>54</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 159.

<sup>55</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 245. Sobre as contrariedades da posição alemã aos projetos e modelos que foram discutidos, bem como sobre uma apresentação e análise da viabilidade deles virem a ser utilizados em um futuro regulamento de concentração, à época ainda em elaboração (modelos estes interessantes de serem estudados ante a lacuna do Mercosul sobre o caso), ver JANICKI, T. *Op. cit.*, p. 193-201. Durante este processo foram evidenciados os obstáculos mais importantes, como a existência de uma disparidade de legislações nos distintos Estados-membros, o fato de praticamente todos os Estados terem uma legislação, alguns com controles mais rígidos e outros com controles mais débeis, como respectivamente Alemanha e Inglaterra, o distinto grau de desenvolvimento empresarial, os interesses difusos na fixação de patamares mínimos para o exercício do controle e o interesse dos Estados em manterem uma certa participação no controle. Sobre a implicância destas diferenças de pensamentos na longa gestação até o surgimento de um regulamento ver SOUTY, François. *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, p. 109-110. Sobre as objeções de certos Estados por causa do que consideravam uma cessão de sua soberania, qual seja a concessão de um poder de controle à Comissão, ver CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 159-163 e 191.

Estados-membros<sup>56</sup>. Mesmo antes da unificação recentemente ocorrida, já se encontrava alterada pelo Regulamento n. 1310/97/CE. Com ela foi permitido à Comissão exercer o controle sobre acordos entre empresas de significado comunitário ou cujos atos tenham efeito no mercado dos Estados-membros. Assim, a norma vale para os casos de fusão de duas ou mais empresas até então independentes e que prejudiquem a concorrência.

A análise da disciplina<sup>57</sup>, com a qual a Comunidade Européia passou a participar do grupo de sistemas jurídicos mais avançado em matéria de direito de concorrência, ao lado da França, Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos da América<sup>58</sup>, hoje presente no Regulamento unificador, envolve questões de domínio de sua aplicação, procedimentos de notificação, abertura dos procedimentos, apreciação das operações, os poderes da Comissão e os dos Estados-membros e aplicação extraterritorial, que serão tratadas a seguir.

Quanto ao âmbito de aplicação, primeiro cabe referir que o Regulamento não prevê exceções<sup>59</sup>, tal qual o artigo 82 TCE. Ele realiza um controle das concentrações de empresas a partir de um determinado montante de operações em âmbito comunitário. Com efeito, o artigo 1º. determina que o regulamento se aplica a todas as concentrações de dimensão comunitária. O mesmo artigo determina as cifras que uma concentração deve atingir para ser caracterizada como de dimensão comunitária. Isto é, prevê um limiar quantitativo de faturamento anual que decide se uma fusão se submete ao direito comunitário ou aos direitos nacionais implicados. Essa regra elimina o problema da aplicação paralela visto na parte anterior, pois promove a divisão de competências<sup>60</sup>.

O significado da abrangência comunitária de uma concentração, expresso no n. 2 desse artigo, é definido por duas variantes, após ter sofrido alterações. A primeira

---

<sup>56</sup> Sobre a opção da Comunidade por fundamentar a primeira norma nestes artigos, a compatibilidade de um regulamento de tal forma com eles e as conseqüências daí decorrentes ver MESTMÄCKER, E.-J. *Op. cit.*, p. 365-375. O atual Regulamento também é fundado nas mesmas normas.

<sup>57</sup> Uma avaliação do primeiro ano de aplicação do referido ordenamento pode ser conferida em EHLERMANN, C.-D. *Neuere Entwicklungen im europäischen Wettbewerbsrecht*, p. 307-315. Um levantamento estatístico, bem como uma análise positiva dos dois primeiros anos de aplicação do Regulamento n. 4064/89, isto é, exatamente sobre os anos anteriores à entrada em funcionamento do mercado interno, pode ser vista em GROGER, Thomas; JANICKI, Thomas. *Weiterentwicklung des Europäischen Wettbewerbsrechts*, p. 998-1002 e em WOLF, Dieter. *Europäisches Wettbewerbsrecht – Teil II: Europäische Fusionskontrolle*, p. 1730.

<sup>58</sup> VOGEL, Louis. *Le règlement européen sur le contrôle des concentrations ou de la difficulté de concilier efficacité et compromis*, p. 888.

<sup>59</sup> Diferentemente de uma incompatibilidade temperada que era proposta no projeto de regulamento apresentado pela Comissão em 1973. VOGEL, Louis; VOGEL, Joseph. *Le droit européen des affaires*, p. 104 e IMMENGA, Ulrich. *Die Sicherung unverfälschten Wettbewerbs durch Europäische Fusionskontrolle*, p. 374. Todavia, o Regulamento n. 4064/89 introduziu e o novo manteve iguais referências aos interesses dos consumidores intermediários e finais e sobretudo à evolução do progresso técnico e econômico. Sobre o significado do termo progresso técnico e econômico no processo de controle das concentrações ver IMMENGA. *Idem*, p. 377-379. Estes elementos conduziram muitos a pensar na existência de uma margem de apreciação como a do artigo 81, n. 3 TCE. VOGEL, L.; VOGEL, J. *Op. cit.*, p. 104-106.

<sup>60</sup> Com a preferência das autoridades em se referir a um cálculo em função das cifras de faturamento e não da parte detida no mercado pelas empresas foi assegurada uma grande certeza quanto à determinação da competência e evitou-se discussões geralmente em torno da definição de mercado relevante. VOGEL, L. *Op. cit.*, p. 892.



se refere a um patamar monetário de 5 bilhões ou 250 milhões de euros. Assim quando 1) as empresas envolvidas objetivam uma receita mundial conjunta de mais de 5 bilhões de euros; ou 2) ao menos duas das empresas possuem uma receita conjunta na Comunidade Européia de mais de 250 milhões de euros; e 3) a menos que cada uma das empresas envolvidas obtenha mais de 2/3 de sua receita comunitária em um único e mesmo Estado-membro. Esta é a segunda variante do primeiro critério, conhecida como regra dos dois terços, que, se cumprida, desloca o caso para o trato nacional. Assim, caso os primeiros valores não sejam atingidos, isto é, trata-se de uma condição negativa entre as outras duas positivas, vem à baila a segunda variante, que exige uma quantidade de comunicações em diferentes Estados-membros.

Essas cifras parecem ser muito elevadas<sup>61</sup>, mas é de se observar que para o seu cálculo não são apenas consideradas as empresas que diretamente participam da operação, e sim os grupos aos quais pertencem essas empresas<sup>62</sup>. Assim, empresas controladas e controladoras contribuem para a superação da marca, segundo o artigo 5º., n. 4, fato que a torna atingível com certa frequência.

As reformas criaram um segundo critério para essas situações. Presente no artigo 1º., n. 3, ele é invocado quando três ou mais Estados-membros devem ser notificados da operação de concentração que não apresentou dimensão comunitária perante as duas primeiras variantes. Nessa hipótese, as cifras apresentam valores bem menores. Quatro condições devem ser cumulativamente cumpridas. Uma concentração passa a ter dimensão comunitária, ainda que não esteja submetida ao n. 2, quando o faturamento mundial de todas as empresas for superior a 2,5 bilhões de euros, o faturamento total das empresas em cada um de, no mínimo, três Estados-membros supera 100 milhões de euros, o faturamento total realizado individualmente pelo menos por duas das empresas afetadas supere 25 milhões de euros nos três Estados-membros do requisito anterior e o faturamento total realizado individualmente, na Comunidade, por pelo menos duas empresas afetadas seja superior a 100 milhões de euros. E isso tudo se a condição negativa da segunda variante do primeiro critério (regra dos dois terços) aqui também não for cumprida.

Essa redução de valores causou confusão na doutrina, que muitas vezes se refere a uma diminuição dos valores pela metade do primeiro critério, relativo às concentrações que superam de plano a dimensão comunitária e, em função da exclusividade da Comissão para o trato destes casos, não se submetem a uma pluralidade de notificações ante aos Estados-membros e nem a reclames de particulares perante os tribunais nacionais. Aqueles valores não foram alterados. O que ocorreu foi a criação de um segundo e novo critério para tentar abranger mais concentrações, isto é, fazendo uma segunda revisão, repetindo, sob outros critérios e valores, nas que fugiram ao enquadramento nas variantes positivas do primeiro critério. De fato, o Regulamento n. 1310/97 atribuiu uma dimensão comunitária à

---

<sup>61</sup> Segundo PASCAR, “Em comparação com os patamares da legislação dos Estados-membros, a ‘dimensão comunitária’ das concentrações foi estabelecida em um nível extraordinariamente alto, cinco vezes o patamar mais alto referente à cifra de negócios fixada na legislação de um Estado-membro (...). Isto justifica a expressão ‘mega-concentrações’ utilizada na Noruega”. PASCAR, Norma A. Protocolo de defensa de la competencia en el Mercosur: la experiencia europea. In: LATTUCA, Ada; CIURO CALDANI, Miguel A. *Economía Globalizada y Mercosur*, p. 112.

<sup>62</sup> VOGEL, L. *Op. cit.*, p. 893; VOGEL, L.; VOGEL, J. *Op. cit.*, p. 98 e BALCELLS, Josep M. III parte: El control de concentraciones económicas en la Unión Europea. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 119.

concentrações que não superavam os patamares de faturamento originalmente previstos no Regulamento n. 4064/89 e mantidos agora.

O artigo 3º. do Regulamento define concentração<sup>63</sup>. Uma concentração pode ser realizada não apenas através de uma aquisição de quotas, mas também por qualquer outro instrumento, mediante o qual uma empresa adquira o controle de outra. Segundo o seu n. 1, há operação de concentração quando uma ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; ou quando uma ou mais pessoas que já detêm o controle de pelo menos uma empresa, ou uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra de partes de capital ou de elementos do ativo, por via contratual ou por qualquer outro meio, o controle do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas. Essa definição abrange, pois, a fusão e a aquisição de controle.

Em verdade, a Comissão havia precisado, na Comunicação de 2 de março de 1998, relativa à noção de concentração, que há operação de concentração em três casos: a) duas empresas independentes se fundem e cessam de existir, b) quando uma empresa vem a ser absorvida e cessa de existir, que eram as hipóteses já conhecidas, e c) quando, mesmo que não haja uma fusão segundo um trâmite jurídico, a atividade de duas empresas é exercida como se constituíssem uma única entidade econômica.

Em função do acréscimo advindo com a Comunicação, cabe tratar do caso das *full function joint ventures*, isto é, a empresa comum de pleno exercício, que exercita as funções de uma entidade econômica autônoma. A questão não é fácil, pois envolve a caracterização com o caráter comportamental ou estrutural de uma determinada empresa comum. O Regulamento n. 1310/97/CE modificou a disciplina anterior do artigo 3º. do Regulamento 4064/89, que fazia distinção entre empresa comum concentracionista, sujeita àquela disciplina, e empresa comum coordenadora, sujeita à disciplina do artigo 81 do Tratado, pois exercedora de atividade semelhante a uma entidade em que as empresas coordenadas mantivessem a sua independência. A diferença era penalizante, na visão de BALLARINO, sobretudo pelo fato de que a Comissão não era vinculada a nenhum prazo peremptório para declarar aplicável o artigo 81, n. 3 TCE a um determinado acordo. Agora, de forma aparentemente mais lógica, todos os casos de constituição de uma empresa comum caem no âmbito de aplicação da nova regra que classifica como concentração até a *joint venture* que tenha características de coordenadora (ou corporativa). Esta coordenação, todavia, será avaliada com a observância do artigo 2º., n. 4 do Regulamento n. 139/2004, que por sua vez faz alusão a uma apreciação da concentração à luz dos princípios do

---

<sup>63</sup> Um extenso rol de comunicações da Comissão, que pode ser visto em CASSOTTANA e NUZZO, têm a finalidade de ilustrar a orientação e a experiência da mesma na aplicação da disciplina, como por exemplo as que tratam da noção de concentração, da noção de empresa interessada e das regras para o cálculo do faturamento. CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 251-252. Estão também em CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 203-204. Para uma definição deste conceito, baseada na análise de decisões da Comissão, ver STAUDENMAYER. O legislador comunitário tinha à sua disposição várias alternativas para definir concentração, tendo optado por um critério qualitativo de fusão e aquisição de controle, baseado em uma cláusula geral que pudesse ser aplicada nos diferentes sujeitos dos direitos nacionais e que permitisse um abrangente controle de todas as espécies de transações, fossem horizontais, verticais ou conglomerados. STAUDENMAYER, Dirk. *Der Zusammenschlussbegriff in Artikel 3 der EG-FusionskontrollVO: Eine Analyse der Praxis der Europäischen Kommission*, p. 1-8. Sobre esta classificação tripartite das espécies ver CRAIG, P.; de BÚRCA, G. *Op. cit.*, p. 1035 e FONSECA, J. J. B. da. *Op. cit.*, p. 30.

artigo 81, n. 3 TCE, a fim de determinar se a operação é ou não compatível com o mercado comum<sup>64</sup>. A diferença está, pois, apenas nos critérios de avaliação, que são outros para as empresas comuns que tenham características de concentracionistas, e na exigibilidade de prazos.

Quando uma concentração é comunicada, primeiro a Comissão deve definir se o caso trata-se de uma concentração à luz do artigo 3º. e se apresenta a dimensão comunitária requerida pelo artigo 1º. Somente com o cumprimento desses dois critérios é que a Comissão pode conduzir uma averiguação material da compatibilidade da concentração com o mercado comum segundo o artigo 2º. do Regulamento<sup>65</sup>.

Em seguimento, o artigo 5º. define as regras para o cálculo do volume total do negócio para todas as hipóteses vistas, o que inclui os montantes que resultam da venda de produtos e da prestação de serviços realizados pelas empresas em causa durante o último exercício e correspondentes às suas atividades normais, após a dedução dos descontos sobre vendas, do imposto sobre o valor agregado e de outros impostos diretamente relacionados com o volume de negócios<sup>66</sup>.

Mais adiante, o artigo 8º. se refere aos poderes de decisão da Comissão. A Comissão determina a aprovação ou eventual recusa ou pode delegar a decisão do caso às autoridades competentes do Estado-membro em causa, segundo o artigo 9º., que aplicará a sua legislação nacional de concorrência.

Com efeito, tal norma apresenta uma relativização da competência até então exclusiva da Comissão, uma quebra do princípio de exclusividade. Permite transferir processos da Comissão para uma autoridade nacional. Por ela, conhecida como cláusula alemã, a Comissão pode remeter um caso a uma autoridade nacional que o requisite, em função da ameaça ou do efeito produzido por tal concentração num mercado no interior de um Estado-membro que apresente todas as características de um mercado distinto e não constitua uma parte substancial do mercado comum<sup>67</sup>.

Representava a cláusula alemã uma espécie de descentralização já em 1989, uma vez que é considerada uma exceção à competência exclusiva<sup>68</sup>? Neste contexto, a

---

<sup>64</sup> BALCELLS, J. M. *Op. cit.*, p. 111-117; BALLARINO, T. *Op. cit.*, p. 603-604; CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 221-228 e 298; CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 253-255; CRAIG, P.; de BÚRCA, G. *Op. cit.*, p. 1040-1044 e GAVALDA, Christian; PARLEANI, Gilbert. *Droit des affaires de L'Union Européenne*, p. 346-350 e 407-408.

<sup>65</sup> Lembra-se que a reorganização interna de uma empresa, isto é, casos que não tratem de empresas independentes, não são afetos às regras do Regulamento. Outros casos em que não é realizada uma concentração são referidos no n. 5 do artigo 3º. do Regulamento n. 139/2004.

<sup>66</sup> Mais sobre o tema pode ser visto em CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 240-243.

<sup>67</sup> Sobre as tentativas da Comissão de reduzir as possibilidades destas transferências, isto é, torná-las possíveis apenas em casos excepcionais, ver MÖSCHEL, Wernhard. *Reform des europäischen und des deutschen Kartellrechts*, p. 252. A Comissão desejava deixar bem claro que esta disposição era para ser utilizada apenas em casos excepcionais e não de modo indiscriminado e excessivo, o que vulneraria o princípio da barreira única, instaurado pelo Regulamento n. 4064/89. CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 317.

<sup>68</sup> Considerações sobre a cláusula alemã como um elemento da quebra do princípio da barreira única, isto é, como aplicação excepcional dos direitos nacionais da concorrência às concentrações de

cláusula alemã é fruto da conciliação de posturas contraditórias. De um lado estavam Estados que possuíam legislação nacional própria, especialmente a Alemanha, que inclusive veio a emprestar o nome ao mecanismo. De outro rogava-se a necessidade de ser instituído um sistema de controle centralizado, individualizando em uma única autoridade a competência para a avaliação e evitando a aplicação concorrente de legislações que já vinha causando desconfortos nos casos submetidos aos artigos 81 e 82 TCE. Como restou, presentes os requisitos, a Comissão se limitará a uma valorização preliminar da subsistência deles e da oportunidade do reenvio e será o Estado-membro que aplicará de forma exclusiva a sua legislação interna de defesa da concorrência. Com efeito, o artigo 9º. não prevê a aplicação concorrente da norma comunitária e da nacional. Os países liderados no seu pleito pela Alemanha venceram a disputa e incluíram uma espécie de descentralização do trato de casos que caíssem na esfera do Regulamento n. 4064/89, e com a aplicação de um outro direito.

O Regulamento contém inúmeras outras regras de procedimento. Vale citar a determinação dos prazos para o início do processo e para as decisões, regulados pelo artigo 10, o pedido de informação, regulado pelo artigo 11, as inspeções a serem procedidas pelas autoridades dos Estados-membros, reguladas pelo artigo 12, o poder da Comissão em matéria de inspeções, regulado pelo artigo 13, as sanções pecuniárias e administrativas compulsórias para as infrações, dos artigos 14 e 15, o controle do Tribunal, que está nos artigos 10, n. 5, 16 e 21, n. 2, o sigilo profissional, que está no artigo 17, a audição dos interessados e terceiros, regulada pelo artigo 18, e a publicação das decisões, constada do artigo 20.

Sempre que uma concentração esteja submetida à regra do Regulamento, o direito dos Estados-membros não encontra mais aplicação. Esta regra de inaplicabilidade dos direitos nacionais, constada do artigo 21, n. 3, é conhecida como balcão único ou barreira única (*One Stop-Shopping; guichet unique*). A aplicação do direito comunitário é exclusivamente realizada pela Comissão<sup>69</sup>, diferenciando-se em muito da aplicação paralela vista até aqui dos artigos 81 e 82 TCE, fruto de entendimento que prevaleceu na Comunidade, mas que agora assume nova dimensão com o efeito desalojador fático. Essa regra de exclusividade do trato da matéria demonstrou que a tendência que já vinha desde anos sendo observada na jurisprudência de deslocamento do direito nacional pelo comunitário era ainda mais

---

empresas de dimensão comunitária, podem ser vistas em CALVO CARAVACA e GOÑI URRIZA. *Idem*, p. 315-331.

<sup>69</sup> Exceções à regra, como a presença das cláusulas alemã e holandesa, são comentadas em WEITBRECHT, A. *Op. cit.*, p. 18-21. Mais sobre exceções ao *one-stop merger control* pode ser visto em CRAIG, P.; de BÚRCA, G. *Op. cit.*, p. 1056-1058. Especificamente, sobre mais uma exceção à regra, qual seja a invocação de interesses legítimos dos Estados-membros, distintos dos contemplados no Regulamento, constada do seu artigo 21, n. 4, que responde ao temor dos Estados em ver as concentrações submetidas a uma valorização exclusivamente concorrencial, sem ser levado em contra outros interesses protegidos por suas próprias legislações, ver CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 332-367, onde os autores citam inúmeros exemplos deles. Importantes disputas judiciais ocorridas antes do surgimento do Regulamento n. 4064/89, que ensejaram notificações em vários Estados, suscetíveis ainda aos conflitos entre direito comunitário e direitos nacionais, que por tal contribuíram para a conscientização de que a norma deveria conter um controle único, podem ser vistas em CALVO CARAVACA e GOÑI URRIZA. *Idem*, p. 112-119. Mesmo posteriormente ao surgimento do Regulamento n. 4064/89, a existência das exceções e incertezas por isso criadas geraram a necessidade de, em certas ocasiões, a operação ser notificada a duas autoridades de concorrência. *Idem*, p. 35.

evidente no Regulamento n. 4064/89<sup>70</sup>. Tratou-se, pois, de uma novidade no controle de concentrações<sup>71</sup>, que afastou a incerteza da aplicação cumulativa de legislações. O deslocamento do direito nacional pelo comunitário é expresso, e não fático, como considerado o constado no artigo 3º. do outro novo Regulamento n. 1/2003. Não há que se falar aqui de barreira dupla.

O artigo 21, n. 2, apresenta a competência exclusiva da Comissão para tomar as decisões previstas no Regulamento. Este princípio, junto com a inaplicabilidade acima vista, visa introduzir uma norma jurídica única, qual seja o Regulamento, administrada por um só órgão competente, a Comissão<sup>72</sup>. Esse artigo, então, melhor analisado, é o que disciplina a relação entre o direito nacional e o comunitário relativa aos atos de concentração.

Com isso, observava-se no Regulamento das concentrações de empresas uma espécie de princípio desalojador dos ordenamentos nacionais, agora também presente, de forma atenuada, pois não prevê a proibição da aplicação da legislação nacional, no regulamento para a modernização da aplicação das normas dos artigos 81 e 82, recém estudado.

Ainda, em função do artigo 22, n. 1, conhecido como cláusula holandesa, pode a Comissão, em situações excepcionais, avaliar uma concentração que não possua dimensão comunitária<sup>73</sup>, quando ela crie ou reforce uma posição dominante que dê origem a entraves significativos a uma concorrência efetiva no território de um Estado-membro. Em verdade, os requisitos são quatro: tratar-se de uma concentração

---

<sup>70</sup> WEITBRECHT, A. *Op. cit.*, p. 20-21 e CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 193.

<sup>71</sup> *Idem*, p. 190.

<sup>72</sup> VAN BAEL, I.; BELLIS, J.-F. *Op. cit.*, p. 404.

<sup>73</sup> Trata-se de regra que também representa uma exceção (está é, sim, ainda que promova o inverso da cláusula alemã, uma quebra ao revés, também uma exceção, já que o controle exclusivo da Comissão é previsto para os casos de dimensão comunitária e aqui se refere a casos que não têm esta característica) ao controle exclusivo da Comissão para o trato dos casos de dimensão comunitária. CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 250. Considerações sobre a cláusula holandesa como um elemento da quebra do princípio da barreira única, isto é, como aplicação excepcional do direito comunitário da concorrência a concentrações de empresas que não tenham dimensão comunitária, podem ser vistas em CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 367-375 e em CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 1305-1308. Como resta a compatibilização da referida cláusula com a criação do novo critério para as concentrações, que inicialmente não apresentam dimensão comunitária e devem ser comunicadas em três ou mais Estados-membros em 1997? Restará a cláusula holandesa sem efeito? E as modificações ocorridas em 1997 quanto à possibilidade de mais de um Estado-membro peticionarem em conjunto o envio do caso que não atinge a dimensão comunitária para a Comissão? O critério criado em 1997 fez com que os casos que inicialmente não atingiam a dimensão comunitária fossem revistos sob um novo critério, de valores mais reduzidos. O resultado era que mais casos passariam a ter dimensão comunitária. A cláusula holandesa teria, ao menos, sua aplicação reduzida. A resposta parece estar na exigência das mais de três notificações, quando, presentes os demais requisitos, a concentração atinge por força do Regulamento dimensão comunitária. Há que se pensar no exemplo de serem obrigatórias quatro notificações, mas não serem atingidos os patamares do novo critério, isto é, não ter a concentração dimensão comunitária mesmo assim. Nesse caso continuaria a valer a cláusula holandesa. Com efeito, o artigo 4º, n. 5 do Regulamento n. 139/2004 disciplina que no caso de uma concentração que não tenha dimensão comunitária e que possa ser apreciada pela legislação nacional de pelo menos três Estados-membros, a Comissão pode ser informada que o caso deve ser examinado por ela e submetido ao princípio da barreira única. Isso só não terá lugar se pelo menos um destes Estados-membros manifestar o seu desacordo.

segundo o artigo 3º., carecer de dimensão comunitária segundo o artigo 1º., afetar o comércio entre os Estados-membros e ameaçar afetar significativamente a concorrência no território do Estado-membro ou dos Estados-membros que apresentem o pedido.

Com efeito, devido ao elevado montante dos patamares que determinavam a dimensão comunitária, Estados-membros que não dispunham de controles e que acreditavam que restariam vulneráveis solicitaram a introdução dessa cláusula. Como resultado esperado, tais Estados-membros usavam-na para o trato dos seus casos que não atingiam a dimensão comunitária<sup>74</sup>.

Novamente o interesse dos grandes Estados de excluir toda competência da Comissão, quanto às operações que não atingissem a dimensão comunitária, contrastava com o dos pequenos de aceitar a possibilidade de intervenção subsidiária por requisição do Estado-membro afetado. O assunto, como já ocorrera no caso da cláusula alemã, somente foi composto mediante um compromisso<sup>75</sup>.

A referida cláusula é atualmente raramente utilizada, devido ao fato de que a maioria dos Estados-partes possuem regras aplicáveis às concentrações de empresas<sup>76</sup>. Lembra-se que a inexistência de regras próprias é que levou alguns Estados-membros a solicitarem a inclusão da cláusula. Finaliza-se aqui a análise das questões referentes ao âmbito de aplicação da norma e na seqüência é trazido o procedimento de controle preventivo da operação de concentração.

Para que a Comissão exerça o controle prévio das concentrações é necessário que ela tenha conhecimento das mesmas, conforme um procedimento legalmente previsto. Este é caracterizado pela brevidade dos prazos, que prevêem uma duração máxima de cinco meses, pela colaboração com as autoridades dos Estados-membros, pela aceitação do silêncio administrativo positivo, pelo qual caso a Comissão não adote nenhuma decisão dentro de qualquer dos prazos, se considera que a concentração é compatível com o mercado comum, pelo efeito suspensivo, segundo o qual as concentrações projetadas não poderão ser levadas a efeito sem a notificação e nem até que a Comissão adote uma decisão declarando a compatibilidade delas com o mercado comum, pela possibilidade de modificar uma decisão ante solicitação dos participantes na concentração<sup>77</sup> e ainda pelo controle judicial das decisões.

De modo geral, o processo de controle desenvolve-se em três fases: a preliminar, que se inicia com a notificação das operações de concentração, a de instrução e a de decisão. Estas duas últimas fases<sup>78</sup> também são conhecidas como do procedimento principal e duram quatro meses.

---

<sup>74</sup> GAVALDA, C.; PARLEANI, G. *Op. cit.*, p. 413.

<sup>75</sup> Solução que foi mais bem-vinda que a de uma eventual aplicação dos artigos 81 e 82 TCE aos casos, que ensejaria aqui também as inseguranças já conhecidas. CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 369-370.

<sup>76</sup> CRAIG, P.; de BÚRCA, G. *Op. cit.*, p. 1057.

<sup>77</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 301-302.

<sup>78</sup> Normalmente apresentadas pela doutrina como uma só, motivo pelo qual comumente é falado em duas fases de controle das operações de concentração. *Idem*, p. 302-309.

O Regulamento n. 4064/89/CE introduziu um sistema de controle preventivo de operações de concentração. Esta foi a alternativa encontrada para contornar as dificuldades de executar medidas de desconcentração, em momentos posteriores<sup>79</sup>. As operações de dimensão comunitária devem ser notificadas à Comissão, segundo o artigo 4º. do Regulamento n. 139/2004. O prazo, que era de uma semana a contar da conclusão do acordo, da publicação da oferta de compra ou de venda, ou da aquisição de uma participação de controle, foi alterado. Segundo a atual regra, as concentrações devem ser notificadas antes da sua realização e após a conclusão do acordo, o anúncio da oferta pública de aquisição ou a aquisição de uma participação de controle<sup>80</sup>. O Regulamento que disciplina a notificação, entre outros assuntos, é o de n. 802/2004/CE, substituto dos regulamento ns. 3384/94 e 447/98/CE, que oferece o Formulário CO para tanto. Nele são prestadas informações sobre as partes, sobre a operação de concentração em si e sobre os mercados afetados. Além dessas, outros documentos são requeridos. As empresas são obrigadas a demonstrarem as particularidades do processo de concentração antes da conclusão do mesmo. A não-comunicação permite à Comissão a aplicação de multa.

A ausência de notificação ou prestação inexata ou insuficiente de informações pode gerar a imposição de penas por parte da Comissão. Uma concentração não podia ser realizada antes de ser notificada e nem durante um prazo de três semanas a partir da notificação, segundo a anterior disciplina do artigo 7º., n. 1. Os prazos do Regulamento eram tidos como curtos para que as atividades das empresas não fossem longamente interrompidas. Segundo a regra atual, uma concentração não pode ter lugar nem antes de ser notificada nem antes de ter sido declarada compatível com o mercado comum por uma decisão ou pela presunção prevista no n. 6 do artigo 10º., sobre a não-tomada de qualquer decisão pela Comissão em determinados assuntos e em determinados prazos ali fixados. Uma infração a essa regra citada pode originar duas conseqüências jurídicas, quais sejam uma multa no valor de 10 por cento do contrato ou a não-validação da transação até que a compatibilidade com o Regulamento tenha sido declarada, segundo o artigo 14. Pode ser que a Comissão venha a conhecer a realização de operação de concentração que não tenha sido notificada. Neste caso, dispõe a Comissão de poder de cominar sanção econômica pela violação da obrigação de notificação e mesmo quando do cumprimento desta, se as informações nela contidas forem inexatas.

A notificação preventiva da operação de concentração de dimensão comunitária é incumbência da parte que assume o controle, mas em caso de aquisição de controle conjunto, será procedida conjuntamente pelas partes interessadas, segundo o n. 2 do artigo 4º. Desse modo a Comissão pode avaliar se a concentração é compatível com a regra do mercado comum e vetá-la se vier a criar, consolidar ou mesmo reforçar uma posição dominante que obstaculiza a concorrência no mercado comum ou em uma parte substancial deste. Essa hipótese não era possível sob a égide do artigo 82 TCE. Do contrário, seria avaliada positivamente uma concentração que viesse servir à reestruturação da empresa e ao acréscimo da competitividade da

---

<sup>79</sup> VOGEL, L.; VOGEL, J. *Op. cit.*, p. 106.

<sup>80</sup> Mais, especificamente sobre esta obrigação de notificação, pode ser visto em HELLMANN, Hans-Joachim. *Die neuen Anmeldevorschriften der Fusionskontrollverordnung und ihre Bedeutung für Unternehmenszusammenschlüsse*, p. 1387-1391 e em HELLMANN, H.-J. *Das neue Verweisungsregime in Art. 4 FKVO aus Sicht der Praxis*, p. 289-293.

indústria europeia<sup>81</sup>, requisitos que em muito se aproximam dos conhecidos para a teoria da concorrência em potencial<sup>82</sup>.

A Comissão tinha um mês para dar um parecer em um processo prévio. Atualmente, a regra do artigo 10º., n. 1, fala em um prazo máximo de 25 dias úteis. O parecer pode conter uma aprovação, eventualmente com o cumprimento de condições, ou uma remessa a órgão nacional, caso não infrinja o direito comunitário ou contenha circunstâncias especiais, ou ainda pode pedir mais provas e documentos.

Em último caso é aberto um processo principal. A partir da abertura deste processo, dispunha a Comissão de um prazo de quatro meses para emitir uma decisão terminativa. Atualmente, segundo a norma do artigo 10º., n. 3, dispõe a Comissão de um prazo máximo de 90 dias úteis a contar da data do início do processo<sup>83</sup>.

A primeira fase, retomando, abrange o exame da notificação com a intenção da adoção de uma decisão que a) declare que a operação não está sob o âmbito do Regulamento, b) declare que a operação está sujeita ao Regulamento, mas não suscita séria dúvida quanto a sua compatibilidade com o mercado comum, ou c) decida iniciar o procedimento previsto para a situação em que a operação esteja sujeita ao Regulamento e suscite sérias dúvidas quanto a sua compatibilidade com o mercado comum. No caso da última hipótese, deverá a Comissão abrir um procedimento.

Uma impugnação dessa decisão pode ser buscada perante o Tribunal. Uma remessa a órgãos nacionais em atenção à cláusula alemã não é mais possível nesse estágio.

Dois são os requisitos para a fundamentação das dúvidas: artigos 2º. e 3º., isto é, se a operação de concentração cria ou reforça uma posição dominante, e se disso resultem entraves significativos à concorrência efetiva no mercado comum ou em parte substancial do mesmo<sup>84</sup>. Se os fatos forem comprovados, a operação é declarada incompatível com o mercado comum.

Vale referir que o Regulamento n. 1310/97 previa a possibilidade de adoção de uma decisão, na primeira fase do procedimento, de compatibilidade condicionada. Essa decisão pode ser revogada, caso a empresa não esteja em conformidade com o ônus imposto<sup>85</sup>. Também a decisão de compatibilidade pode ser revogada, se fundada em indicações inexatas ou fraudulentas.

Então, notificada a concentração, a Comissão deve avaliar a operação. Assim, como já previsto no artigo 82 TCE, para uma consideração de incompatibilidade não é suficiente que uma concentração crie ou reforce uma posição dominante, mas é

---

<sup>81</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 249.

<sup>82</sup> Referida em MAGALHÃES, J. C. de; SAMPAIO, O. C. de A. *Op. cit.*, p. 40-44.

<sup>83</sup> Um detalhamento de todas as alterações envolvendo prazos pode ser visto em ROSENTHAL, Michael. *Neuordnung der Zuständigkeiten und des Verfahrens in der Europäischen Fusionskontrolle*, p. 329-330.

<sup>84</sup> Note-se que o Regulamento se aplica a uma concentração que cria ou reforça uma situação de oligopólio. Uma concentração que conduza a uma situação de oligopólio, onde nenhuma das empresas interessadas tinha de *per se* uma posição dominante, pode ser declarada incompatível. Isto é, não somente o abuso é condenado. CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 260.

<sup>85</sup> *Idem*, p. 257.



necessário que seja apta a produzir uma restrição significativa da concorrência, devendo haver, ainda, um nexo de causalidade entre a criação e o prejuízo.

Para a avaliação da operação a Comissão deve ter em conta a disciplina do artigo 2º, n. 1 do Regulamento n. 139/2004, envolvendo fatores como uma concorrência efetiva, a estrutura de todos os mercados em causa, a concorrência real ou potencial de empresas situadas no interior ou exterior da Comunidade, bem como a posição que as empresas em causa ocupam no mercado, seu poder econômico e financeiro, a possibilidade de escolha de fornecedores e usuários e acesso às fontes de abastecimento. Posição dominante, definida da mesma forma que segundo o artigo 82 TCE, é a palavra-chave para uma proibição<sup>86</sup>. Os critérios levados em conta são estritamente concorrenciais. Para CASSOTTANA e NUZZO aqui não são admitidas considerações de interesses diversos ou valorização econômica global como, às vezes, consentidas pelo artigo 81, n. 3 TCE no âmbito de avaliação de acordos entre empresas<sup>87</sup>.

A exemplo do ocorrido no artigo 82, para avaliar a compatibilidade de uma concentração, a Comissão procederá a determinação do mercado relevante, seja o geográfico ou o do produto<sup>88</sup>. O formulário apresentado pelo Regulamento n. 802/2004/CE define mercado relevante para a concentração como aquele mercado do produto no qual duas ou mais partes da concentração operam e a quota de mercado conjunta, após a concentração, não seja igual ou superior a 15 % para os relacionamentos horizontais, e aquele no qual uma ou mais partes da concentração operam e depois da concentração, nenhuma das partes, só ou conjuntamente, detenha uma quota igual ou superior a 25 % para os relacionamentos verticais, isto é, entre fornecedores e clientes<sup>89</sup>.

Vencidos os procedimentos de controle e de instrução, em uma última fase a Comissão adotará uma decisão que a) segundo o artigo 2º, n. 2 do Regulamento, quando a concentração não crie nem reforce uma posição dominante que obstaculize de modo significativo a concorrência efetiva sobre o mercado comum ou sobre uma parte substancial deste, declare a operação compatível com o mercado comum, ou b) declare a concentração incompatível com o mercado comum quando ela, segundo o n. 3 do citado artigo, crie ou reforce uma posição dominante que obstaculize significativamente a concorrência efetiva sobre o mercado comum ou sobre uma parte substancial deste.

---

<sup>86</sup> MATHIJSEN, P. S. F. R. *A guide to European Union law*, p. 290. Assim também para GAVALDA, C.; PARLEANI, G. *Op. cit.*, p. 401, que acrescentam a palavra aquisição.

<sup>87</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 260.

<sup>88</sup> Ver um estudo mais detalhado em JAEGER JUNIOR, A. Os critérios de mercado relevante e investidor privado no Direito Comunitário da Concorrência. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org.). *Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI*, p. 187-191. A influência do surgimento do conceito de mercado interno na ampliação do âmbito geográfico de aplicação do direito comunitário da concorrência foi estudada em MASKE, August-Carel. *Die geographische Dimension im europäischen Wettbewerbsrecht: Räumlich relevanter Markt und wesentlicher Teil im Binnenmarkt*, 287 p.

<sup>89</sup> GAVALDA, C.; PARLEANI, G. *Op. cit.*, p. 417-418. Patamares cujo não-atingimento também permite as concentrações valerem-se das regras constantes da Comunicação da Comissão referente ao procedimento simplificado para o exame de determinadas concentrações segundo a norma do Regulamento n. 4064/89, de 29 de julho de 2000. TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*, p. 697.

A condição de incompatibilidade deve ser adotada no prazo do n. 3 do artigo 10º. Caso não seja adotada uma tal decisão nesse período, aplica-se a presunção de compatibilidade da concentração com o mercado comum<sup>90</sup> do n. 6 do mesmo artigo. Então a Comissão deve decidir, pois do contrário o decurso do prazo provoca uma autorização automática.

Caso a concentração já esteja realizada, a Comissão, além de declarar a operação incompatível, pode impor, no mesmo procedimento ou em separado, a divisão da empresa ou dos elementos patrimoniais adquiridos ou incorporados, a cessação do controle comum ou qualquer outro remédio apto a restaurar a condição de concorrência efetiva.

Concluindo, segundo o artigo 7º. do Regulamento, com as modificações então advindas com o Regulamento n. 1310/97, uma tal operação só poderá ser realizada uma vez notificada a Comissão e após esta tê-la declarado compatível com o mercado comum, procedimento realizado à luz dos artigos 6º., n. 1, letra b, para a decisão que declara uma concentração compatível, artigo 8º., ns. 1 e 2, para decisão de compatibilidade seguida de modificação por parte da empresa interessada, ou segundo o artigo 10º., n. 6, que é a presunção de compatibilidade por decurso de prazo sem adoção de uma decisão.

A análise da norma em vigor ainda passa pela questão da sua aplicação extraterritorial. O Regulamento é aplicado para atos de empresas situadas fora do território comunitário, desde que a fusão entre elas seja própria para produzir efeitos no mercado interno, da mesma forma que as outras regras concorrenciais. Com efeito, em várias oportunidades a Comissão exerceu o controle sobre operações de concentração efetuadas fora da Comunidade por empresas de Estados terceiros<sup>91</sup>. Assim, a prática não distingue as concentrações segundo a sede intra ou extracomunitárias das empresas implicadas.

#### **2.2.d) Antecedentes da substituição do Regulamento n. 4064/89**

A evolução natural da Comunidade e o passar dos anos fizeram surgir idéias de reformas das regras originais. Como já abordado, as principais foram realizadas em 1997, pelo Regulamento n. 1310/97. As atuais dizem mais respeito a aspectos processuais e podem ser vistas como uma unificação de regras que estavam dispersas em vários documentos comunitários<sup>92</sup>. Segundo o considerando n. 6 do Regulamento

---

<sup>90</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 258.

<sup>91</sup> A aplicação extraterritorial das normas é tema que mereceria desenvolvimentos mais aprofundados. Estes, todavia, podem ser conferidos em CASELLA, Paulo Borba. *Soberania e aplicação do direito da concorrência na CE e no Mercosul*, p. 125-138 e nas referências feitas na última parte deste capítulo. Sobre a extraterritorialidade nos regulamentos de aplicação do direito comunitário, em especial no então Regulamento n. 4064/89 relativo ao controle de operações de concentrações de empresas, considerações que são aplicáveis à nova regra, ver BASEDOW, Jürgen. *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, p. 92-95 e CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 243-249.

<sup>92</sup> Os acontecimentos com vistas às reformas surgidos entre estes eventos podem ser conferidos em STAEBE, Erik; DENZEL, Ulrich. *Die neue Europäische Fusionskontrollverordnung (VO 139/2004)*, p. 194-196.

n. 139/2004, impunha-se a criação de um instrumento jurídico específico que fosse o único aplicável às concentrações, que antes foi detalhado.

A primeira idéia de reforma a ser analisada é a de MONTAG. O autor propõe uma coordenação, uma convergência dos inúmeros ordenamentos controladores de fusões<sup>93</sup>. Ele parte de um levantamento de problemas, como, por exemplo, quem é obrigado a comunicar, qual o prazo e quais princípios são observados pelas leis dos países estudados. Na seqüência, analisa o regime dos países do Espaço Econômico Europeu e uma provável harmonização destes com o Regulamento das concentrações de empresas então vigente. Observa que as diferenças nacionais nas normas controladoras de fusões seguramente afetam o mercado interno e, por tal, é possível se valer do artigo 95 TCE para a promoção de uma adaptação do direito<sup>94</sup>. Isto é impressionante, pois ele propõe o uso do artigo 95 TCE para uma harmonização em termos de concorrência, sendo que o mesmo é dirigido à consecução do mercado interno! Então a concorrência faz parte do mercado interno? O conceito de mercado interno não é limitado às liberdades comunitárias? Esta matéria e raciocínio já foram anteriormente discutidos. A idéia de MONTAG parece servir para reforçá-la e consolidar entendimentos que vêm sendo defendidos aqui.

Mas MONTAG parece ter um ideal mais amplo, qual seja o de uma convergência de nível mundial, já que trata de um problema mais complexo que em âmbito comunitário ou europeu. Nesse sentido, cita o exemplo do acordo entre os Estados Unidos da América e a Comunidade Européia sobre cooperação, como um modelo de sucesso que obteve resultados positivos em vários casos<sup>95</sup>. Posteriormente, ele sugere uma iniciativa multilateral e lembra que a American Bar Association, em 1991, apresentou uma proposta nesse sentido. A esta se seguiram outras em 1994 e 2000, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e do International Competition Policy Advisory Committee respectivamente, cujos

---

<sup>93</sup> MONTAG, Frank. Konvergenz bei internationalen Fusionen. In: *KONVERGENZ der Wettbewerbsrechte – Eine Welt, ein Kartellrecht*, p. 40.

<sup>94</sup> *Idem*, p. 49.

<sup>95</sup> O citado acordo firmado em 1991 entre a Comunidade Européia e os Estados Unidos da América representa uma alternativa para perseguir e sancionar com eficácia condutas restritivas ocorridas no estrangeiro. Sobre cooperação internacional na aplicação do direito da concorrência ver SÁNCHEZ-TARAZAGA Y MARCELINO, Jorge. *La libre competencia en el mercado único europeo y en EE UU: la cooperacion internacional en la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia*, p. 37-41. Ele apresenta quatro instrumentos essenciais, quais sejam a comunicação de casos que afetem o interesse da outra parte, a troca de informações, o apoio recíproco na aplicação de determinadas medidas e a colaboração para a eliminação de comportamentos contrários à concorrência por uma das partes, quando a outra é prejudicada. FRIESS, Bernhard. Die internationale Zusammenarbeit der EU und der USA – Austausch von Informationen. In: *KONVERGENZ der Wettbewerbsrechte – Eine Welt, ein Kartellrecht*, p. 69. O acordo apresentou um incremento sensível no trato de casos desde 1991. Dos iniciais 17 processos de colaboração, este número cresceu em 2000 para 162. Atualmente também a forma de contato entre os grupos de trabalhos foi facilitada. Praticamente diariamente algum contato é estabelecido por e-mail, conferências on-line ou chamadas e algumas vezes até por conversas pessoais. Uma questão ainda a melhorar é o pequeno número de colaborações nos processos de cartéis, em comparação com os de fusões. MONTE, Mario. *The international dimension of competition enforcement*, p. 79-81 e FRIESS, B. *Op. cit.*, p. 70 e 73. Ainda com relação a esta experiência, para o futuro, FRIESS prevê a consideração do que se denomina acordos de segunda geração e um esforço com vistas a uma maior convergência, pois somente a troca de informações que originem-se de casos concretos não é suficiente. Para tanto ele propõe um diálogo entre os grupos de trabalho. Neste sentido, em 24 de setembro de 2001 cinco grupos destes foram formados, com o intuito de fomentar um melhor conhecimento da prática e do método do outro parceiro no acordo. *Idem*, p. 74.

estudos ensejaram fóruns de discussões. Por fim, lembra o autor da criação do International Competition Network, um fórum de discussão internacional das autoridades de concorrência, cuja conferência de abertura ocorreu em 2002, em Napoli, e do seu Merger Review Working Group<sup>96</sup>, assuntos que voltarão a ser tratados.

Em conclusão, afirma que uma “convergência a nível mundial é dificilmente atingida e uma harmonização praticamente impossível”<sup>97</sup>. Contudo, os esforços já realizados eram tidos como louváveis, especialmente porque objetivavam a melhorar não unicamente a execução do direito, mas também tornar o processo mais transparente e eficiente<sup>98</sup>.

Em verdade, processos passo a passo são melhor desenvolvidos em direito comunitário do que a radical experiência de uma unificação, esta nem desejada. Em âmbito mundial, como será visto na última parte deste capítulo, a idéia de uma unificação não tem encontrado respaldo, motivo pelo qual as propostas giram em torno de legislação de regras mínimas e de concretização de regras em âmbitos regionais, em um primeiro momento, para depois eventualmente atingir o âmbito mundial.

Outras idéias de reforma do então vigente controle de concentração de empresas propriamente dito, e não de sistemas de controles, envolviam sempre a diminuição dos patamares do critério de dimensão comunitária. Isso já estava acertado desde o Compromisso que estabeleceu os patamares iniciais, por ocasião do seu surgimento, para ocorrer após um período provisório de quatro anos. Na época, devido à dificuldade de obtenção de um consenso, vários esclarecimentos e protocolos, mesmo no âmbito do Regulamento n. 4064/89, foram firmados<sup>99</sup>. Tal diminuição ocasionaria um incremento no já deficitário problema de eficiência administrativa da Comissão<sup>100</sup>, pois aumentaria o número de notificações. Uma das principais críticas oferecidas quando do surgimento do Regulamento era relacionada ao fato de ele ter estabelecido um procedimento similar ao contido no regulamento de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE de então<sup>101</sup>. Os problemas conhecidos de atraso na

---

<sup>96</sup> MONTAG, F. *Op. cit.*, p. 53-54.

<sup>97</sup> *Idem*, p. 54.

<sup>98</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>99</sup> WEITBRECHT, A. *Op. cit.*, p. 18. O principal foi o chamado de Compromisso quanto à revisão dos valores em um prazo de quatro anos, considerado uma espécie de período provisório. Momentos antes da conclusão do projeto final de regulamento, em novembro de 1988, os patamares apresentavam-se em um bilhão de euros, cem milhões de euros e três quartos para as hipóteses do artigo 1º., respectivamente. A posterior elevação dos patamares se deu pela resistência dos Estados-membros, notavelmente apresentada pelos que já detinham um controle de concentração, o que um controle comunitário viria a interferir. Como resultado das negociações ainda é de se indicar a inclusão no Regulamento n. 4064/89 da cláusula alemã, do artigo 9º. HIRSBRUNNER, Simon. *Die revidierte EG-Fusionskontroll-Verordnung*, p. 69. Sobre o Compromisso que conciliou posturas contraditórias com a inclusão da referida cláusula ver ainda CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 316. O Compromisso como um todo, na época, foi classificado por VOGEL como um fator de ineficiência, de precariedade e sobretudo de incerteza. VOGEL, L. *Op. cit.*, p. 897-902.

<sup>100</sup> GROGER, T.; JANICKI, T. *Op. cit.*, p. 1001.

<sup>101</sup> Em verdade, nem era sabido se a própria aplicação destes artigos estava vedada com a entrada em vigor do Regulamento n. 4064/89. Este não vedava claramente, e nem poderia, a aplicação de normas do direito primário. Conselho e Comissão alternavam-se em posições diferentes. VOGEL, L. *Op. cit.*, p. 900-901. Do que é sabido, os artigos não foram mais aplicados aos casos de concentração de empresas de âmbito comunitário. A doutrina parece desconsiderar e desaconselhar um eventual retorno

tomada de decisões se repetiriam. Hoje, mesmo o regulamento de aplicação dos citados artigos foi modernizado, segundo matéria já trabalhada, o que fez com que fossem esperadas modificações na mesma ordem no controle de operações de concentrações.

Ainda que ante a iminência desses problemas, a Comissão apresentou em 1993 uma proposta de diminuição dos valores. Nela a Comissão externou a necessidade de modificações não apenas na regra das cifras e na do envio dos processos às autoridades nacionais, mas em várias matérias<sup>102</sup>.

Em 1996, com a publicação de um Livro Verde e de duas propostas baseadas em um Livro Branco, a Comissão novamente propôs uma revisão nas cifras com o objetivo de alargar o campo de aplicação do Regulamento n. 4064/89<sup>103</sup>. A primeira proposta previa uma redução geral das cifras e a segunda uma longa lista de outras modificações.

Modificações ao Regulamento original advieram com o Regulamento n. 1310/97/CE, de 30 de junho de 1997, que ampliou o poder de controle da Comissão, que já detinha competência exclusiva para o trato da questão. Embora o Regulamento tratado tivesse por fundamento o tal Compromisso firmado pela presidência francesa, por ocasião do consenso buscado em 1989 quanto às cifras para uma concentração ser classificada como de dimensão comunitária, ele não alterou o montante de faturamento estipulado pelo anterior Regulamento no seu artigo 1º., n. 2, cuja superação é o requisito para uma tal classificação. Mas determinou outros eventos que caracterizam uma operação de concentração como de dimensão comunitária, como já mencionado, atualmente constados do n. 3 do artigo 1º. do Regulamento de controle das concentrações de empresas. Ao contrário do que a doutrina amplamente

---

à aplicação destes artigos a tais casos. CRAIG, P.; de BÚRCA, G. *Op. cit.*, p. 1058. Mais incerteza existe quanto aos casos de concentração que não atingem a dimensão comunitária e uma eventual aplicação dos referidos artigos do TCE. Efetivamente, por causa dos elevados patamares originais, havia concentrações que, mesmo não atingindo a dimensão comunitária, repercutiam no comércio entre os Estados-membros. CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 118. Aqui a doutrina asseverava que somente uma modificação do Tratado poderia excluir uma tal concentração do campo de aplicação dos referidos artigos. VOGEL, L.; VOGEL, J. *Op. cit.*, p. 101-103. Um exemplo de casos onde o artigo 81 TCE continuou sendo aplicado, por expressa disposição de competência negativa do Regulamento n. 4064/89 no seu então artigo 3º., n. 2, removida pelo Regulamento n. 1310/97, referia-se aos acordos criadores de empresas comuns que exercitavam funções de entidades econômicas coordenadoras de outras que se mantinham independentes. CRAIG, P.; de BÚRCA, G. *Op. cit.*, p. 1041 e GAVALDA, C.; PARLEANI, G. *Op. cit.*, p. 346-350, 400-401, 407-408 e 413. A criação de um segundo critério para a consideração de concentrações como de dimensão comunitária pelo Regulamento n. 1310/97 auxiliou na solução desta controvérsia, uma vez que mais concentrações passaram a estar submetidas à barreira única da Comissão.

<sup>102</sup> HIRSBRUNNER, S. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>103</sup> Sobre a idéia de ampliação do âmbito de aplicação do então Regulamento de controle das concentrações pela diminuição dos patamares, ver EHLERMANN, C.-D. *Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt*, p. 795. Propostas da Comissão tentaram reduzir estes valores para 2 bilhões e 150 milhões, respectivamente, o que ocasionaria uma dobra dos casos anuais a serem notificados. MÖSCHEL, W. *Op. cit.*, p. 252. O governo alemão condicionou esta redução do patamar à criação de uma autoridade européia da concorrência independente. MÖSCHEL tinha esta vinculação como arriscada e acreditava que a idéia de uma autoridade independente não era o pensamento da maioria na Comunidade. *Idem*, p. 253.

difunde<sup>104</sup>, o Regulamento n. 1310/97 não diminuiu pela metade os patamares anteriormente exigidos para a sujeição de uma operação de concentração ao controle da Comissão, mas sim criou um outro critério, complementar, que serve para ser aplicado a outras situações<sup>105</sup>. Essa talvez seja a definição correta do que ocorreu. Houve a extensão da competência da Comissão a operações de concentração muito menos importantes economicamente, mas que afetavam territórios de vários Estados-membros.

Ainda que a idéia da redução das cifras tenha fracassado, o Regulamento n. 1310/97 promoveu uma série de modificações e complementações no controle de concentrações, motivo pelo qual foi apontado como o ordenamento reformador do sistema implantado em 1989. Com efeito, isso pode ser sentido nos requisitos pelos quais um Estado-membro pode solicitar à Comissão a remessa de um processo (cláusula alemã), ao que, mesmo cumpridos os requisitos, a Comissão não era obrigada, mas passou a ser quando o mercado distinto não representar nenhuma parte substancial do mercado comum<sup>106</sup>, nos do envio de um caso que não tenha dimensão comunitária para ser tratado pela Comissão (cláusula holandesa), que passou a poder ser peticionado por mais de um Estado-membro em conjunto, e na aproximação ou paralelismo dos prazos de três semanas (dentro do qual as empresas não podiam executar a concentração) e de um mês (dentro do qual a Comissão tinha que decidir a fase de averiguação), com a extensão do primeiro<sup>107</sup>.

A principal modificação pareceu residir na inclusão do segundo critério para a determinação da dimensão comunitária. Esse novo critério alargou a esfera de abrangência do controle, uma vez que criou regras para serem cumpridas pelas empresas que promoviam concentrações que, pelo fato de não atingirem os patamares para serem consideradas de dimensão comunitária, deveriam ser notificadas em mais de um Estado-membro, no caso concreto da regras, em três ou mais<sup>108</sup>. Segundo a Comissão, um grande número de concentrações que não atingia a dimensão comunitária deveria ser notificado em mais de um Estado, o que representava grandes

---

<sup>104</sup> PASCAR, N. Legislación sobre Defensa de la Concurrencia/Competencia en la Unión Europea y Ley Argentina. In: PIMENTEL, Luiz Otavio (org.). *Direito da Integração: estudos em homenagem a Werter R. Faria*, p. 213; PASCAR, Norma A. *Nueva Ley de Defensa de la Competencia en Argentina n. 25156/99. Actualidad en la Unión Europea. Protocolo n. 18 en el Mercosur*, p. 253-254 e PASCAR, N. A. II parte: El derecho de la competencia en la Comunidad Europea. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 90.

<sup>105</sup> Em clara manifestação de que se trata de uma nova categoria e não da redução dos patamares aplicados anteriormente ver SOUTY, F. *Op. cit.*, p. 113 e CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 249.

<sup>106</sup> Situação na qual a Comissão se limitará a uma avaliação preliminar da subsistência dos requisitos e da oportunidade do reenvio. CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 316.

<sup>107</sup> HIRSBRUNNER, S. *Op. cit.*, p. 69-71. Por tal, DRUESNE já falava de um prazo de quatro semanas seguintes à notificação para que a operação não fosse colocada em prática. DRUESNE, Gérard. *Droit de l'Union Européenne et politiques communautaires*, p. 284. E SOUTY no semelhante prazo de um mês. SOUTY, F. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>108</sup> Alguns casos jurisprudenciais ocorridos antes do surgimento do Regulamento n. 4064/89, que ensejaram notificações em vários Estados, que por tal contribuíram para a conscientização que este deveria conter um controle único, podem ser vistos em CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 112-119. Atualmente esta notificação é disciplinada pelo Regulamento n. 802/2004/CE, de 7 de abril de 2004, de execução do Regulamento n. 139/2004, que apresenta para tanto o Formulário RS. Ver detalhes sobre a notificação e as informações exigidas para tanto em ROSENTHAL, M. *Op. cit.*, p. 328.

riscos e incertezas para as empresas<sup>109</sup>. Por tal, esta regra também é considerada como favorável pelas empresas, que já vinham preferindo que suas concentrações caíssem mesmo na Comissão e não tivessem que se submeter à pluralidade de notificações e interpretações dos Estados-membros<sup>110</sup>. Com a alteração dessas regras, considerada a segunda melhor solução perante o não-atingimento do desejo de uma redução geral das cifras, desejava a Comissão concretizar o alargamento da aplicação do controle, de longa data já previsto<sup>111</sup>.

Outro tema discutido logo após essas alterações quanto as cifras referia-se ao emprego de uma decisão de liberação pela Comissão a casos não-problemáticos. A aplicação de um processo simplificado de exame para determinadas categorias de concentração pela Comissão é previsto desde meados de 2000. Essas categorias já vinham sendo consideradas como não-problemáticas para a concorrência e constantemente declaradas compatíveis com o mercado comum<sup>112</sup>. Isso pode ser visto como uma espécie de isenção em grupo para casos com essa característica<sup>113</sup>, pois o controle preventivo ficou prejudicado.

Em termos de reformas, não é possível esquecer do Livro Verde de 11 de dezembro de 2001 para a segunda revisão do Regulamento n. 4064/89. Este propunha revisões com o objetivo de garantir a eficácia do controle de concentrações na Comunidade, perante as alterações políticas e econômicas, especialmente a entrada do euro em circulação e o alargamento de 2004. Ele continha propostas para específicos tipos de concentrações, sobre os quais não se tinha mais certeza se deveriam continuar sendo abrangidos pelo Regulamento de então. Não que a execução deste não estivesse mais contando com pleno sucesso, mas o tempo, a delicadeza das relações entre direitos nacionais e comunitário, o surgimento de operações de caráter mundial e transatlântico, exigiam revisões<sup>114</sup>. Sobretudo, o seu texto refletia modificações que haviam se tornado necessárias em função do relatório de 28 de junho de 2000 sobre os resultados da aplicação do Regulamento n. 4064/89, com as alterações advindas com o estabelecimento do segundo critério para a avaliação de uma concentração de dimensão comunitária pelo Regulamento n. 1310/97. O relatório, que cumpria a disposição do artigo 1º, n. 4 do Regulamento n. 4064/89 de ser emitido até aquela data, havia atestado que apesar do alargamento do âmbito de aplicação do controle, os problemas relacionados à pluralidade de notificações não puderam ser atacados de

---

<sup>109</sup> Sobre propostas de redução dos valores do artigo 1º, n. 2, do Regulamento n. 4064/89, que conduziram a uma anulação do n. 3 deste artigo, vista como a mais praticável e fácil solução para o trato de casos que se submetiam a direitos díspares dos Estados-membros, referido aos casos que devem ser notificados a mais de três Estados-membros, que apresenta valores menores que o número anterior, ver BERG, W. *Op. cit.*, p. 157-158.

<sup>110</sup> Sobre a redução das notificações que devem ser feitas a mais de um Estado-membro, pela submissão delas a um controle em barreira única, ter sido ou não o critério certo adotado pela Comissão, ver BARTOSCH, Andreas; NOLLAU, Anne-Kathrin. *Die zweite Generalüberholung der europäischen Fusionskontrolle: das Grünbuch der Kommission vom 11.12.2001*, p. 199-200.

<sup>111</sup> Um esclarecedor gráfico de como restou o atingimento por uma concentração das regras do controle das concentrações após estas alterações pode ser visto em HIRSBRUNNER, S. *Op. cit.*, p. 75 e em HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 146-147.

<sup>112</sup> DRUESNE, G. *Op. cit.*, p. 285. Os requisitos que constam na Comunicação da Comissão referente ao procedimento simplificado para o exame de determinadas concentrações segundo a norma do Regulamento n. 4064/89, de 29 de julho de 2000, podem ser também vistos em CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 258 e em TESAURO, G. *Op. cit.*, p. 696-697.

<sup>113</sup> BUNTE, Hermann-Josef. *Kartellrecht*, p. 359.

<sup>114</sup> GAVALDA, C.; PARLEANI, G. *Op. cit.*, p. 402.

forma eficaz e persistiam<sup>115</sup>. O surgimento do Livro Verde abriu um período de consultas, no qual foram discutidos três temas principais, quais sejam questões de competência, questões materiais e questões processuais<sup>116</sup>. O referido período encerrou-se em março de 2002.

Em relação às questões de competência, a Comissão propôs alterações no artigo 5º, n. 2 do Regulamento n. 4064/89. Além disso, gostaria de saber se o conceito de controle do artigo 3º, n. 3, deveria ser harmonizado com o de grupo de empresas do artigo 5º, n. 4. Propôs, também, alterar o artigo 1º, n. 3, do Regulamento. Devido às altas exigências para uma transferência de processos, em função do artigo 9º, sugeriu a Comissão uma facilitação, uma flexibilização e uma redução do prazo para um requerimento do Estado-membro, que era de três semanas, revendo posicionamentos anteriores<sup>117</sup>. No mesmo sentido da reflexão acima, tendo como objetivo promover alterações no artigo 22, sugeriu a Comissão facilitações e flexibilizações do Regulamento n. 4064/89 nos casos de transferências de processos de concentração do Estado-membro para a Comissão.

Em relação às questões materiais, refletiu a Comissão no Livro Verde se o conceito de dominação do mercado do artigo 2º. deveria ceder lugar ao de diminuição substancial da concorrência (*substantial lessening of competition, wesentlichen Wettbewerbsverminderung*) do direito norte-americano, que vinha sendo discutido e aplicado pela jurisprudência comunitária<sup>118</sup>. A necessidade dessas reformas se fez mais nítida no decorrer do ano de 2002, considerado como negro, quando a Comissão sucumbiu em quatro processos perante o Tribunal de Primeira Instância, de cassação de proibições de concentrações tomadas por sua parte<sup>119</sup>. Críticas ao modelo comunitário existente conduziam o pensamento a uma proposta de troca de sistema e alinhamento ao modelo norte-americano<sup>120</sup>. Ainda em âmbito material, queria saber a Comissão se os ganhos de eficiência deveriam ser incluídos na análise de cartéis<sup>121</sup>.

Quanto às questões processuais, promoveu sugestões no que se referia a prazos, nas autorizações de fiscalização e patamares de multas, bem como a introdução de taxas para a comunicação de concentrações.

---

<sup>115</sup> Comentários ao relatório emitido em 28 de junho de 2000 sobre a aplicação da então nova norma do artigo 1º, n. 3 do Regulamento n. 4064/89, introduzida pelo Regulamento n. 1310/97, que também introduziu a obrigatoriedade da apresentação do relatório, podem ser conferidos em BARTOSCH, A.; NOLLAU, A.-K. *Op. cit.*, p. 197-198.

<sup>116</sup> Outras questões suscitadas com esta propositura foram discutidas em BERG, W. *Op. cit.*, p. 157-170 e em BARTOSCH, A.; NOLLAU, A.-K. *Op. cit.*, p. 198-208.

<sup>117</sup> Sobre novas discussões advindas com o surgimento do Livro Verde de 2001 referentes às restritas possibilidades de aplicação da cláusula alemã ver BERG, W. *Op. cit.*, p. 158-160.

<sup>118</sup> TESAURO, G. *Op. cit.*, p. 695-697. Sobre a diferença conceitual e de aplicabilidade dos critérios norte-americanos e comunitários, este mais rígido, evidenciada na análise de casos de impacto mundial em que tomem parte os dois sistemas, o que torna difícil uma eventual troca de critério na Comunidade, ver GAVALDA, C.; PARLEANI, G. *Op. cit.*, p. 415. Mais sobre uma comparação entre os sistemas pode ser visto em BERG, W. *Op. cit.*, p. 161-162.

<sup>119</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 320 e SOUTY, F. *Op. cit.*, p. 115.

<sup>120</sup> *Idem*, p. 129 e 133.

<sup>121</sup> CRAIG, P.; de BÚRCA, G. *Op. cit.*, p. 1059.



Certo é que o Livro Verde estimulou sensivelmente o debate e até certas propostas foram valorizadas pelos Estados-membros, o que é o caso da Alemanha<sup>122</sup>. Mas sobretudo, refletiu o objetivo de mudanças, como ocorreu igualmente, mas de maneira mais profunda, no caso da aplicação direta dos artigos 81 e 82 TCE, e, como se verá, no caso das normas da concorrência aplicáveis aos Estados-membros.

Em dezembro de 2002 a Comissão solicitou ao Conselho novos estudos, reunindo os doze anos de experiência da vigência do Regulamento n. 4064/89. As novidades diziam respeito a uma proposta para um novo regulamento de controle de concentrações do Conselho e diretrizes da Comissão para as concentrações horizontais. O controle deveria se concentrar na questão de averiguar se uma concentração conduzia a uma substancial limitação da concorrência<sup>123</sup>. Retornava aqui a idéia do alinhamento com o sistema norte-americano.

Outras questões levantadas por um novo Livro Verde de 2002 referiam-se à competência exclusiva da Comissão para o trato de casos de concentração que devessem ser comunicados a mais de três Estados-membros (proposição 3+; *3+Regelung*) e nova simplificação e facilitação dos critérios de reenvio quando invocada a cláusula holandesa<sup>124</sup>.

O Livro Verde de 2002 tinha algo como resultado previsto para o final de 2004<sup>125</sup>. O alinhamento ao modelo norte-americano para a análise das concentrações foi rejeitado em julho de 2003, uma vez que uma troca de sistemas poderia conduzir a confusão e comprometimento da segurança jurídica<sup>126</sup>. Todavia, o recrutamento de um chefe economista (*chef économiste*) na DG IV, encarregado de introduzir princípios de análise econômica nas decisões<sup>127</sup>, abrandou o sistema.

As reformas que efetivamente tinham ocorrido até então haviam sido em dois sentidos. Em um, a Comissão estabeleceu novos critérios para aumentar o espectro de aplicação do Regulamento n. 4064/89. Em outro, determinou a existência de um procedimento simplificado para casos que já vinham sendo tidos como compatíveis. Por um lado, restringia o controle, por outro, abrandava.

Por fim, desde 1º de maio de 2004 a Comunidade Européia dispõe do Regulamento n. 139/2004, que revogou os dois anteriores e é o único a ser atualmente aplicável ao controle das concentrações de empresas. Como já antecipado, teve como principal objetivo promover uma unificação das regras, além de alterações processuais, motivo pelo qual é considerado como o promotor da segunda maior reforma até agora em âmbito de concentrações de empresas, ainda que não tenham sido realizadas alterações, como por exemplo nos patamares de dimensão comunitária, o que permitiria receber uma atenção especial da doutrina, como recebeu a alteração do sistema de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE. Contudo, segundo o artigo 1º, ns. 4 e 5, a Comissão deve apresentar um relatório ao Conselho sobre a

---

<sup>122</sup> BREI, Gerald. Das Grünbuch zur europäischen Fusionskontrollverordnung. In: *SCHWERPUNKTE des Kartellrechts 2001*, p. 109.

<sup>123</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 320.

<sup>124</sup> SOUTY, F. *Op. cit.*, p. 115.

<sup>125</sup> *Idem*, p. 111.

<sup>126</sup> *Idem*, p. 133, nota de rodapé número 28.

<sup>127</sup> *Idem*, p. 133-134 e STAEBE, E.; DENZEL, U. *Op. cit.*, p. 195.

aplicação dos limiares até julho de 2009 e, em função do afirmado neste documento, poderá rever os critérios do n. 3 do mesmo artigo.

As alterações dizem respeito a uma flexível aplicação dos limiares quantitativos em momentos anteriores à notificação de um projeto, que permite às partes uma comunicação com a Comissão e mesmo a tentativa de convencimento que o caso seria melhor tratado a nível nacional (artigo 4º., n. 4 do Regulamento n. 139/2004)<sup>128</sup>; uma nova versão para a melhoria dos critérios das remessas posteriores à notificação das disposições dos artigos 9º. e 22, em especial a letra a do n. 2 do artigo 9º., que exige para a remessa a uma autoridade nacional que a concentração ameace afetar significativamente a concorrência num mercado no interior de um Estado-membro que apresente todas as características de um mercado distinto e não mais a exigência de criação ou reforço de uma posição dominante, e o n. 1 do artigo 22, que não mais exige a criação ou o reforço de uma posição dominante para que o caso seja remetido à Comissão mas apenas a afetação do comércio entre os Estados-membros<sup>129</sup>; modificações dos critérios materiais de julgamento por ocasião da avaliação de uma concentração, segundo os quais não é mais aplicado apenas o teste de domínio do mercado ou de posição dominante para tanto (artigo 2º., ns. 2 e 3)<sup>130</sup>, em atenção aos desenvolvimentos jurisprudenciais; e, finalmente, uma flexibilização dos prazos em todas as fases do procedimento, considerado um mecanismo de interrupção do tempo (*Mechanismus des Anhaltens der Uhr*), em especial nos ns. 1 e 3 do artigo 10º.<sup>131</sup>

Em conclusão, inicialmente é necessário evidenciar que essas reformas diferem das vistas na parte imediatamente antecedente e da que será vista na parte que vem a seguir. Nesta aqui não houve previsão de descentralização da aplicação das regras aos tribunais e autoridades nacionais. Segue a valer o princípio do *One Stop-Shopping*. Em ambas as outras está em curso um processo de descentralização e de aumento de responsabilidade e participação das autoridades e dos tribunais nacionais na aplicação do direito comunitário da concorrência.

Com efeito, não é possível negligenciar que no caso de controle das concentrações as reformas não descentralizam o trabalho da Comissão, pelo contrário, centralizam mais aspectos. Mantém a Comissão a sua competência exclusiva para o trato destas questões e agora ainda é competente para os casos que devam ser notificados em mais de três Estados-membros, desde que nenhum se manifeste em contrário e solicitados pelas empresas. As reformas de 1997, centralizadas na criação do segundo critério para os casos que não atingissem a dimensão comunitária do atual n. 2 do artigo 1º. do Regulamento n. 139/2004, fixaram-se apenas em evitar a multiplicação de notificações aos Estados-membros. O novo mecanismo introduzido,

---

<sup>128</sup> ROSENTHAL, M. *Op. cit.*, p. 328.

<sup>129</sup> Comentários sobre esta modificação, feitos por ocasião do surgimento da então proposta apresentada no Livro Branco de 2001, podem ser acompanhados em BARTOSCH, A.; NOLLAU, A.-K. *Op. cit.*, p. 200-202 e em ROSENTHAL, M. *Op. cit.*, p. 328-329.

<sup>130</sup> Comentários sobre esta modificação, feitos por ocasião do surgimento da então proposta apresentada no Livro Branco de 2001, podem ser acompanhados em BARTOSCH, A.; NOLLAU, A.-K. *Op. cit.*, p. 204-206.

<sup>131</sup> Comentários sobre esta modificação, feitos por ocasião do surgimento da então proposta apresentada no Livro Branco de 2001, podem ser acompanhados em BARTOSCH e NOLLAU. *Idem*, p. 206-208. Sobre as reformas em geral ver BARTOSCH, Andreas. *Die zweite Reform der europäischen Zusammenschluss-kontrolle*, p. 1-6 e ROSENTHAL, M. *Op. cit.*, p. 327-332.

contudo, não resolveu o problema. Os resultados de diminuição dos casos que deveriam ser notificados a mais de três Estados-membros não foram os esperados. As autoridades nacionais foram perdendo competências com as novas regras. Tal perda ocasionou descontentamentos dos Estados-membros.

Posteriormente, a Comissão tentou, com o Livro Branco de 2001, novamente promover uma melhor divisão de competências. Parecia, assim, estar seguindo no caso do controle das concentrações o que já era proposto para o caso da aplicação dos artigos 81 e 82 TCE<sup>132</sup>. Se ela ocorreu, não esteve em sintonia com a realizada no caso da aplicação dos artigos 81 e 82 TCE. O que era mais desejado e discutido, a redução dos patamares, também não ocorreu. Não é possível entender a extensão da aplicação do controle das concentrações e as novas regras de remessa de casos dos Estados-membros para a Comissão e vice-versa como uma tentativa de melhorar a divisão de competências. O trato de casos que se tornaram transfronteiriços pela Comissão e de casos com efeitos preponderantes nacionais por autoridades nacionais determina uma divisão de competências, mas até considerar isso uma melhora, há um caminho a ser percorrido. É de ser lembrado que a Comissão já reclamava de acúmulo de trabalho. O aumento de competência da Comissão para os casos de concentrações de empresas corre o risco de voltar a ocasionar a sobrecarga de trabalho que foi tentada evitar com a reforma advinda com o Regulamento 1/2003.

As modernizações em outros âmbitos do direito comunitário da concorrência estavam sendo e resultaram ser centradas em garantir mais aplicabilidade direta às normas e mais descentralização na tutela da liberdade de concorrência, a exemplo da trazida com o Regulamento n. 1/2003, anteriormente visto, e da que será vista a seguir, referida às ajudas públicas. Se isto havia sido realizado em relação aos artigos do próprio direito originário, que concentram o cerne do direito comunitário da concorrência, efetivamente poderia também ser estendido a outras matérias. Discussões já vistas neste estudo conduzem ao entendimento de que as autoridades nacionais seriam da mesma forma capazes para a aplicação do direito relativo ao controle das concentrações, pois já o eram para a aplicação dos artigos 81 e 82 TCE que detinham aplicabilidade direta.

Ou é de se pensar que um controle que não tinha regras próprias até 1989 é mais importante que o controle da concessão de ajudas públicas, por exemplo, ao ponto de ser mantida a sua aplicação exclusivamente sob o poder da Comissão?

Mesmo que tais reformas não tenham resultado em processos caracterizados por forte descentralização, o estudo é válido, repetindo, em função da carência que o Mercosul apresenta no âmbito do direito de concorrência relativo ao controle das concentrações.

Sobretudo, nos primórdios do controle sob a vigência do Regulamento n. 4064/89, eram fornecidas poucas indicações às empresas envolvidas e mesmo à Comissão. A maior dificuldade da aplicação dele estava na delimitação do mercado de referência do produto. O Regulamento definia vários critérios de apreciação da existência de uma concorrência efetiva. Mas, para VAN BAEL e BELLIS, o

---

<sup>132</sup> Influências das iniciativas de reforma do Regulamento n. 17/62 nas também necessárias reformas do controle das operações de concentrações são referidas em BARTOSCH, A.; NOLLAU, A.-K. *Op. cit.*, p. 208.

problema é que a Comissão é, nesta tarefa, investida de grande poder discricionário. Previamente, assim, à época do surgimento dele, o prazo de alguns anos para que as empresas afastassem a insegurança jurídica resultante desta discricionariedade. Até lá, segundo os autores, as empresas seriam forçadas a aceitar essa situação<sup>133</sup>. Este período passou e atualmente a Comissão adquiriu experiência suficiente para o tratamento dos casos, com a definição de diretrizes concretas.

Com efeito, o Regulamento n. 4064/89 retratou uma explosão de concentrações de empresas na Comunidade Européia. Das 58 comunicadas em 1993, passou-se a 345 em 2000 e 335 em 2001<sup>134</sup>. Em todo esse período, a Comissão emitiu mais de duas mil decisões sobre concentrações de empresas<sup>135</sup>, das quais somente uma pequena parte originou a abertura de processos principais, dos quais aproximadamente vinte resultaram em efetiva proibição às concentrações. Todavia, muitas autorizações foram dadas mediante o cumprimento de determinadas medidas<sup>136</sup>. Esses dados levam GAVALDA e PARLEANI a considerar a aplicação do sistema de controle, então exercida segundo o Regulamento n. 4064/89, como um todo, satisfatória<sup>137</sup>.

A nível mundial, dos dez países que em 1989 tinham leis de concentração de empresas, em 2002 passaram a ser ao redor de 60<sup>138</sup>. Na Comunidade Européia eram cinco os Estados-membros que inicialmente tinham regulamentações para concentrações, número este que também cresceu. Os processos legislativos foram declaradamente influenciados já na época da formulação das propostas finais para um regulamento<sup>139</sup>.

O surgimento recente de um novo Regulamento não caracteriza que o anterior não estivesse mais cumprindo a sua função. Antes pelo contrário, a Comissão atesta no considerando 6 do Regulamento n. 139/2004 que o Regulamento n. 4064/89 permitiu desenvolver uma política comunitária. Porém, era conveniente, à luz da experiência adquirida, que se procedesse a uma reformulação do ordenamento, a fim de prever disposições adaptadas aos desafios de um mercado mais integrado e de um alargamento da União Européia.

Atualmente, as empresas vêm como vantagem<sup>140</sup> quando um processo de fusão cai na esfera de avaliação do Regulamento de concentrações. Três se sobressaem. As regras nacionais não encontram aplicação e as partes não precisam comunicar os escritórios estatais de diversos Estados. Além disso, o processo é precisamente regulado e termina sempre depois de um tempo de espera máximo anteriormente conhecido, com uma decisão formal da Comissão. Outra vantagem

---

<sup>133</sup> VAN BAEL, I.; BELLIS, J.-F. *Op. cit.*, p. 412-414.

<sup>134</sup> MONTAG, F. *Op. cit.*, p. 39. As operações e interdições consideradas mais espetaculares ocorridas entre 1996 e 2002 estão resumidas em DRUESNE, G. *Op. cit.*, p. 287-290 e em SOUTY, F. *Op. cit.*, p. 117-121.

<sup>135</sup> STAUDENMAYER, D. *Op. cit.*, p. v e HAKENBERG, W. *Op. cit.*, p. 148.

<sup>136</sup> *Idem, ibidem* e SOUTY, F. *Op. cit.*, p. 117.

<sup>137</sup> GAVALDA, C.; PARLEANI, G. *Op. cit.*, p. 402.

<sup>138</sup> MONTAG, F. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>139</sup> IMMENGA, U. *Op. cit.*, p. 372.

<sup>140</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 319.

apontada, é que a Comissão dispõe de um corpo funcional especializado nessa área, isto é, uma *Merger Task Force*<sup>141</sup>.

O ganho que se pode indicar foi, este sim indubitável, de endurecimento das regras e de aumento do controle, devido ao fato de que mais casos passaram a afetar o espectro da dimensão comunitária, ainda que os resultados estatísticos atingidos não tenham sido os esperados. Isso tem por consequência benefícios à manutenção e funcionamento do mercado interno. As constantes tentativas de redução dos patamares da dimensão comunitária aplicável ao controle de concentrações de empresas demonstram o comprometimento das instituições com a defesa da liberdade de concorrência. Os objetivos eram igualmente nobres.

Não seria, todavia, descabido pensar-se em uma aplicabilidade direta das normas e uma descentralização do controle exclusivo da Comissão sobre os casos de dimensão comunitária.

---

<sup>141</sup> Sobre a preferência das empresas que as suas concentrações efetivamente caíam no controle da Comissão, pelo fato de evitar custos e de que esta possui um corpo especializado de profissionais para esta análise, além de um maior poder de investigação, ver CALVO CARAVACA, A. L.; GOÑI URRIZA, N. *Op. cit.*, p. 128. Sobre contrariedades das empresas envolvidas à aplicação da cláusula alemã, o que resulta em prorrogações das decisões, ver BERG, W. *Op. cit.*, p. 159.

### 2.3. ÚLTIMAS REFORMAS NAS REGRAS APLICÁVEIS AOS ESTADOS-MEMBROS

Esta terceira parte deste capítulo se dedica às regras materiais e processuais do direito comunitário da concorrência aplicáveis aos Estados-membros, ou seja, às regras que disciplinam a concessão de auxílios públicos, entre outras modalidades de benefícios indiretos. A proibição a ela vem regulada nos artigos 87 a 89 TCE<sup>1</sup>. Ajudas públicas podem prejudicar a concorrência e conturbar a igualdade entre as empresas. Por isso, a Comunidade dispõe do mais rigoroso controle de auxílios públicos de todos os blocos comerciais<sup>2</sup>. Anteriormente foram vistas as consideradas regras aplicáveis às empresas, sejam estas públicas ou privadas.

Há de ser recordado aqui, que no primeiro capítulo deste estudo foi procedida a desconsideração da orientação rígida de destinatários das normas, fundada na teoria da linha divisória. Uma reflexão inicial necessariamente deve retornar a esse importante tema. A Seção II do Capítulo I do Título VI prevê regras aplicáveis aos Estados-membros, que são complementares às da Seção I, aplicáveis às empresas<sup>3</sup>. Essa interpretação contraria a teoria da linha divisória, segundo a qual a diferença entre as liberdades fundamentais e a concorrência residiria na figura dos destinatários. No caso, somente as liberdades fundamentais teriam como destinatários os Estados-membros. Então, essa classificação, fundada na disposição do próprio Tratado, coloca em dúvida essa exclusividade, pois vê os Estados-membros como destinatários das regras destinadas à concorrência, que, em concepção original são para as empresas. Ocorre que dentro das regras da concorrência estão as relativas aos auxílios públicos, destinadas aos Estados, tornando-os também destinatários daquelas, especialmente pela importância do tema na constituição do mercado comum e pela relevância que o controle das ajudas assumiu com a entrada em vigor desse mercado. Esse inicial afastamento da linha divisória demonstra mais um elemento de semelhança entre as liberdades fundamentais e a liberdade de concorrência. Todavia, sistematicamente, em função da própria disposição do Tratado de Roma, o estudo ainda é conduzido de melhor forma se assim apresentado.

Isso posto, inicialmente serão vistas as regras materiais. A decisão do trato desses aspectos se deu pelos seguintes motivos. Primeiro, a ausência de uma legislação referente à concessão de auxílios públicos no ordenamento do Mercosul. Um melhor conhecimento da legislação invariavelmente apontada como modelo, adaptada à realidade do Mercosul, pode vir a ser de enorme valia para a elaboração de uma norma adequada. Segundo, pelo efeito majoritariamente nefasto que os auxílios públicos promovem na concorrência e na consecução do mercado comum, motivo

---

<sup>1</sup> Com a revogação do Tratado da Comunidade Européia do Carvão e do Aço em 23 de julho de 2002, os artigos 87 e 88 TCE são também aplicáveis para os casos envolvendo carvão e aço. Ajudas a estes setores são reguladas pelo Regulamento n. 1407/2002/CE. Sobre a disciplina das ajudas públicas no âmbito do Tratado da Comunidade Européia do Carvão e do Aço ver CASPARI, Manfred. *Die Beihilferegeln des EWG-Vertrags und ihre Anwendung*. In: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). *Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag*, p. 83-85.

<sup>2</sup> Certamente em reflexo de a Comunidade possuir a mais clara orientação a uma economia de mercado do mundo. EHLERMANN, Claus-Dieter. *The contribution of EC competition policy to the single market*, p. 273.

<sup>3</sup> HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 150.

pelo qual foram severamente proibidos no ordenamento comunitário, já no direito primário.

Com as proibições à concessão de auxílios públicos, quis-se impedir que os Estados-membros modificassem artificialmente as condições da concorrência, subsidiando empresas, setores ou regiões que de outra forma não teriam competitividade face às congêneres dos outros Estados. Os auxílios foram considerados as principais medidas dos Estados contra a queda das barreiras e o principal implicador a um provável insucesso à época do mercado comum. Considerava-se que uma das maiores garantias que podia ser dada a uma empresa era que a concorrência não viesse a ser falseada de forma artificial<sup>4</sup>. Os efeitos na concorrência eram entendidos como tão nefastos que durante vários anos sequer as regras comportaram uma exclusão *de minimis*. Bastavam as derrogações para que a norma fosse entendida como ampla o suficiente. A questão é dura de ser tratada, pois é o mesmo que dizer que os incompetentes que se retirem do mercado, para aquelas empresas que não tenham possibilidade de sobrevivência e que não possam ser legalmente receptoras de auxílios.

Portanto, o trato das questões não vem sem antes ser feita uma introdução para ressaltar o nexos funcional e teológico existente entre a concessão ilegal de auxílios públicos e a concretização do mercado comum. Como é sabido, a concessão de tais auxílios pode vir a deturpar a liberdade de concorrência, infringir o direito da concorrência e, conseqüentemente, se não disciplinada, impedir os processos de integração que almejam o alcance da fase de mercado comum de chegar ao seu objetivo final.

Estabelecido o nexos, o estudo se concentrará nas normas materiais relativas à questão.

Na seqüência, em terceira abordagem, serão apresentadas as regras processuais aplicáveis aos Estados-membros.

Por fim, são trazidas as últimas reformas, também consideradas modernizadoras<sup>5</sup>, ocorridas nas regras aplicáveis aos Estados-membros, que descentralizaram ainda mais a aplicação das normas referentes às ajudas públicas, como já se processou nas destinadas às empresas com a entrada em vigor do Regulamento n. 1/2003. Mesmo nesse importante âmbito, de efeitos potencialmente mais nefastos, a Comunidade tem dado passos na dispensa de suas competências exclusivas. Uma semelhante descentralização é característica do sistema optado pelo Mercosul, como já mencionado, ainda que não seja este um bloco de caráter supranacional.

Perante essa colocação, uma questão que também aqui retorna à tona é saber se a Comunidade estaria se dirigindo em rumo a um sistema semelhante ao do Mercosul e se, tendo em mente o que a Comunidade vem modificando, é possível

---

<sup>4</sup> STEINDORFF, Ernst. Beihilfeverbote im Gemeinschaftsrecht und nationals Privatrecht. In: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag*, p. 497.

<sup>5</sup> SOUTY, François. *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, p. 92-94.

pensar que o sistema optado pelo Mercosul não é tão descabido assim. Respostas a esses pensamentos tentarão ser buscadas com este estudo, mais uma vez.

Como já afirmado, mercado interno é um termo que marca uma nova era, caracterizada por uma maior liberação, que marcou a história da Comunidade Européia na década de 80. O seu atingimento ensejou o desaparecimento dos obstáculos diretos, tais como as barreiras ao comércio. Eram aguardadas barreiras indiretas como efeito já da entrada em vigor do mercado comum e concessões de ajudas públicas como instrumento e último recurso dos Estados-membros. Este fato determinou uma nova orientação da Comissão relativa ao controle deles, que envolveu inclusive uma extensão conceitual e a afirmação categórica da exclusão da aplicação de uma regra *de minimis*, na época, aos auxílios públicos. Outras áreas, haja vista o original regulamento de controle das concentrações ser contemporâneo, também foram afetadas por essa nova orientação da Comissão.

Uma questão muito interessante e pertinente para os objetivos do estudo desse tema é o problema dos auxílios públicos destinados às empresas no quadro da construção progressiva de um mercado comum. Resumidamente, é a necessidade do controle das ajudas para concretizar o mercado comum após o desaparecimento de inúmeros obstáculos diretos ao comércio intra-comunitário. MORAIS, por exemplo, procura dilucidar o nexos funcional e teleológico entre as realidades jurídicas e políticas do controle dos auxílios públicos e do regime do mercado comum. Sua obra também contata com o problema da participação do Estado no capital das empresas e outras questões suscitadas pelas empresas públicas<sup>6</sup>.

A presente parte inicia, pois, com a caracterização desse nexos.

### **2.3.a) Nexos entre auxílios públicos e concretização do mercado comum**

Há um nexos funcional e teleológico entre mercado comum e política de auxílios públicos<sup>7</sup>. É nexos de esforços antagônicos, já que visa eliminar as barreiras por um lado, o que gera para o outro um inafastável desejo de aumento de auxílios públicos. E isso por sua vez é fato que gera novas barreiras. Em síntese, na exata medida e proporção em que se removem as barreiras nacionais ao livre fluxo, os Estados têm a propensão de criar barreiras indiretas de proteção artificial às suas empresas, isto é, novos elementos de perturbação<sup>8</sup>. A intervenção de um governo em favor de suas empresas faz com que as empresas dos demais países busquem ajudas perante os seus. Nessa prática reside o nexos funcional dessa relação. O principal mecanismo para isso é o da concessão de auxílios públicos, permitindo a manutenção artificial da empresa no mercado<sup>9</sup>, o que contradiz com a função seletiva<sup>10</sup> da concorrência na Comunidade, segundo a qual sobrevivem as empresas mais aptas ao mercado mais amplo.

---

<sup>6</sup> MORAIS, Luís. *O Mercado Comum e os auxílios públicos: novas perspectivas*, p. 95-175.

<sup>7</sup> O fenômeno conhecido na doutrina como o nexos funcional e teleológico entre mercado comum e a política dos auxílios públicos está referido em MORAIS. *Idem*, p. 1, 7, 25 e 35.

<sup>8</sup> COMUNIDADES Europeias: Comissão. *Direito da concorrência nas Comunidades Europeias: explicação das regras aplicáveis aos auxílios estatais*, p. 5.

<sup>9</sup> EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 274-277.

<sup>10</sup> GRINBERG, Mauro. *A concorrência entre empresas perante o Mercosul: enfoque específico sobre Brasil e Argentina face à legislação antitruste*, p. 57.



Mas como tudo é uma via de duas mãos, ao lado do efeito nefasto há uma contribuição do regime de auxílios públicos para a unificação do mercado comunitário, semelhante à outrora já vista contribuição das demais regras do sistema de não-falseamento da concorrência. O regime dos auxílios públicos contribuiu sobremaneira para o atingimento do mercado interno, por sua capacidade reguladora<sup>11</sup>. O direito regulador das ajudas serviu como mecanismo de controle da criação de iguais condições de concorrência no mercado interno. Desde então, a Comissão persegue o aprofundamento do controle das ajudas.

Em ambas as situações, os benefícios dependem de um real controle dos auxílios públicos, com vistas à convergência entre as economias dos Estados-membros, através de um balanceamento desenvolvimentista e à redução dos déficits públicos que obstam a concretização dos objetivos maiores. Em outra interpretação do nexo, vê MORAIS que “a concretização plena da unidade de mercado comunitário levou a um aumento da importância relativa do controle dos auxílios públicos (como obstáculos indirectos aquela unidade de mercado), bem como de fiscalização e repressão de outras práticas restritivas da concorrência”<sup>12</sup>. As liberdades fundamentais teriam resultado relativo se o mercado comum fosse dominado por oligopólios, trusts e monopólios, divisão de mercado, concentração, mas também se fosse por subvenções públicas, uma vez que estas e a participação dos Estados nos capitais das empresas são as menos transparentes das modalidades de afetação da concorrência.

Se por um lado ocorre a eliminação das barreiras e por outro a concessão destes instrumentos do moderno intervencionismo econômico estatal<sup>13</sup>, que por sua vez geram novas barreiras, há a iminência dos esforços serem antagônicos. O interesse de cada Estado em continuar a proteger seu mercado com auxílios públicos poderia conduzir a uma nova separação dos mercados nacionais. Então, o controle rigoroso dos auxílios públicos constitui condição prévia para a eficácia dos esforços de eliminação do protecionismo.

A relação entre a concretização do mercado interno e o controle dos auxílios públicos conheceu uma intensidade crescente à medida que foram sendo eliminados os derradeiros obstáculos directos através de proibições de restrições às liberdades de circulação<sup>14</sup>. Ocorre que quanto mais barreiras caem, mais as empresas nacionais estão sujeitas às regras do mercado e as despreparadas a essa nova realidade necessitam de auxílios públicos<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> EHLERMANN refere-se à função da ajuda pública como ajuda para a auto-ajuda. EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 263.

<sup>12</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 144.

<sup>13</sup> Usando a terminología de FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. El control de las ayudas financieras nacionales. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; GONZÁLES CAMPOS, Julio D.; MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo: Estudio sistemático desde el derecho español*, p. 620. Também BALASSA vê as ajudas estatais como um elemento do novo protecionismo surgido após a Crise do Petróleo. BALASSA, Bela. *The 'New Protectionism' and the International Economy*, p. 409-436.

<sup>14</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>15</sup> Assim, “À medida em que são progressivamente eliminados os obstáculos directos (...) as tendências para a conservação de barreiras entre os mercados nacionais irão certamente reflectir-se no renascimento de outros obstáculos indirectos, com uma formulação jurídica diferente, mas com efeitos análogos no que concerne à separação dos mercados nacionais”. *Idem*, p. 36.

No mesmo período, como resposta, as formas de intervenção pública na economia sofreram um alargamento e os governos passaram a ser atores do mercado competitivo internacional. Com o tempo, o Tribunal e a Comissão foram endurecendo drasticamente o controle e estendendo o conceito de auxílios para que outras práticas viessem a ser cobertas por ele.

Em verdade, a concorrência comunitária preserva o livre jogo do mercado de todas as ameaças que sobre ele possam incidir. Essas ameaças possuem duas origens diferentes. Elas podem vir dos próprios operadores econômicos, isto é, das empresas que atacam a livre concorrência de maneira contrária ao princípio da liberdade de trocas. Isso foi visto anteriormente. Mas elas também podem vir do poder público, dos próprios Estados-membros<sup>16</sup> que, por diversas razões introduzem práticas ou comportamentos ou leis que venham ao encontro da liberdade de concorrência, bem como procedem a concessão de auxílios públicos contrários ao Tratado e incompatíveis com o mercado comum.

Subvenções e outras ajudas estatais podem falsear a concorrência muito mais que qualquer outra medida privada. Os Estados-membros buscam conservar seus pólos empresariais e industriais mais importantes com a atribuição de específicos benefícios a algumas empresas, o que modifica a estrutura concorrencial a favor delas. Essas práticas ressuscitam os obstáculos, só que indiretos, mas com efeitos análogos. Vale lembrar que os diretos eram barreiras físicas, técnicas e fiscais, assim as tarifas, os tributos sobre o valor da mercadoria, as quotas limitativas de determinado valor ou quantidade de produto que pode circular. Quotas, nessa perspectiva, são mais nefastas que tarifas, pois impedem a entrada do produto e estas não. Mas aqui entende-se que mais nefasto que tudo mesmo é a concessão ilegal de auxílios públicos, uma vez que o efeito é que bens subvencionados podem ser vendidos mais barato que bens estrangeiros ou mesmo nacionais não-subvencionados e isto prejudica tremendamente a livre concorrência.

Além desses fatos, o tema das ajudas públicas assumiu relativa importância no desenvolvimento, futuro também, do direito comunitário, especialmente com a superveniência de crises no setor público, necessidade de transparência no trato de matérias e no controle do déficit de finanças públicas. Buscando uma relativa transparência nessa relação, foi editada a Diretiva n. 80/723/CEE, posteriormente alterada. Era evidente que o controle que se pretendia exercer sobre as ajudas públicas também não seria completo sem uma normativa que clarificasse as relações financeiras entre os Estados-membros e as suas empresas<sup>17</sup>.

Como será visto, existe a figura do Estado-empresário e até critérios de avaliação para essa categorização, qual seja o critério do investidor privado. Acontece que o Estado pode ser movido por objetivos extra-empresariais<sup>18</sup>, corrupção política mediante suborno<sup>19</sup>, esforços corporativos para influenciar autoridades públicas<sup>20</sup>,

---

<sup>16</sup> MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Direito da concorrência e Mercosul*, p. 180.

<sup>17</sup> MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *La empresa pública y el Derecho comunitario: Especial referencia a los límites establecidos para las ayudas por la normativa comunitaria*, p. 560.

<sup>18</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 99.

<sup>19</sup> Sobre esforços para a utilização ou manipulação das autoridades públicas por parte de empresas e demais práticas corporativistas privadas ou corrupção política mediante suborno para convencer os

grupos de pressão que conseguem impor a adoção de medidas destinadas à proteção de interesses particulares<sup>21</sup> e pela fantasia produtiva de políticos, parlamentos e burocratas<sup>22</sup>, por exemplo, que não moveriam o investidor privado. Os critérios que deveriam ser observados são a dimensão da empresa, localização geográfica, setor de atividade e finalidade do auxílio. Em verdade, deveriam existir poucas orientações e guias por parte do Estado, uma vez que a eficiência dos mercados num bloco econômico tende a ser inversamente proporcional à interferência dos Estados que o integram.

Para MAGIERA, “Ajudas estatais podem prejudicar a concorrência, conduzir a uma corrida de auxílios e finalmente minar a ordem econômica liberal como um todo”<sup>23</sup>. De fato, todos perdem, pois perdem as empresas que não são contempladas com as intervenções estatais em função dos falseamentos da concorrência, mas provavelmente mais as que foram, ainda que isso não fique evidente numa primeira análise. Estas deixam de ter a possibilidade de crescimento próprio<sup>24</sup>, sem a ajuda estatal, com vistas à instalação de uma cultura de concorrência<sup>25</sup>. Afinal, na próxima vez o auxílio pode ser dirigido ao concorrente! E perde também a sociedade, pois trata-se de dinheiro público empregado em casos em que nem sempre há a certeza de um retorno efetivo e absoluto em benefícios a uma concorrência de interesse geral.

---

poderes públicos a limitarem a concorrência ou meramente a serem mais beneficentes com seus interesses comerciais, que transcendem o ‘direito à comunicação ou ao diálogo’ e a legalidade do direito de petição, ver CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, p. 48-63.

<sup>20</sup> VOSSESTEIN baseia-se em várias decisões comunitárias para observar que meros esforços de empresas para influenciar autoridades públicas a limitar a concorrência não são em si mesmos incompatíveis com as normas que regulam esta. As empresas seriam livres para demonstrar seus próprios interesses, notificando as autoridades públicas de infrações à lei, incentivando discussões e arrecadando argumentos para solicitar ações governamentais. *Lobbies* foram desencadeados mais fortemente com a entrada em vigor do Ato Único Europeu, o que aumentou o debate sobre a legitimidade de incitamentos a ações governamentais. Meros esforços deveriam ser diferenciados de outras condutas privadas anticompetitivas. Neste sentido, haveria até um direito constitucional de associação, expressão e petição garantido à empresa para usar mecanismos e canais governamentais para alegar suas causas, propósitos e pontos de vistas, aos quais geralmente estava vinculada a sua sobrevivência. E se os Estados viessem a se influenciar, sobre estes é que recairia a responsabilidade final. A dificuldade parece residir no que deve ser considerado meros esforços, isso é, qual o limite da tentativa empresarial. Isto posto, nem todas as tentativas desenvolvidas pelas empresas seriam legítimas. Elas podem vir a desencadear exclusões e restrições a competidores, o que pode ser mesmo o desejo de tais tentativas. Alguns casos estudados mais detalhadamente pelo autor demonstram de fato que os tais meros esforços (certas participações de empresas em processos de decisão de preços pelo Estado, tentativas abusivas de eliminação de concorrência, requisição de imposição de penalidades a concorrentes, pedidos de cumprimentos de obrigações administrativas) desencadearam infrações à lei e eliminação da concorrência, e por tal foram declarados contrários à lei que a regula. De forma mais abrangente sobre o tema ver VOSSESTEIN, Adrian J. *Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition*, p. 1383-1402.

<sup>21</sup> WAELBROECK, Michel; FRIGNANI, Aldo. *Derecho Europeo de la competencia*, p. 202.

<sup>22</sup> CASPARI, M. *Op. cit.*, p. 70-72.

<sup>23</sup> MAGIERA, Siegfried. Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen. In: BAUR, Jürgen F.; MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZULEEG, Manfred (Hrsg.). *Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht: Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag*, p. 213.

<sup>24</sup> Para MORAIS a instalação de empresas comunitárias competitivas seria um dos principais benefícios qualitativos inerentes à concretização do mercado comum, bem como para a concorrência direta deste com outros blocos econômicos. MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 59. Por tal é que EHLERMANN refere-se à ajuda pública como ajuda para a auto-ajuda (*Beihilfe soll Hilfe zur Selbsthilfe sein; the aid should be a means of helping recipients to help themselves*). EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 263.

<sup>25</sup> CASPARI, M. *Op. cit.*, p. 72.

Assim, auxílios públicos também representam uma carga para as economias nacionais, analisadas isoladamente.

Em verdade, o elevado número deles conduz a um duplo efeito econômico perverso: efeito de represália às empresas de maior eficiência e efeito de anulação recíproca entre perdas de competitividade e potenciais vantagens da unificação dos mercados, acompanhado de um grave desperdício de recursos estatais<sup>26</sup>. Os esforços de eliminação dos obstáculos diretos podem se anular pela concessão de auxílios públicos a empresas nacionais.

Através de impostos e auxílios, os Estados podem desfigurar a livre concorrência no mercado interno. Vale lembrar que auxílios públicos são os mais sólidos<sup>27</sup> instrumentos de regulação estatal mantidos pelos Estados. Como visto, as empresas também têm essa possibilidade, só que através de cartéis e abuso de posição dominante. Em ambas as situações, a tarefa de assegurar uma concorrência leal e aberta é do direito comunitário da concorrência.

Assim, é necessário garantir que a concorrência não seja afetada, isto é, que seja preservada uma estrutura de concorrência, após a caída das barreiras às liberdades fundamentais por outros obstáculos, neste caso especialmente pelos auxílios públicos, pois “Estes, permitem torner, ou falsear os padrões ideais de vantagens e desvantagens relativas de certos segmentos de indústrias nacionais”<sup>28</sup>.

Após a queda das barreiras diretas, com as quais até então podiam contar, os Estados, na tentativa de manter seu parque industrial, especialmente nas áreas onde as indústrias não conseguiram se adequar à nova realidade, até porque um país não consegue ser forte em todas as áreas industriais, se valem, para tanto, de vias indiretas. Nesse cenário, “Os auxílios públicos, falseando o quadro (...), permitem manter a compartimentação dos mercados nacionais (...) e, assim, suportar a pretensão de alguns Estados de conservar pólos empresariais e industriais importantes”<sup>29</sup>, mesmo ineficientes, impedindo a instalação de empresas competitivas. Considera-se a tudo isso o nexó existente entre uma concessão sem controle de auxílios públicos e a concretização do mercado comum.

### **2.3.b) Regras materiais aplicáveis aos Estados-membros**

A doutrina aponta três categorias de obstáculos indiretos, quais sejam, os problemas de harmonização fiscal, os problemas relativos aos contratos de direito público e os problemas relacionados com o controle dos auxílios públicos. É de se lembrar que o Livro Branco para o mercado interno tratou de barreiras físicas, técnicas e fiscais e que outros documentos falavam de obstáculos relacionados aos direitos aduaneiros, restrições quantitativas, entraves que produzissem acréscimo de custos, restrições ou limitações de acesso ao mercado e subvenções ou outras práticas de que resultassem distorções no funcionamento do mercado<sup>30</sup>. Já CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ ampliam o leque e incluem o

---

<sup>26</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 63.

<sup>27</sup> KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*, p. 324.

<sup>28</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>29</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>30</sup> *Idem*, p. 39.

favorecimento de ententes, como por exemplo com a fixação de preços, e a própria constituição e funcionamento de empresas públicas<sup>31</sup>.

Conhecidos os diretos, afastando a questão da harmonização, se impõe concentrar-se nos demais obstáculos indiretos para analisar neste estágio o sucesso da integração. Dentre estes, os contratos de direito público de fornecimento de obras ou empreitadas constituem obstáculos ao atingimento do mercado interno. Aqui se incluem as práticas discriminatórias e a vedação das atividades à concorrência intracomunitária, pois os Estados, frente à liberalização do mercado, usaram a alternativa dos contratos públicos para reforçar suas empresas. Tais contratos são usados como reforço às empresas nacionais<sup>32</sup>. Por isso, há concorrências públicas, com aplicação obrigatória de critérios objetivos, não sendo mais possível discriminação técnica. A celebração de tais tipos de contratos poderia vir relacionada à “modalidades ‘sui generis’ de auxílios em situações de preferência arbitrária e sistemática a favor de determinadas empresas ao longo de sucessivas adjudicações”<sup>33</sup>.

Como medidas de efeito, procurou-se a coordenação dos processos de empreitadas de obras públicas e de celebração de contratos de fornecimentos, estabelecendo regras de publicidade, a obrigatoriedade de realização de concorrências, a proibição de discriminações técnicas suscetíveis de favorecer concorrentes nacionais e a aplicação obrigatória de critérios objetivos de participação nos editais<sup>34</sup>.

Ainda que relevantes, não cabe aqui aprofundar todos os possíveis obstáculos indiretos, mas apenas o principal para este estudo, qual seja, a concessão de auxílio público. Dentre todos os obstáculos indiretos à unidade do mercado comum, acompanhando a doutrina majoritária, MORAIS também determina aos auxílios públicos o papel principal. Para ele, “O controle dos auxílios públicos constitui um aspecto decisivo para assegurar o grau de concorrência, ou competitividade necessário para a realização dos objetivos do TR.”<sup>35</sup>. O controle impede a manutenção da compartimentação dos mercados e potencializa os benefícios econômicos advindos com um mercado comum. Para EHLERMANN, ele é devido “pela simples razão que as ajudas de Estado são praticamente os últimos instrumentos de que dispõem os governos para favorecer e proteger as atividades nacionais. (...) Por tal é que a Comissão deve ser ainda mais vigilante”<sup>36</sup>. Também para CALVO CARAVACA e

---

<sup>31</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>32</sup> A Comissão estima que estes contratos totalizam 20 por cento do Produto Interno Bruto comunitário e que os governos tendem a ter uma visão nacionalista, dando grandes contratos a firmas locais e utilizando a compra pública como um instrumento econômico para adaptar suas políticas econômicas. RONEY, Alex. *Comunidad Europea: lo que Ud. debe saber*, p. 79.

<sup>33</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 47-48. Mais sobre a questão do direito de adjudicação, isto é, a questão das comprar públicas, que prescreve um processo definido para a aquisição de produtos e serviços pelo Estado e suas instituições, pode ser visto em KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 346-348. As inovações e os mais importantes aspectos das novas regras de dezembro de 2003 neste âmbito, como a adaptação do direito ao emprego de meios e procedimentos informáticos, inclusive leilão eletrônico, e a parcial superação da rigidez do regime, podem ser vistos em KNAUFF, Matthias. *Die Reform des europäischen Vergaberechts*, p. 141-144 e em MADER, Oliver. *Das neue EG-Vergaberecht*, p. 425-429.

<sup>35</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>36</sup> EHLERMANN, C.-D. *Les entreprises publiques et le contrôle des aides d'État*, p. 616.

CARRASCOSA GONZÁLEZ as ajudas constituem o último baluarte do neoprotecionismo, uma das mais graves ameaças à unidade do mercado comum<sup>37</sup>.

É devido prontamente observar que não se fala em uma completa nem em uma parcial eliminação, nem em uma proibição total<sup>38</sup>, mas em um controle através da Comunidade que permita assegurar um determinado grau de concorrência que, comportando certas restrições, assegure o dinamismo e a abertura dos mercados, fundado no princípio da concorrência praticável (*workable competition, leistungsfähiger Wettbewerb*)<sup>39</sup>. Nesse sentido, entende-se que a consolidação do

---

<sup>37</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 180.

<sup>38</sup> KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen. *Grundfragen des EG-Beihilfenrechts*, p. 1065.

<sup>39</sup> A doutrina entende que não há concorrência pura e perfeita. A noção de concorrência não é abstrata. Deve ser vista de uma forma evolutiva, aberta a adaptações. Assim, o que interessa é preservar uma concorrência praticável, efetiva, eficaz. Ainda que de grandes benefícios políticos e econômicos, este modelo dificilmente ocorre na realidade. Conceitos e caracterização para uma concorrência perfeita podem ser vistos em CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, p. 9-12; em CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, p. 18-19; em FARIA, Werter R. *Disciplina da concorrência e controle das concentrações de empresas no Mercosul*, p. 24, nota de rodapé número 15; e em SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, p. 56-57. Motivos de sua inaplicabilidade no atual estágio de desenvolvimento econômico podem ser vistos em CAMPELLO, D. *Op. cit.*, p. 16. O regime, em virtude de operar fatores cumulativos e assimetrias, é, longe de uma concorrência perfeita, o da concorrência entre desiguais. Neste sentido, na visão de BAGELLA, “a troca dos produtos e o movimento dos fatores visam a privilegiar as áreas fortes em detrimento das áreas fracas; a distância que daí resulta entre as diversas partes da Comunidade em termos de oportunidades de emprego dos fatores e remunerações, opera uma discriminação entre os cidadãos da Europa, enfraquecendo, desse modo, os fatores de coesão”. BAGELLA, Michele. A experiência da CEE na integração econômica e jurídica. In: PAES LANDIM, José Francisco (Coord.). *Direito e Integração: experiência latino-americana e européia*, p. 102. Por outro lado, o correto funcionamento dos mecanismos de concorrência passa pela promoção da estabilização das condições de igualdade. Por isso não ser tarefa fácil, mesmo com a utilização do sistema de harmonização das legislações, é que a Comunidade também abandonou a busca por um regime de concorrência perfeita. A prática da Comissão se orienta para um modelo de concorrência que tenda a salvaguardar “a existência sobre o mercado de uma concorrência eficaz, isto é, uma atividade concorrencial suficiente para fazer que seja respeitada a exigência fundamental e a finalidade do Tratado e, em particular, a criação de um mercado único que ofereça condições análogas àquelas de um mercado interno”. CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*, p. 202. J. M. Clark, por força de sua conferência *Towards a concept of workable competition*, proferida em dezembro de 1939, é tido como o fundador da teoria moderna da concorrência, que posteriormente desenvolveu o princípio de *workable competition*. BISCHOFF-EVERDING, Peter. *Wettbewerbsrecht im MERCOSUR*, p. 27 e INCHAUSTI, Juan Ignacio. Protección de los derechos del consumidor en la Unión Europea y en el Mercosur. In: *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2*, p. 116. *Workable competition* é um grau de concorrência que assegura o dinamismo e a abertura mínima dos mercados. Ela representa a dose de concorrência necessária para que sejam respeitadas as exigências fundamentais e atingidos os objetivos do Tratado e, em particular, a formação de um mercado interno. Caso Metro-Saba c. Comissão, EuGH, Slg. 1977, p. 1875, apartado 20. O que se busca é a proteção da concorrência efetiva, assim aquela proteção contra a supressão da própria concorrência. A idéia de concorrência praticável não pretende assegurar o maior número de empresas independentes, mas preservar um número suficiente delas para que os utilizadores e consumidores tenham uma razoável possibilidade de escolha, já que, segundo este entendimento, mais empresas não é sinônimo de melhor concorrência. A aspiração é um mercado comum onde exista uma liberdade de concorrência não influenciada pelo Estado e que os participantes deste também no comportamento do Estado possam se espelhar. Para KOENIG e HARATSCH, “Regras de concorrência, que efetivamente sirvam para a produção e manutenção de uma concorrência eficaz, reagem contra a tendência da regulação do Estado e apóiam conjuntamente a alocação eficiente de bens, bem como a proteção das pequenas empresas e dos consumidores”. KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 309.

mercado comum impede uma repentina supressão de todos os auxílios públicos<sup>40</sup>. Isto é, além de admitidos, alguns são necessários<sup>41</sup>, dificilmente evitáveis, pois trazem vantagens para a economia como um todo<sup>42</sup>. Isso responde porque o Tratado não proibiu aqui como fez nos casos de abuso de posição dominante<sup>43</sup>, em que não são previstas exceções. Vale ressaltar que “a ajuda estatal pode constituir um instrumento de desenvolvimento da política estrutural, quando certos objectivos legítimos de crescimento económico não possam ser atingidos unicamente pela ação das forças do mercado (...)”<sup>44</sup>. O próprio artigo 87 TCE enuncia três categorias de ajudas que são compatíveis com o mercado comum (derrogação de proibições que resulta diretamente do Tratado e não está, por isso, dependente de qualquer intervenção comunitária) e quatro que podem ser consideradas compatíveis (se a Comissão não tiver razões para se opor a elas)<sup>45</sup>. Nesse sentido, a Comissão declarou certas ajudas para promover o desenvolvimento regional ou auxiliar determinadas indústrias como compatíveis com o mercado comum. A dificuldade reside em definir a compatibilização dos princípios de não-falseamento à concorrência e eventual contribuição de determinados auxílios e do controle dos outros para o atingimento das metas comunitárias, entre as quais esteve uma vez o mercado comum. Para tanto existem regras, a seguir abordadas.

---

<sup>40</sup> ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*, p. 149 e FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Op. cit.*, p. 620.

<sup>41</sup> ARNDT, H.-W. *Op. cit.*, p. 149. Para um levantamento de motivos pelos quais sobrevive a prática de concessão de auxílios públicos e a cultura de economias subvencionadas, entre estes o *feel good factor* político-eleitoral, isto é, necessidade de sensação de prosperidade em épocas próximas de uma eleição, mas também a pressão social, as recessões econômicas, o declínio industrial, o desemprego e a inflação, ver CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 182-184 e 277.

<sup>42</sup> CASPARI, M. *Op. cit.*, p. 71.

<sup>43</sup> VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard. Reflexión sur l’application ‘horizontale’ des règles sur les aides d’État. In: DONY, Marianne (Coord.). *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*, p. 1595.

<sup>44</sup> MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*, p. 320.

<sup>45</sup> Em atenção a isto, também a própria Comunidade, por sua parte, dispõe de variados instrumentos para o financiamento de numerosos âmbitos de suas competências, como por exemplo a agricultura, sem que estas ajudas sejam diretamente submetidas às regras aqui estudadas. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 1065 e SEIDEL, Martin. *Das Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaft*, p. 7-9. Ajudas comunitárias são as ajudas oferecidas pela Comunidade Européia, autorizadas por fundamento jurídico comunitário e que por isso beneficiam os concorrentes em todos os Estados-membros. Essas ajudas não são abrangidas pelas normas aqui estudadas, pois não são outorgadas pelos Estados-membros, embora provenham deles. Outras medidas excetuadas do regime comunitário seriam as ajudas carentes de caráter puramente nacional, as ajudas outorgadas por terceiros países, a fixação de preços mínimos pelo Estado e as medidas que limitem a repartição de contingentes aduaneiros de caráter comunitário. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 186-187. Nem por isso quer dizer que não produzam efeitos inconstitucionais no mercado comum. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung?*, p. 519. E por quem é exercido o controle das ajudas da Comunidade? Não há dispositivo próprio no Tratado para tanto. O Tribunal de Contas é apenas vinculado ao caráter orçamentário, não avalia pois a compatibilidade da concessão. Por isso a Comunidade instala numerosos programas, cujos efeitos no funcionamento da concorrência entre as empresas não são suficientemente observados. *Idem, ibidem*. Vislumbra-se uma alternativa oriunda da jurisprudência, baseada nos direitos fundamentais. E neste caso o Tribunal teria competência para receber um pedido desses, segundo o artigo 220 TCE. A proteção dos direitos fundamentais no Tribunal começou com o caso de um cidadão alemão que queria receber manteiga do Estado, mas não queria declarar-se em um formulário como pobre, alegando violação da dignidade humana, e teve posteriores evoluções. Caso Erich Stauder c. Stadt Ulm, EuGH, Slg. 1969, p. 419. CRAIG, Paul; de BÚRCA, Gráinne. *EU law: text, cases, and materials*, p. 320-321 e MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, p. 556. Hoje se pensa em um questionamento das ajudas da Comunidade, por vezes nocivas como as estatais, por este caminho.

### 1. Artigo 87, n. 1, TCE

O artigo que abre a seção Ajudas outorgadas pelos Estados é o 87 TCE<sup>46</sup>. Ele deve ser interpretado em estreita dependência, como visto na análise do nexo entre auxílios e mercado comum, com a proibição de manutenção e restabelecimento de aduanas e outras medidas de limitação às liberdades fundamentais. Juntamente com o artigo 88 TCE, atualmente oferece apenas uma primeira orientação<sup>47</sup>. Desde o momento da concepção do Tratado até hoje, numerosas decisões, comunicações e diretrizes da Comissão<sup>48</sup> e decisões dos Tribunais esclareceram os pontos centrais das questões envolvendo os auxílios públicos. Por exemplo, o seu n. 1 não possui efeito direto. Mas o artigo 88, n. 3, frase 3 TCE tem. Isso é bem diferente da realidade dos artigos 81 e 82 TCE, agora com o novo regulamento de modernização das regras de aplicação. Todavia, reformas ocorridas no direito relativo às ajudas públicas cada vez mais descentralizam a aplicação das normas. O controle das ajudas públicas sempre ocupou um espaço importante no trabalho da Comissão e há a cada ano mais processos pendentes nos Tribunais comunitários. Isso, bem como ocorreu no caso das regras aplicáveis às empresas, tornou imperiosas algumas reformas. Antes de tratá-las, é necessário conhecer as normas materiais do direito primário, as primeiras que serão trazidas.

Em linhas gerais, as práticas comerciais que promovem condições de diferenças podem decorrer de dois grandes grupos de atitudes: barreiras ao ingresso de produtos ou serviços estrangeiros, como restrições quantitativas ou qualitativas à importação, que afetam o livre ingresso de empresas ou mercadorias estrangeiras no mercado e atingem diretamente a livre circulação de três das quatro liberdades fundamentais, quais sejam bens, serviços e capitais<sup>49</sup>, e ajudas a empresas nacionais, ou seja, ajudas públicas.

Por tal, segundo o artigo 87, n. 1 TCE, salvo disposição em contrário do Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

Ante a isso, para que uma ajuda pública seja proibida, quatro são as condições necessárias: que haja uma vantagem para a empresa interessada, que seja concedida por um Estado ou mediante recurso estatal, que tenha caráter específico, isto é, que favoreça somente uma determinada empresa ou produção, e que afete as trocas

---

<sup>46</sup> Sobre o fato de esta disposição representar uma limitação de soberania aos Estados-membros, a quem não podia ser dada a possibilidade de, como resultado de uma política de concessão de auxílios, vir a promover limitações à liberdade de comércio, ver SEIDEL, M. *Op. cit.*, p. 13 e 17. Ainda, observa o autor que a fiscalização das ajudas e o direito de fiscalização das ajudas têm efeito também sobre o direito interno de concessão de auxílios, o que gera uma pressão indireta de harmonização nesta área. *Idem*, p. 22.

<sup>47</sup> KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Grundfragen des EG-Beihilfenrechts*, p. 1065.

<sup>48</sup> Considerada por EHLERMANN como um “árbitro independente” quando trata das questões de execução de regras relativas às ajudas públicas e derrogações da proibição. EHLERMANN, C.-D. *Op. cit.*, p. 615.

<sup>49</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 263.



comerciais entre os Estados-membros, isto é, apenas quando a ajuda pública modificar a situação da concorrência entre os concorrentes. E o comércio entre os Estados-membros é influenciado quando o acesso ao mercado é dificultado a concorrentes de outros Estados-membros.

Essas quatro condições são cumulativas. Quando uma delas não está presente, não se está perante uma ajuda de Estado, mas diante de uma relação comercial normal entre uma empresa e um membro da Comunidade. Do contrário, quando se está presente às mencionadas condições, certamente se trata de uma ajuda de Estado, mas não necessariamente a uma ajuda vedada<sup>50</sup>.

Tal disciplina vem concentrada sob uma proibição geral<sup>51</sup> e sob possibilidades de derrogação automática ou discricionária. Vale reafirmar que o sistema não contém nenhuma proibição absoluta<sup>52</sup> nem incondicionada de ajudas, mas um controle, exercido pela Comissão, regulado pelo artigo 88 TCE, baseado em processo de fiscalização.

Essa averiguação se dá em dois estágios: o primeiro passo é avaliar se um financiamento estatal infringe o tipo legal do artigo 87, n. 1 TCE. Se sim, em segundo passo ocorre a investigação de se esta ajuda pode ser classificada sob as normas da exceção da incompatibilidade com o mercado comum. Caso não, ainda podem vir a se tornarem compatíveis se cumprirem as regras da exceção prevista no artigo 86, n. 2 TCE<sup>53</sup>.

A proibição tem como objetivo impedir que, mediante uma ingerência em determinado setor da economia ou na relação entre determinadas empresas, um Estado-membro possa falsear a regra da concorrência, oferecendo um prejuízo ao regime de trocas comerciais.

A norma pretende, assim, tutelar a livre concorrência, que só é estabelecida quando as empresas de diversos Estados-membros estão em condições de exercer a sua atividade, indiferentemente, em todos os Estados da Comunidade<sup>54</sup>. Para tanto, é necessário que no mercado nacional não haja barreiras ou restrições ao ingresso e à permanência de empresa comunitária ou de seu produto.

A expressão salvo disposições em contrário do presente tratado, a primeira observada no artigo aqui trabalhado, significa atentar às exceções constadas em setores econômicos definidos. Para cada qual deles existem regras especiais. Assim carvão e aço, pesca, indústria automobilística, indústria têxtil, energia, setor bancário, setor postal, segurança nacional, etc. A exclusão do setor de transportes não está expressa no Tratado, motivo pelo qual o Tribunal o submeteu às regras da

---

<sup>50</sup> *Idem*, p. 264.

<sup>51</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 324.

<sup>52</sup> *Idem*, *ibidem* e CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*, p. 171.

<sup>53</sup> Sobre a primazia deste artigo em relação ao 87, n. 1 TCE e a possibilidade de uma medida estatal vir a ser considerada compatível com a invocação dele ver CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 190-191.

<sup>54</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 263.

concorrência<sup>55</sup>. Por outro lado, há campos importantes do mercado comum nos quais a liberdade de concorrência não funciona. Há determinados ramos de atividades que, devido as suas particularidades, ensejam a aplicação de normas específicas, muitas vezes deslocando a aplicação das regras da concorrência. Esses campos são muito mais afetos a uma intervenção e por tal só podem ser atingidos por decisão do Conselho. Assim é a questão agrícola<sup>56</sup>. A Comunidade é objeto de críticas externas pelo caráter protecionista e de concessão de subsídios com que trata a questão.

A segunda expressão a ser considerada é na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros. O auxílio deve afetar e alterar o curso normal da concorrência. A afetação das trocas comerciais é um requisito geral de aplicação das regras da concorrência no Tratado e, portanto, também da aplicação do artigo 87<sup>57</sup>. Mesmo um auxílio que potencialmente possa alterar a relação concorrencial é abrangido pela regra. Por conseguinte, não se exige uma afetação efetiva, nem tampouco um determinado grau de afetação. Capazes de promovê-la também são as vantagens fiscais com efeitos futuros sobre o comércio entre os Estados-membros.

Quanto à questão da afetação, o Tribunal tem rejeitado aceitar “argumentos estatísticos avançados pelos Estados-membros com o objectivo de comprovar a escassez do volume de comércio com outros Estados comunitários no sector abrangido pelas políticas de auxílios e, conseqüentemente, a inexistência de qualquer afectação do comércio intracomunitário (pelo menos a um nível relevante)”<sup>58</sup>. É o que se poderia chamar de problema da quantificação da afetação da concorrência em mercados entendidos como desprezíveis e a solução passa pela aceitação da existência de uma regra *de minimis* para os auxílios públicos.

MORAIS trata o Caso Deufil, de 1987<sup>59</sup>, como o marco de uma virada na orientação do Tribunal, em rumo a uma interpretação extensiva da afetação do comércio entre os Estados-membros, através do qual foi formulada a doutrina dos efeitos<sup>60</sup>. Passou-se a considerar não somente o volume de comércio dentro da Comunidade, mas também o volume de produção destinado à exportação para fora da Comunidade. Então, um auxílio, inicialmente irrelevante, poderia ter efeitos negativos na estrutura da concorrência dentro da Comunidade, em função da alteração dos fluxos comerciais das empresas comunitárias para mercados exteriores a ela. Tal, e ainda maior extensão da aplicação do princípio, foi tida com o Caso Wood Pulp, de

---

<sup>55</sup> Caso Asjes, EuGH, Slg. 1986, p. 1425. Mais detalhes sobre o regramento aplicável aos transportes rodoviário, ferroviário, fluvial, marítimo e aéreo podem ser vistos em CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 116-119. Outras exceções constadas do próprio Tratado podem ser conferidas em MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 555-556.

<sup>56</sup> Em 4 de abril de 1962 o Conselho adotou o Regulamento n. 26, com o qual estabeleceu quais regras materiais e processuais da concorrência são aplicáveis à produção e ao comércio dos produtos agrícolas. Estas regras são aplicáveis salvo se não conflitem com o princípio do artigo 33 TCE ou que a prática em questão seja parte integrante de uma organização nacional de mercado. CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 192.

<sup>57</sup> A afetação da concorrência ou a produção de efeitos que ameacem falsear a concorrência constituem elementos essenciais do regime de auxílios incompatíveis com o mercado comum. É necessária a afetação do comércio entre os Estados-membros devido à alteração da estrutura da concorrência. Neste aspecto, a jurisprudência acompanha a interpretação de afetação do comércio entre os Estados-membros do artigo 82 TCE. MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>58</sup> *Idem*, p. 74.

<sup>59</sup> Caso Deufil c. Comissão, EuGH, Slg. 1987, p. 901.

<sup>60</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 77.

1988<sup>61</sup>, na aplicação do artigo 81 TCE. O que se observa na jurisprudência é um entendimento lato do referido requisito, uma interpretação extensiva, que também pode ser vista como o abandono da tomada em consideração somente do volume de comércio dentro da Comunidade. Assim, quotas de mercados mínimas ou a inexistência de relações comerciais significativas não obsta a aplicação da regra de auxílios públicos.

Um problema conexo com a afetação vinda com as ajudas públicas é a existência de uma regra *de minimis*. Auxílios abrangidos por ela não satisfazem o critério da afetação e não são abrangidos pelo artigo 87 TCE<sup>62</sup>. Tentou-se até transportar o entendimento já tido em relação aos artigos 81 e 82 TCE, de que práticas de menor dimensão não seriam colocadas em questão. Questionado sobre o caso em Philip Morris, em 1980<sup>63</sup>, e em Meura, em 1986<sup>64</sup>, o Tribunal não se manifestou conclusivamente<sup>65</sup>.

A posição de MORAIS era da não-sujeição do artigo 87 à referida regra, no que leva em conta a *ratio* e os seus objetivos. Nesse sentido, a diferença existente entre os artigos 81 e 82, por um lado, e 87 TCE por outro, é usada para justificar a não-aplicação da regra *de minimis* a este último. O fato de a aplicação dos primeiros artigos resultar do procedimento de empresas e de a do outro resultar do procedimento de Estados produz conseqüências diferentes. As restrições à concorrência que têm origem no comportamento dos Estados, na visão do autor, “devem ser tratadas com maior rigor, visto que os seus potenciais efeitos negativos sobre a unidade do mercado poderão, por princípio, ser maiores. Na realidade, se os Estados violarem as obrigações impostas pelo TR, esse facto será, por definição, mais negativo para a unidade do mercado do que ocasionais práticas restritivas por parte das empresas. É, pois, esta distinção primacial entre as fontes da ameaça à concorrência – ‘ameaça empresarial ou estadual’ – que deve conduzir à rejeição da aplicação da regra *de minimis* no quadro do art. 92º.”<sup>66</sup>. Ademais, uma ameaça à concorrência originada pelos Estados infringiria o princípio do artigo 10 TCE, como visto anteriormente.

Um parêntese é necessário ser aberto aqui. Observa-se que o autor emprega o mesmo raciocínio que afasta a aplicação da regra no quadro do artigo 28 TCE, sobre medidas de efeito equivalente às restrições quantitativas. Assim agindo, parece fundar um novo elemento de conexão entre regras de concorrência e regras destinadas às

---

<sup>61</sup> Caso Patê de Bois (Wood Pulp), EuGH, Slg. 1988, p. 5193, com o qual a Comissão celebrenemente afirmou a sua competência para aplicar o artigo 81 TCE às concentrações realizadas fora da Comunidade por entidades não estabelecidas nela. Desde então o fato de que um ou mais dos participantes de uma prática colusória estejam sediados fora do território da Comunidade não impede a aplicação das normas de concorrência dela, nas quais se incluem as das ajudas públicas. De fato, o direito comunitário assumiu a doutrina dos efeitos, “segundo a qual a aplicação das normas (...) a condutas praticadas fora do Estado (...) surge plenamente justificada, desde que a conduta em causa produza efeitos no território deste Estado”. MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 14. Assim, seus resultados podem assumir relevância também no campo dos auxílios públicos. São as hipóteses, por exemplo, de ajudas outorgadas por terceiros países a empresas situadas na Comunidade ou fora dela cujos efeitos se dêem em território comunitário. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 186.

<sup>62</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 329.

<sup>63</sup> Caso Philip Morris Holland c. Comissão, EuGH, Slg. 1980, p. 2671.

<sup>64</sup> Caso Bélgica c. Comissão (Meura), EuGH, Slg. 1986, p. 2263.

<sup>65</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 81.

<sup>66</sup> *Idem*, p. 84.

liberdades fundamentais, qual seja o de uma aproximação interpretativa, na questão da exclusão da regra *de minimis*, do artigo 87 TCE com o artigo 28 TCE muito mais do que com os artigos 81 e 82 TCE<sup>67</sup>, embora conste aquele do mesmo capítulo destes últimos.

Esse raciocínio conduziria a uma nova relação entre liberdades fundamentais e a liberdade de concorrência. Mas há quem diga que Keck e Mithouard representou uma regra *de minimis* para o artigo 28 TCE<sup>68</sup>. Então, perante essa confusão toda, nada melhor que elevar a concorrência ao patamar de quinta liberdade fundamental ou incrementar uma complementaridade entre as disposições, ou ainda uma análise conjunta, como já sugerido no capítulo precedente.

Uma mesma impossibilidade de aplicação da regra *de minimis* não ocorre com o artigo 88 TCE. Assim, a Comissão dispensou expressamente os Estados da obrigação de notificação dos auxílios de importância menor, isto é, previu a aplicação da regra<sup>69</sup>. Atualmente, é prevista uma regra *de minimis* para as ajudas públicas, advinda por um regulamento. Sua disposição será vista futuramente, já que o tema está mais ligado ao excessivo acúmulo de trabalho pela Comissão e à conseqüente reforma promovida para minimizar esse problema. Então, entendendo também que Keck e Mithouard representou uma regra *de minimis*, a relação entre a concessão de auxílios e as disposições do artigo 28 do ponto de vista atual é dada pela aplicação da regra, e não mais pela exclusão, como antes.

Uma outra relação estreita entre os auxílios de Estado e as medidas de efeito equivalente previstas no artigo 28 TCE, que também pode ser vista como uma relação entre a liberdade de concorrência e a livre circulação de mercadorias, aqui representando as liberdades fundamentais, é vista por ALVES ao analisar casos em que os auxílios concedidos a uma empresa para aquisição de veículos de produção nacional, medidas adotadas por Estados para promover a venda dos seus produtos nacionais e a concessão de créditos mais favoráveis na compra de máquinas produzidas num determinado Estado-membro são medidas de efeito equivalente. Com isso, uma medida de um Estado-membro considerada como tal a restrições quantitativas à importação pode constituir ao mesmo tempo uma ajuda pública, e vice-versa. Ambas perseguem um objetivo comum que consiste em garantir liberdades fundamentais entre os Estados-membros em condições normais de concorrência. A única diferença entre elas parece residir nas conseqüências jurídico-processuais da ausência de aplicabilidade direta da regra da ajuda. Por fim, a relação estreita se consolida no fato de que uma medida nacional poder ser qualificada como auxílio não é razão suficiente para a não-aplicação da proibição do artigo 28 TCE, o que representa uma complementaridade, também possível ser expressada por dizer que a aplicação das regras da concorrência não pode afastar a das destinadas às liberdades<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> *Idem*, p. 85.

<sup>68</sup> Para STUYCK, a jurisprudência Keck e Mithouard poderia ser interpretada como uma regra *de minimis* às liberdades fundamentais. STUYCK, Jules. Libre circulation et concurrence: les deux piliers du marché commun. In: DONY, Marianne (Coord.). *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*, p. 1486.

<sup>69</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 81-82.

<sup>70</sup> ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, p. 342-345.

Com a colocação de que a única diferença reside na ausência de aplicabilidade direta se quer reforçar que a extensão desse princípio a toda a amplitude do artigo 81, bem como o recente incremento do processo de descentralização também no âmbito das ajudas públicas, segundo o qual a Comissão tem emitido regulamentos de isenção das proibições, como será visto, foram uma aproximação entre os dois âmbitos do direito comunitário focalizados neste estudo.

Outra relação, também interpretada como de complementaridade entre as regras das ajudas públicas com as das liberdades fundamentais, é deduzida de CREMER<sup>71</sup>. O autor trata de uma afetação das ajudas não diretamente ao mercado comum, mas a um dos seus elementos constitutivos, qual seja a liberdade de circulação de bens. A primeira constatação é que a concessão de ajudas públicas representa uma limitação à liberdade de circulação de bens abrangida pelo artigo 28 TCE. O aumento da competitividade de uma empresa com a concessão de auxílios tem por resultado uma influência no fluxo de bens. Essa relação entre concessão de auxílios públicos e afetação na livre circulação de bens foi muitas vezes confirmada pelo Tribunal<sup>72</sup>, ainda que as justificações às limitações em ambos os casos sigam outros critérios materiais e que as normas não possuam o mesmo grau de efeito direto. Limitações à liberdade baseiam-se no interesse geral legítimo e em imperiosas necessidades, no sentido da sentença Cassis de Dijon. Exceções à proibição de concessão de auxílios, isto é, limitações à concorrência, se baseiam em critérios político-econômicos. Mesmo assim, o entendimento era de que as normas sobre a livre circulação de bens e as sobre as ajudas públicas perseguiram o mesmo objetivo de assegurar uma livre circulação entre os Estados-membros sob condições normais de concorrência. Dessa forma, a aplicabilidade do artigo 87 TCE nunca excluiria a do artigo 28 TCE, como já visto em ALVES<sup>73</sup>.

Isso posto, a discussão doutrinária que restava era se as normas poderiam ser aplicadas conjuntamente ou em relação de preferência uma com a outra. ULLRICH é do entendimento que certas subvenções estatais de competência originária dos Estados-membros, deixada pelo Tratado, envolvendo investigação e desenvolvimento tecnológico, podem vir a ser admitidas como compatíveis com o mercado comum, mas representarem limitações à liberdade de circulação de bens. Por esse motivo não deveriam ser averiguadas sob o artigo 87, mas sob o artigo 28 TCE, também pelo fato de que já era certa que a aplicação deste não estava excluída pela jurisprudência do Tribunal. Para ele, a aplicação do artigo 28 deveria ser preferente<sup>74</sup>. CREMER, por outro lado, afasta esse entendimento<sup>75</sup>. Para ele, em nenhum momento o Tribunal aplicou preferencialmente o artigo 28 pelo fato de o auxílio cumprir os requisitos da fórmula Dassonville, por exemplo. Isso aconteceu apenas quando “à primeira vista” pareceu duvidoso o caráter de auxílio da medida<sup>76</sup>. Para as demais, o Tribunal não

---

<sup>71</sup> CREMER, Wolfram. *Das Verhältnis der Beihilferegeln gemäß Art. 92 f. EGV zur Warenverkehrsfreiheit*, p. 225-237.

<sup>72</sup> Casos que fundamentam este pensamento podem ser vistos em CREMER. *Idem*, p. 227-231.

<sup>73</sup> Aqui vale repetir o que já foi dito sobre o fato de que a aplicação do artigo 87 de nenhum modo pode levar à não-aplicação das regras sobre a liberdade de circulação de bens. ALVES, J. de J. F. *Op. cit.*, p. 342-345.

<sup>74</sup> O objeto de investigação do autor era o perigo que tais medidas provocavam ao mercado comum. ULLRICH, Hanns. *Einzelstaatliche Förderung industrieller Forschung und Entwicklung zwischen Binnenmarkt und Technologiegemeinschaft*, p. 1-10, em especial a página 6.

<sup>75</sup> CREMER, W. *Op. cit.*, p. 233-235.

<sup>76</sup> *Idem*, p. 233.

recorreu ao artigo 28 TCE. Pelo contrário, esse sempre teria primado por afirmar que ambas as disposições perseguem o mesmo objetivo<sup>77</sup>. A proposta de solução de CREMER para a relação aqui discutida resulta de uma aplicação preferencial das regras das ajudas, que teriam caráter de *lex specialis* perante as das regras da livre circulação de bens. Primeiro o Tribunal averiguaria se o caso não se trata de uma ajuda. Assim, “Se a medida não é um auxílio (...), não há conflito. O artigo 30 TCEE é evidentemente aplicável. Quando a medida detém caráter de auxílio e não foi notificada, o Tribunal pode e deve (...) considerá-la contrária ao direito comunitário e também os tribunais nacionais podem e devem (...) cassar tal medida. Caso a medida tenha sido notificada (...) e classificada como ajuda, detém a Comissão a primordial competência (...) para decidir. Em uma tal conjuntura (...), o Tribunal não pode decidir com a aplicação de regras sobre a livre circulação de bens”<sup>78</sup>.

O problema apresentado parece ser mais de conflito entre objetivos do Tratado, nesse caso em especial entre os dos artigos 163 TCE e seguintes, sobre investigação e desenvolvimento tecnológico, e a concorrência, por um lado, e entre uma subvenção vinculada à uma política de desenvolvimento industrial da Comunidade e o da livre circulação, por outro. A solução sugerida por CREMER para a relação pode ser interpretada, pois, como de complementaridade, o que não se afasta do antecipado no capítulo precedente, nem do balanço feito entre as políticas. Aplica-se uma, e conforme a outra, em hipótese de insuficiência para o atingimento do objetivo do Tratado. Nada mais normal que as regras de concessão de auxílios sejam as preferentes para a análise do Tribunal, uma vez que as distorções provocadas por eles na concorrência são mais nefastas.

Como última reflexão sobre a expressão na medida em que afetem as trocas comerciais, apenas para menção, tal requisito deve ser observado entre os Estados-membros. É a aplicação da cláusula da interestatalidade, do elemento transfronteiriço, já referenciada. No caso das ajudas públicas também vale a interpretação de que, mesmo que afetem o comércio entre os Estados-membros, se elas ficarem abaixo do patamar da regra *de minimis*, são autorizadas.

A terceira expressão do artigo 87, n. 1, a ser considerada refere-se aos auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais. Por certo o primeiro esclarecimento necessário quanto à imputabilidade estatal é o que se entende por ajuda pública, ou seja, qual o conceito de auxílio, e o que se entende por Estado. O próprio Tratado não contempla esses conceitos, como vem sendo visto em outras situações, mas apenas traz fatores de especificação que auxiliam o entendimento.

O conceito de auxílios públicos é mais amplo que o de subvenções. Estas envolveriam apenas os pagamentos pecuniários. Auxílios, mais amplamente vistos, seriam quaisquer sacrifícios ou encargos financeiros para o Estado<sup>79</sup>. Mas não é

---

<sup>77</sup> Justamente tal indefinição dos âmbitos de aplicação entre as normas na jurisprudência do Tribunal é que dá margem a ULLRICH declarar preferência à aplicação do artigo 28 TCE. ULLRICH, H. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>78</sup> CREMER, W. *Op. cit.*, p. 236-237.

<sup>79</sup> FIGUEREDO, Julio. Derecho de la competencia e integración económica: la situación en el Mercosur. In: *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2*, p. 79. Discussões sobre a abrangência do TCE a ambas as classificações, em especial frente ao artigo 4º., letra c TCECA, que se refere explicitamente às duas, podem ser vistas em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 196-197. Na Comunicação sobre a participação do Estado no capital de

necessário que haja um dispêndio de dinheiro, pois a despesa pode ter caráter negativo, como se verá mais detalhadamente quando forem citados exemplos. Também pouco interessa se o auxílio foi dado efetivamente pelo Estado. O que importa é a origem pública, independentemente da natureza jurídica das entidades que intervêm na atribuição concreta do auxílio. Ante a ausência de uma verdadeira definição, bem como de uma lista de medidas proibidas<sup>80</sup>, o concreto alcance do conceito é precisado pela prática, marcado por um acentuado casuísmo, o que confere à jurisprudência um papel relevante<sup>81</sup>.

A partir dos novos desenvolvimentos jurídicos experimentados pelo conceito de auxílios públicos, MORAIS analisa a subsunção sob este das participações públicas no capital das empresas públicas e as novas exigências em matéria de transparência das relações entre Estados-membros e empresas<sup>82</sup>. É o caso do Estado-empresário, como agente econômico ou como acionista, acumulador dos papéis de proprietário e de poder público, suscetível à influência de vários objetivos<sup>83</sup>.

A necessidade de uma transparência ditou o surgimento da já mencionada Diretiva n. 80/723/CEE, que se constituiu na primeira etapa da nova orientação<sup>84</sup> comunitária relativa às participações empresariais públicas. Essa diretiva consagrou um conceito lato de empresa pública, baseado no critério da influência dominante no comportamento da empresa<sup>85</sup>, o que não necessariamente se resume a uma participação pública majoritária.

Para o efeito da transparência, essa diretiva consagrou eventos a serem comunicados à Comissão, de forma meramente enunciativa, como por exemplo as subvenções a fundo perdido, empréstimos em condições privilegiadas, concessão de vantagens financeiras sob forma de não-percepção de benefícios ou de não-cobrança de créditos e renúncia à remuneração normal dos recursos utilizados.

Participações empresariais públicas podem constituir uma forma original de auxílio público incompatível, desde que não correspondam aos padrões normais de investimentos, em especial nos casos em que as sociedades não teriam capacidade para se financiarem no mercado de capitais, análise que é feita com o uso do critério do investidor privado normal, logo a seguir visto.

---

empresa, de 1984, a Comissão elucidou a operação que não constitui auxílio, a que constitui auxílio e a que possui uma presunção de auxílio. Mais sobre o conceito de ajuda estatal pode ser visto em PASCAR, Norma A. II parte: El derecho de la competencia en la Comunidad Europea. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 91-94.

<sup>80</sup> COMUNIDADES Europeias: Comissão. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>81</sup> RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. *Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado*, p. 59. A ausência de uma definição no Tratado pode mesmo ter sido intencional. Uma expressa extensão do conceito levaria os Estados a encontrarem práticas que não se submetessem a ela. SCHINA, Despina. *State aids under the EEC treaty: Articles 92 to 94*, p. 13.

<sup>82</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 95. Sobre a aplicação de um amplo conceito de ajuda como princípio para a redução de inconseqüências e déficits no controle de ajudas públicas ver KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung?*, p. 520-521.

<sup>83</sup> CASPARI, M. *Op. cit.*, p. 70 e MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 99.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 99.

<sup>85</sup> *Idem*, p. 100 e CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 190-198.

A caracterização como auxílio envolve ainda a análise do mercado relevante<sup>86</sup>. A definição deste, como já visto, envolve os critérios territorial e do produto. O do produto leva em conta a ótica do consumidor, julgada segundo o conceito mercadológico de necessidade. Perante a existência de saturação no mercado ou capacidade produtiva instalada excedente, qualquer, mesmo a mínima vantagem concedida a uma empresa por um Estado poderá afetar o comércio intra-comunitário. Um efeito, todavia, sobre o mercado relevante, diferentemente do que se passa nos artigos 81 e 82, não chega a ser necessário para a proibição da concessão do auxílio<sup>87</sup>.

O conceito de Estado deve ser entendido de forma ampla e não pode basear-se unicamente na terminologia de um dos Estados-membros. Fazem parte do Estado as instituições constitucionalmente independentes, as coletividades descentralizadas, os organismos de tipo corporativo, os organismos públicos e privados instituídos pelo Estado, as pessoas jurídicas de direito público, todos os órgãos da administração, as entidades regionais ou locais dos Estados-membros, organismos cuja composição e funcionamento estão previstos por lei e que dependem dos poderes públicos pela nomeação dos seus membros, organismos públicos ou privados que o Estado institui ou designa com a finalidade de gerir a ajuda, entre outros<sup>88</sup>.

A especificação do que significa a palavra Estado é tarefa da Comissão e do Tribunal. A palavra assume necessariamente um significado muito amplo, devido à substancial diversidade da organização administrativa dos países membros. Alguns possuem estrutura centralizada, como França e Holanda, e, outros, estrutura descentralizada, marcada pela repartição de competências entre Estado central e regiões, como Alemanha e Espanha. Assim, ambas instituições consideram que a ajuda pode ser a concedida pelo Estado como entidade jurídica própria ou por sua articulação, qual seja um ministério, a província, a comunidade, a municipalidade, o departamento, a região, a comunidade autônoma ou os *Länder* alemães. Todos são diretamente obrigados, no âmbito de suas competências, a observarem as regras relativas à concessão de auxílios públicos.

Também as ajudas que não sejam pagas diretamente por organismos estatais devem submeter-se às regras. O importante é que em ao menos uma parte delas<sup>89</sup> haja recursos provenientes de recursos estatais. Sempre que o subsídio venha a sobrecarregar o orçamento de um Estado-membro, este requisito é cumprido. Não faz a menor diferença se o auxílio é proveniente do próprio Estado-membro ou de alguma de suas corporificações. O que seriam instituições do Estado? Numa interpretação ampla, como visto acima, estão envolvidas as empresas detentoras de direitos especiais ou exclusivos que fornecem auxílios estatais. Mas e o caso de instituições públicas e privadas erigidas pelo Estado? A discussão reside nas públicas, erigidas

---

<sup>86</sup> KOENIG e KÜHLING falam da necessidade de uma aplicação mais larga deste conceito como um dos princípios para a redução de inseqüências e déficits no controle de ajudas públicas. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 522,

<sup>87</sup> JESTAEDT, Thomas; MIEHLE, Andreas. *Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten: Die neuen Leitlinien der Kommission*, p. 659. No mesmo sentido de que basta que a afetação seja potencial, o que no caso de auxílios é até presumido, ver NOWAK, Carsten. *Die Entwicklung des EG-Beihilfenkontrollrechts in den Jahren 1998, 1999 und 2000*, p. 296.

<sup>88</sup> Fundamentações jurisprudenciais para esta série de exemplos podem ser vistas em ALVES, J. de J. F. *Op. cit.*, p. 319-320.

<sup>89</sup> MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 550.



pelo Estado, mas mantidas por recursos privados. As privadas, que distribuem dinheiro estatal, assim quando são mantidas por empresas estatais, tornariam este um auxílio público, pois provenientes do Estado. Agora, e as públicas, que distribuem dinheiro privado? Pode vir este a ser considerado auxílio também, sempre que seja o Estado o ordenador da distribuição do dinheiro, isto é, quando a escolha do beneficiário recaia sobre o Estado ou alguém por ele indicado. Tal caráter faz com que o recurso estendido seja considerado auxílio. Essa análise se dá pelo grau da possibilidade de influência do Estado na concessão<sup>90</sup>.

Outra expressão, na seqüência do artigo, é independentemente da forma que assumam. Isso significa o tipo que eles são. Portanto, é importante indicar exemplos, uma vez que a formulação é de interpretação ampla. O caráter heterogêneo dos auxílios permite relativas tentativas de sistematização. Talvez seja devido a isso que a grande maioria dos manuais de direito comunitário sempre é apresentada recheada de casos jurisprudenciais. Ao invés dos doutrinadores conceituarem os institutos, limitam-se, o que é perfeitamente compreensível, a dizer que em certas situações, tais e tais fatos, foram considerados auxílios, e em outras, não.

Os auxílios são classificados em despesas orçamentais positivas, nas quais entrariam as subvenções, despesas orçamentais negativas, envolvendo os benefícios fiscais, e as participações públicas no capital de empresas, que é a menos transparente de todas as modalidades<sup>91</sup>. Mas para tanto há a diretiva da transparência e os critérios desenvolvidos pelo Tribunal, entre os quais se destaca o de investidor privado.

Isso posto, como exemplos, são auxílios as isenções fiscais, qualquer diminuição das receitas públicas, bonificações de juros, coberturas de perdas de exploração e toda e qualquer outra medida equivalente, já que nenhuma enumeração é taxativa nem vinculativa, mais os auxílios para investimentos diretos, favorecimentos de créditos, facilitações de impostos, tarifas especiais para serviços públicos e compras de terrenos abaixo do preço de mercado<sup>92</sup>. As ajudas concedidas por um Estado podem assumir ainda outras variadas formas, tais como garantias de empréstimos em condições particularmente favoráveis<sup>93</sup>, concessão de prédios ou terrenos a título gratuito ou em condições particularmente favoráveis, financiamento

---

<sup>90</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 219. Mais sobre o grau da possibilidade de influência estatal (*Grad der staatlichen Einflussmöglichkeit*) pode ser visto em KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Grundfragen des EG-Beihilfenrechts*, p. 1068. Interessante para observar é o caso das igrejas na Alemanha, que são instituições de direito público, mas não fazem parte da arquitetura administrativa estatal, além de terem uma liberdade constitucionalmente assegurada. BLECKMANN, Albert. Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte. In: BIEBER, Roland (Hrsg.). *Das Europa der zweiten Generation: Gedächtnisschrift für Christoph Sasse*, p. 665. Assim, as prestações oferecidas pela igreja não estão sujeitas ao artigo 87, n. 1 TCE. KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 327-328.

<sup>91</sup> Segundo outra classificação, tais situações podem ser agrupadas em três categorias: financiamento da empresa em condições diversas das quais poderia oferecer o mercado de capitais, aportes de capitais em condições de não-remuneração e alívio sobre o balanço. CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 265.

<sup>92</sup> FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maik. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*, p. 100. Outro tanto está citado em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 207-208.

<sup>93</sup> Um monitoramento do setor de financiamento público pela Comissão, presente numa Carta aos Estados, datada de 5 de abril de 1989, observa que toda a garantia de crédito prestada por um Estado ou mediante contribuição financeira mediante delegação do Estado, está automaticamente afeta à disciplina e à prova do artigo 87 TCE.

de infra-estrutura e urbanização<sup>94</sup>, fornecimento de bens ou serviços em condições preferenciais, isenção de impostos e taxas, isenções de direitos para-fiscais ou outras medidas de efeito equivalente, como o Estado deixar de receber ganhos financeiros.

Uma quinta expressão que pode ser retirada do desdobramento do artigo é que falseiem ou ameacem falsear a concorrência. O raciocínio é que as empresas ou produções recebam uma vantagem econômica, que elas não receberiam em condições normais de mercado e que, em função disso, as condições da concorrência no mercado sejam modificadas. Assim, a ajuda de Estado é capaz de falsear a regra da concorrência, de tal modo que origine um dano ao regime do comércio.

O entendimento da autoridade comunitária é de que raramente se reconhece que uma ajuda possa não ter efeito distorsivo sobre o regime da concorrência<sup>95</sup>. Portanto, não será considerada ajuda o aporte inidôneo a falsear a concorrência, ou ainda os casos em que o aporte, mesmo considerado ajuda, venha a ser autorizado por uma derrogação. Trata-se, pois, de uma severa disciplina das entidades comunitárias.

A última expressão é favorecendo certas empresas ou certas produções. A obtenção de uma vantagem pela empresa interessada trata-se de condição necessária para a consideração de um aporte como ajuda de Estado. Seja qual forma que assuma, a ajuda deve vir acompanhada de uma vantagem econômica ou financeira que a empresa não seria beneficiária durante o curso normal de sua atividade econômica<sup>96</sup> ou de uma diminuição de seu ônus financeiro, ou seja, vantagem que não teria sido possível obter no normal mercado de capitais.

Como dito, pouco interessa a forma que assuma tal auxílio. Importante é que a empresa receba uma prestação, que não se limita a ser entendida como recebimento de vantagens monetárias<sup>97</sup>. Pode ser uma prestação positiva, mas também uma negativa, que não represente subvenção no sentido estrito da palavra, como a recusa de recebimento de ganhos financeiros ou o alívio de um ônus que normalmente recairia sobre a empresa. Por prestação deve ser entendida ainda toda vantagem valorável, normalmente por prestação positiva, mas também na forma de medidas que

---

<sup>94</sup> Sobre esta modalidade de ajuda em específico, ver o trabalho de SOLTÉSZ. A verificação da compatibilidade com o mercado comum de urbanização de terrenos industriais e a melhoria da infra-estrutura tornou-se prática constante da Comissão em seus casos envolvendo a concessão de auxílios públicos, uma vez que tais práticas podem ser ajudas camufladas ou ocultas. Por certo, para um investidor é confortável receber do Estado tudo pronto. Por outro lado, incertezas na prática da Comissão levavam os Estados a contornar as rígidas regras e a se valer destes auxílios como elementos de atração para os investidores. Assim agindo, diminuía os custos para as empresas que se instalavam, as colocavam em posição de competitividade melhor com as dos outros Estados-membros, e, em consequência final, podiam vir a falsear a concorrência. Superficialmente, é possível ser dito que a questão de se uma tal forma de ajuda é abrangida ou não pela regra do artigo 87 TCE depende ainda do universo dos beneficiários. Se for uma única empresa beneficiada, como por exemplo quando a infra-estrutura ou urbanização for realizada num pátio interno, está cumprido o critério da especificidade e tal é considerado auxílio público incompatível com o mercado comum. SOLTÉSZ, Ulrich. *Öffentliche Finanzierung von Infrastruktur- und Erschließungsmaßnahmen und das EG-Beihilferecht*, 107-111.

<sup>95</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 268.

<sup>96</sup> Caso Banco Exterior de España, EuGH, Slg. 1994, p. I-877. MOLINA DEL POZO lembra que são muito raras as ajudas de Estado que não favorecem os que as recebem, mas cita exemplos. MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 551.

<sup>97</sup> KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 1066.

minimizem a carga das empresas<sup>98</sup>, como liberação de encargos sociais, tarifas especiais, não-cobrança de dívidas ou dispensas de impostos.

A característica do favorecimento obtido deve ser interpretada de forma ampla<sup>99</sup>. Assim, há favorecimento, independente de sua forma, quando a empresa obtém uma prestação sem oferecer uma compensação correspondente ou normal de mercado. O auxílio deve produzir um efeito favorável para as empresas e este vir desacompanhado de qualquer contrapartida por parte delas. Todavia, como lembram KOENIG e KÜHLING, ainda que normalmente cotações da bolsa de valores sejam parâmetros, não é fácil responder a pergunta sobre a adequação ao mercado de uma contra-prestação<sup>100</sup>. A análise do caráter do favorecimento resta sem problemas<sup>101</sup> quando, por exemplo, um preço de mercado transparente é verificável, porque ele diz respeito ao preço de compra e venda praticado no mercado de ações. Em função da obrigação de devolução, os empréstimos em si não apresentam favorecimentos. Não são ajudas proibidas de *per se*, desde que por trás das taxas cobradas não esteja escondido um favorecimento. Decisivo é que esse efeito econômico represente uma vantagem para a empresa, geralmente podendo ser representado na forma de um efeito de diminuição de custos permitido por uma medida estatal. Mas também é decisivo o fato de que uma ajuda represente uma carga no orçamento público. E vale lembrar que o retorno econômico deve ser adequado ao investimento efetuado<sup>102</sup>.

Situações em que há indícios da existência de um auxílio público incompatível com o mercado comum ocorrem quando a situação financeira da empresa não permite qualquer expectativa de rentabilização do capital investido em prazo razoável, quando a margem bruta de auto-financiamento não permite obter nos mercados de capitais privados os meios financeiros necessários e quando há situações em que a entrada de capital público desequilibra a relação acionária anterior e isso possa ser atribuído às más perspectivas do mercado da empresa em questão, isto é, uma fuga de capitais privados.

De resto, são incompatíveis com o mercado comum os favorecimentos dirigidos a certas empresas ou produções, isto é, não se fala dos dirigidos aos particulares. Os destinatários devem ser específicos, definidos, com a exclusão de outros (*Bestimmtheit der Beihilfe, Spezialität, Spezifität*). Essa característica oferece a necessária delimitação entre auxílios e as demais medidas legislativas de caráter geral dos Estados-membros. O conceito comunitário de empresa é independente do conceito aplicado pelos direitos nacionais e, ao excetuar consumidores e trabalhadores, perfaz um conceito funcional<sup>103</sup>. Uma pretensão de lucro não é

---

<sup>98</sup> Sobre minimização da carga das empresas (*Belastungsminderung*) ver os casos Banco Exterior de España, EuGH, Slg. 1994, p. I-877, apartado 13 e seguintes e DM Transport, EuGH, Slg. 1999, p. I-3913, apartado 19.

<sup>99</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 325. Assim já decidiu o Tribunal em 1961. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 1065.

<sup>100</sup> Não há que se falar em favorecimento, quando a este se contrapõe uma adequada contra-prestação, pois. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 1066.

<sup>101</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 325-326.

<sup>102</sup> Para o cálculo da equivalência do empréstimo (*Beihilfenäquivalents*), feito pela diferença entre o valor de mercado de fato alegado para a prestação e a compensação de fato recebida, a Comissão usa a sua Comunicação de 9 de setembro de 1999 (*Referenzzinssatzmitteilung*).

<sup>103</sup> Para o conceito comunitário de empresa ver BENICKE, Christoph. *Zum Unternehmensbegriff des Europäischen Wettbewerbsrechts*, p. 373-379; CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 181-194;

necessária para essa classificação, mas sim que uma atividade seja exercida, sobre um mercado, no qual os participantes estejam em relação de concorrência<sup>104</sup>. Medidas de infra-estrutura geral ou de política conjuntural não são medidas que se destinem a certas empresas ou certas produções, pois não causam diferenciações à economia comum, diferenciando-se, assim, das medidas que são proibidas por este artigo. A expressão certas produções também deve ser interpretada de forma ampla. Ela envolve praticamente todas as atividades industriais e profissionais, desde que participantes da vida econômica<sup>105</sup>.

A relação entre favorecimento e prestação ainda pode ser avaliada a partir do critério de investidor privado (*market economy investor*, *Marktinvestorenprinzip*), que é decorrente da jurisprudência<sup>106</sup>. Há critérios informadores importantes que não constaram do Tratado e que, portanto, vieram a ser definidos pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, como por exemplo o aqui abordado<sup>107</sup>. Mas, enfim, como diferenciar a atitude do Estado perante as empresas enquanto outorgador de auxílios ou investidor comum? Pois esta diferenciação é dada pelo critério do investidor privado. A sua aplicação hoje é plenamente reconhecida<sup>108</sup>.

Entende-se por critério do investidor privado o aplicado quando o Estado financia uma empresa pública como acionista ou investidor normal. Isto é, quando financia a empresa como um acionista que financia uma empresa privada, com auxílios efetuados em circunstâncias aceitáveis por um investidor privado. Nesse caso, a análise que tem que ser feita é averiguar se em idênticas situações um investidor privado, pelas possibilidades de rentabilidades previsíveis, com abstração de considerações de caráter social ou de política regional ou setorial, teria igualmente procedido tal ingresso de capital ou, noutra perspectiva, se o investidor privado teria dispensado o recebimento de lucros que o Estado-membro dispensou. Ou, dito de outra forma, não se pode falar de auxílios de Estado e nem de favorecimento quando há entrada de capital fresco nas empresas, se ocorrer em circunstâncias que sejam aceitáveis para um investidor privado, atuando em condições normais de uma economia de mercado. Enfatizando, vale dizer que sempre que um investidor privado,

---

SCHWARZE, Jürgen. *Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts*, p. 613-616 e SLOT, Piet Jan. The concept of undertaking in EC Competition Law. In: DUE, Ole; LUTTER, Marcus; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). *Festschrift für Ulrich Everling*, p. 1413-1426.

<sup>104</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 328 e KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 1068.

<sup>105</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>106</sup> Caso República Italiana c. Comissão (Alfa Romeo), EuGH, Slg. 1991, p. I-1603, apartado 19 e seguintes, embora não haja acordo entre os autores em indicar qual foi a primeira sentença do Tribunal que confirmou da validade da aplicação do princípio. A Comissão se valeu de uma Comunicação de 17 de setembro de 1984 para tanto. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. *Op. cit.*, p. 63-65.

<sup>107</sup> Ver um estudo mais detalhado em JAEGER JUNIOR, Augusto. Os critérios de mercado relevante e investidor privado no Direito Comunitário da Concorrência. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org.). *Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI*, p. 187-191 e em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 181-198. Este critério também é analisado pontualmente na sua relação com a participação pública no capital de empresas, além de contrastada a prática comunitária com a desenvolvida pelas agências norte-americanas de defesa da concorrência, em RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. *Op. cit.*, p. 59-75.

<sup>108</sup> Trata-se sobremaneira de um mecanismo útil para resolver questões tão complexas e delicadas, mas não ficou livre da contestação pelos Estados-membros, que vêem suas liberdades restringidas com o ingresso do fator mercado na análise da concessão de ajudas públicas, mormente ante ao ferrenho controle levado a cabo pela Comissão e ao excessivo rigor técnico-matemático usado para justificar suas decisões. *Idem*, p. 74-75.

baseando-se na taxa previsível de rentabilidade do capital investido<sup>109</sup>, tomasse a mesma decisão, o caso não se trata de auxílio e sim de investimento. O momento para essa análise, também um fator a considerar<sup>110</sup>, é o no qual se adotou a decisão de investimento ou financiamento.

Isso posto, três são as hipóteses claramente incompatíveis segundo o critério: quando não há qualquer expectativa de rentabilidade do capital, o *cash flow* da empresa não atrai capital privado algum e más perspectivas do mercado estão afugentando o investidor privado. E são ainda subsídios todos aqueles que devem ser assumidos exclusivamente por participação privada e os que as empresas não tenham conseguido obter no mercado de capitais.

É necessário averiguar se o investimento estatal se realizou sob condições que seriam aceitáveis para um investidor privado hipotético, como um banco, em condições econômicas normais de mercado, ante a impossibilidade de determinar de modo concreto e universal qual pode ser o comportamento. O comportamento do investidor privado que deve ser comparado ao do investidor público deve equiparar-se ao de uma holding privada ou de uma holding pública ou de um grupo empreendedor privado que persiga uma política estrutural, global e setorial e que seja guiado por perspectiva de rendimentos a longo prazo, e não tanto ao de um investidor comum, que promove aplicação com objetivos de rendimentos em prazos mais ou menos breves<sup>111</sup>.

A condição principal é que o Estado assuma uma posição de normal acionista, caso já possua participação acionária, ou de normal investidor. Por tal, não são consentidos os aportes de capital que tenham o objetivo de reequilibrar uma posição de endividamento, desde que o investimento não possa racionalmente oferecer um retorno econômico, mesmo que seja a longo prazo.

Mas por certo não há dúvida de o Estado estar agindo como investidor quando, simultaneamente no mesmo projeto, investidores privados são seus parceiros. Especial caso se observa quando os aportes ocorrem simultaneamente e proporcionalmente ao número de quotas possuídas por investidores públicos e privados. Assim, não resta dúvida de que não se trata de ajuda pública o aporte proporcional ao número de quotas detidas pelo poder público e paralelamente a um aporte de acionista privado, pois não há alteração nos percentuais de capital. É possível afirmar, com base nessa situação, que a presença do investidor privado diz tudo. Nas palavras de CASSOTTANA e NUZZO, vê-se que “Indício por excelência da normalidade de um investimento é a subsistência de capital privado na subscrição de aumento que assumam um ‘significado econômico real’”<sup>112</sup>. Tal não é o caso quando

---

<sup>109</sup> Critérios para a determinação da rentabilidade provável do investimento, baseados no custo do capital e na taxa de retorno mínima, segundo o modelo de valoração de ativos financeiros, no prazo razoável de recuperação do investimento e no momento em que se tomou a decisão de investir, são analisados em RODRÍGUEZ MIGUEZ. *Idem*, p. 68-74.

<sup>110</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 326.

<sup>111</sup> Caso República Italiana c. Comissão (Alfa Romeo), EuGH, Slg. 1991, p. I-1603, apartado 19 e seguintes.

<sup>112</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 270 e RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. *Op. cit.*, p. 65-66. Outros parâmetros de comparação devem ser buscados quando não haja um investimento privado em idênticas condições a um público, como por exemplo a cotação de um mercado oficial. *Idem*, p. 67-68.

a ajuda pública é devida em função da ou para evitar a fuga dos investidores privados, bem como aquele em que o valor do aporte é superior ao valor real da empresa<sup>113</sup>.

Todavia, esse critério não é absoluto. Para MORAIS, “não permite uma compreensão rigorosa das situações mais complexas, como os casos de reestruturação de empresas, de dificuldades conjunturais das sociedades, ou outras situações empresariais híbridas”<sup>114</sup>. Ante a isto, teria o Tribunal reconhecido a necessidade de apurar um critério mais exigente e de conteúdo mais lato, que acolhesse a complexidade da atuação empresarial privada, afastando-se de fórmulas redutoras e simplificadas, que consideravam auxílios públicos apenas aqueles que não seriam dados por investidor privado normal, devido à falta de uma expectativa razoável de rentabilidade<sup>115</sup>. Ocorre que a perspectiva de um investidor é mais complexa do que a fórmula vista pelo autor como reducionista e isto exigiu uma extensão e densificação jurídica do critério do investidor privado.

A partir desse pressuposto, MORAIS questiona e analisa várias decisões da Comissão, no sentido de desenvolver o critério ora estudado<sup>116</sup>. Como avaliar a normal conduta de um investidor é o centro de seu questionamento, isto é, como avaliar as opções empresariais que razoavelmente são esperadas por parte de um investidor privado médio. O que o autor faz, na verdade, é explicitar a gravidade de decisões simplórias e desprovidas de uma análise mais complexa das questões econômicas envolvidas e identificar uma progressiva extensão e adaptação do critério do investidor privado à realidades empresariais mais complexas<sup>117</sup>. Assim, à época, manifestou MORAIS que “A principal extensão do critério (...) consiste na admissão de investimentos empresariais normais em situações que não permitem, razoavelmente, esperar, no curto prazo, uma elevada rentabilidade do capital investido, mas que estão associadas a projectos rigorosos de reestruturação das empresas que podem assegurar uma inserção correcta na realidade de mercado prevalecente e a obtenção, em princípio e no médio prazo, de uma implantação estável nesses mercados. Por outro lado, verifica-se que, de algum modo, a Comissão tende a apreciar favoravelmente as participações públicas no capital de empresas, no quadro da preparação de projectos de privatização, ou, no mínimo, de abertura ao sector privado e modificação de estatutos jurídicos que correspondiam a um controle governamental mais intenso sobre as empresas”<sup>118</sup>.

Para não deixar o assunto em branco, a Comissão tem entendido favoravelmente, mesmo que não tenham elevada rentabilidade a curto prazo, como investimento a participação do Estado numa empresa em um quadro de racionalização das estruturas produtivas e ajustes a situações de mercado, ou preparação a processos de privatização. Por fim, a Comissão também apóia auxílios que sirvam para modificar estatutos jurídicos e correspondam à diminuição do controle dos Estados-membros sobre as empresas.

---

<sup>113</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 270.

<sup>114</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 104.

<sup>115</sup> Caso República Italiana c. Comissão (ENI/Lanerossi), EuGH, Slg. 1991, p. I-1433 e Caso República Italiana c. Comissão (Alfa Romeo), EuGH, Slg. 1991, p. I-1603.

<sup>116</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 113-127.

<sup>117</sup> Uma extensão da aplicação do critério pela Comissão e pelo Tribunal a outros âmbitos que não o ingresso de capital próprio (*Eingekapitalzufuhr*) também foi constatada em KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 1067.

<sup>118</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 126-127.

Como uma das mais evidentes conseqüências da progressiva extensão do critério, identifica-se um condicionamento e uma restrição do alcance jurídico do princípio do artigo 295 TCE, vindo mesmo a afastar uma hipotética prevalência dele sobre as regras da concorrência<sup>119</sup>, isto é, uma perda da prioridade lógica defendida pela doutrina antes da extensão experimentada pelo conceito de auxílio público. Assim os efeitos da submissão das empresas públicas a uma forma específica de supervisão.

## 2. Artigo 87, n. 2

Na seqüência do Tratado, o artigo 87, n. 2 TCE apresenta as primeiras derrogações da proibição por exceções legais. Há situações em que as condições de mercado não permitem um livre comércio. Em tais hipóteses as ajudas públicas não são vistas como negativas<sup>120</sup>, desde que completem a lacuna (*gap*) estrutural da empresa ou de setor débil da economia. A vertente social e o caráter excepcional que elas comportam faz com que se adaptem perfeitamente aos princípios e normas do direito comunitário<sup>121</sup>. Portanto, o Tratado exclui a aplicação das regras nos âmbitos ali elencados e permite a derrogação da proibição constante do artigo 87, n. 1 TCE.

Algumas derrogações assumem caráter automático<sup>122</sup>, outras são de decisões discricionárias da Comissão, possíveis em presença destas determinadas condições. As exceções *de iure* são imperativas, aplicando-se independentemente de qualquer apreciação das instituições comunitárias e de se afetam os intercâmbios ou falseiam a concorrência.

Essas exceções representam um estreito campo<sup>123</sup> de auxílio, que servem a circunstâncias sociais especiais ou à minimização de prejuízos, ou ao equilíbrio de desvantagens. Por isso, as disposições do artigo 87, n. 2 TCE, são de *per se* compatíveis com o mercado comum. O entendimento que se tem é que são ajudas<sup>124</sup>, e sempre compatíveis com o mercado e com a concorrência comunitários, ainda que afetem os intercâmbios entre os Estados-membros, embora se saiba que essas permissões podem falsear a concorrência e como resultado final comprometer o atingimento do mercado comum. Atualmente, elas representam pouco significado na prática da Comissão<sup>125</sup>.

---

<sup>119</sup> *Idem*, p. 134.

<sup>120</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 272.

<sup>121</sup> MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 556.

<sup>122</sup> Algumas posições doutrinárias se referem a uma inexistência de poder de apreciação no quadro do artigo 87, n. 2 TCE, como há no n. 3. MORAIS não concorda inteiramente com este pensamento, ao afirmar que “O caráter automático do reconhecimento destas derrogações só aparentemente elimina por completo qualquer margem de apreciação da Comissão. ‘Essa faculdade de apreciação subsiste (sob forma de discricionariedade propriamente dita, ou sob uma qualquer forma de discricionariedade imprópria)’ embora em menor grau e extremamente limitada por vinculações normativas”. MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 88-89.

<sup>123</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 330. Também sobre a interpretação estreita que a prática oferece ver NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 296-297.

<sup>124</sup> Assim FERNÁNDEZ FARRERES, para quem esta é a única forma de entender o verdadeiro sentido da previsão, uma vez que se ela não existisse, as ali constadas seriam consideradas ajudas. FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Op. cit.*, p. 633.

<sup>125</sup> KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 1070.

A primeira exceção refere-se aos auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos. A segunda, aos auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários. Esses fenômenos são os que os ingleses classificam como *acts of God* e envolvem inundações, secas e epidemias. Por fim, outra regra de exceção refere-se aos auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens econômicas causadas por essa divisão (*Teilungsklausel*). Nessa questão, somente são admitidas as ajudas que mostrem uma função eliminadora de prejuízos, que venham condicionadas à separação da Alemanha e que precisam ser originadas em uma relação de causalidade entre prejuízos econômicos e a separação físico-geográfica. Com a Unificação Alemã, essas ajudas tornaram-se de maior necessidade, tendo em vista as enormes transferências de recursos que vêm sendo efetuadas a fim de reequilibrar as disparidades na Alemanha<sup>126</sup>.

### 3. Artigo 87, n. 3

A outorga de ajudas, por parte dos Estados-membros, sujeita-se a uma proibição preventiva com reserva de aprovação. Nesse sentido, o artigo 87, n. 3 TCE apresenta as cláusulas excepcionais submetidas a julgamento discricionário. Estas contêm os requisitos para a autorização de concessão de ajudas. As situações listadas são ajudas, mas apesar do efeito falseador da concorrência e dos intercâmbios comerciais que delas possa derivar, poderão ser consideradas compatíveis com o mercado comum. Essas derrogações suscitam as maiores dificuldades de interpretação e aplicação. Elas também significam uma exceção ao princípio geral proibitivo.

Há três domínios de auxílios públicos que podem ser sujeitos a um juízo de compatibilidade com o Tratado, quais sejam os auxílios de natureza regional, que são de grande importância para a Comunidade<sup>127</sup>, auxílios de natureza setorial e auxílios de caráter geral. Estes últimos são, em princípio, sempre incompatíveis. Atualmente,

---

<sup>126</sup> A interpretação desta norma sempre gerou controvérsias entre a Comissão e a Alemanha e por tal foi muito tratada na doutrina. Há entendimentos de que o retrocesso de algumas *Bundesländer* não decorre da divisão em si, mas das condições dos diferentes sistemas econômicos adotados. Esta é a atual interpretação da Comissão, que não tem a norma como derogada com a Unificação, mas passou a interpretá-la estreitamente, como exceção. NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 297. E nem poderia, pois a manutenção deste preceito ainda no Tratado de Amsterdam foi devido ao veto alemão a sua supressão. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 242-243. Neste sentido KOENIG e HARATSCH, para quem “O atraso econômico dos novos Estados alemães em comparação com os antigos Estados não depende da divisão em si, mas do prejudicial sistema político-econômico que não é capaz de ser tomado em consideração”. KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 330. Com esta interpretação também concorda o Tribunal. Lembram ainda os autores que mesmo em relação aos novos Estados a concessão de auxílios é dependente de uma estreita relação de causalidade entre o prejuízo econômico e o estabelecimento de linha divisória. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 1070. Exemplificando, FASTENRATH e MÜLLER-GERBES também têm que a aplicação desta exceção legal nos novos Estados é duvidosa, pois o Tribunal de Justiça de Primeira Instância reconheceu em uma decisão do ano de 2000 a inaplicabilidade do artigo 87, n. 2, letra c TCE. FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>127</sup> Sobre as novas diretrizes da Comunidade que reduziram o número de regiões e diminuíram os patamares máximos admissíveis destas ajudas, apontadas também como promotoras de uma reforma, ao lado das medidas aqui evidenciadas, ver KEPPELNE, Jean-Paul. (*R*)*évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'État*, p. 139-141.



em função da autorização recebida pelo Regulamento n. 994/98, tem e já usou a Comissão a possibilidade de definir por regulamentos de isenção por categoria os auxílios que devem ser dispensados da obrigação de notificação.

Uma larga margem de apreciação da Comissão na aplicação do artigo 87 TCE, sobretudo das derrogações admitidas, foi confirmada em Philip Morris<sup>128</sup>. Tornou-se indubitável o amplo poder discricionário da Comissão no artigo 87, n. 3 TCE, certas vezes até excessivo, beirando a margem de um poder quase regulamentar, mas consolidado em permanente jurisprudência<sup>129</sup>.

O exercício desse poder implica em apreciações de ordem econômica e social que devem ser efetuadas num contexto comunitário. Aqui também comunicações e diretrizes são os instrumentos dos quais a Comissão se vale para tipificar os casos. Comunicações se relacionam, fundamentalmente, com os casos do artigo 87, n. 1 TCE, enquanto diretrizes tendem a servir para diminuir a discricionariedade das decisões do n. 3 do mesmo artigo. A apreciação pode ser larga, mas o rol é taxativo, e não-exemplificativo como os demais, especialmente os dos artigos 81 e 82 TCE<sup>130</sup>.

Assim, as práticas disciplinadas por esse dispositivo não são compatíveis de *per se*, mas podem ser consideradas compatíveis com o mercado comum, desde que presentes determinadas condições. Tal regra permite que seja buscada uma exceção à proibição. Mas os critérios são largamente abrangentes e necessitam ser precisamente examinados e pesados no caso em particular.

Outras possibilidades de exceções também são admitidas. O artigo 89, n. 1, tem como resultado a utilização de isenções em grupo para as liberações das proibições nos casos de ajudas públicas. Para tanto, existem regulamentos de isenção que se relacionam a auxílios para formação profissional, auxílios para pequenas e médias empresas e para ajudas ocupacionais<sup>131</sup>. Na condição de regulamentos, as isenções da proibição da concessão de auxílios públicos possuem aplicabilidade direta. Os Estados doadores não se submetem ao processo de notificação do artigo 88, n. 3 TCE. Isto é, caso uma ajuda cumpra os requisitos para a isenção disposta em algum dos regulamentos, o Estado está dispensado do dever de notificação. Ainda, outra vantagem observada com a adoção de regulamentos é que os processos sofrem uma facilitação e aceleração por ocasião da averiguação por parte da sobrecarregada Comissão, o que vinha muito relacionado aos desejos agora consagrados com a reforma das regras de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE.

---

<sup>128</sup> Caso Philip Morris Holland c. Comissão, EuGH, Slg. 1980, p. 2671, apartado 24. Esta margem de apreciação não é livre de limites. A doutrina refere como tais os resultados contrários a outras disposições específicas do Tratado e os princípios gerais do direito, em especial segurança jurídica, segurança do tráfico jurídico e proporcionalidade. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 265.

<sup>129</sup> Excessiva margem de apreciação, por todos os autores referida, deveria ser evitada, segundo proposta defendida em MORAIS. MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 90-93.

<sup>130</sup> A doutrina observa que o debate quanto ao caráter meramente exemplificativo dos artigos 81 e 82 TCE não é conclusivo, já que “Há os que consideram estas descrições legislativas como sendo ‘tipos fechados’”. A discussão pode ser acompanhada em PASSOS, Fernando. *O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul?*, p. 32-33.

<sup>131</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 331 e PASCAR, N. A. *Op. cit.*, p. 98-101.

A disciplina do Tratado abrange ainda as ajudas conhecidas como *ad hoc*<sup>132</sup>, isto é, as ajudas únicas, aquelas que não fazem parte de nenhum programa governamental de concessão de ajudas, concedidas com exceção da regra das ajudas.

O rol taxativo do artigo 87, n. 3, apresenta cinco hipóteses. A primeira refere-se aos auxílios destinados a promover o desenvolvimento econômico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, conhecidas como as ajudas regionais e dizem respeito a territórios definidos. As regiões europeias não são economicamente homogêneas e, em função disso, há as que são sustentadas pelos Estados. CASSOTTANA e NUZZO subdividem as ajudas regionais em duas: as ajudas direcionadas a reequilibrar uma situação de caráter conjuntural, de depressão econômica ou de subemprego e as ajudas que se façam necessárias para compensar uma diferença objetiva com outra região europeia<sup>133</sup>. Para que uma ajuda possa ser autorizada sob essa regra, a Comissão elabora um projeto coerente e orgânico que estabeleça previamente a linha de intervenção e os meios de realização.

A segunda hipótese do n. 3 refere-se aos auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-membro. Assim é o caso da construção de uma ponte ou de um aeroporto. Nestes, é prevalente o interesse geral comunitário ante a intervenção do Estado, o que permite que uma ajuda seja considerada compatível com as regras do Tratado. Bem como o dos auxílios destinados a sanar uma grave perturbação da economia de um Estado-membro, diversa de calamidades naturais ou de outro evento de natureza excepcional, pois essas vêm tratadas no n. 2, letra b, do mesmo artigo.

A terceira hipótese refere-se aos auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum. Para CASSOTTANA e NUZZO, deve entender-se o termo região econômica com o mesmo significado atribuído ao termo região do n. 3, letra a. A diferença apontada pelos autores entre uma e outra expressão consiste no fato de que, num caso, a ajuda diz respeito a uma situação de crise econômica devida ao isolamento ou atraso da região, e no outro contribui ao desenvolvimento da mesma, não sendo esta necessariamente subdesenvolvida, enquanto seja tal ajuda declarada em interesse da Comunidade<sup>134</sup>, e por tal presentes no artigo que enseja uma análise discricionária da Comissão, e não no campo das derrogações automáticas.

O conceito de atividade econômica não compreende qualquer tipo de atividade comercial, mas aquela que pode caracterizar a produção nacional de um Estado-membro. Deve ser assinalada com uma certa relevância na economia geral, e por tal um auxílio pode ser considerado compatível. Assim, vê-se a construção naval, a agricultura, a indústria automobilística e o transporte aéreo. De acordo com CASSOTTANA e NUZZO, a noção de atividade econômica do n. 3, letra c, vem

---

<sup>132</sup> KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 330.

<sup>133</sup> Como região se entende não apenas uma articulação administrativa do Estado, mas uma zona homogênea do território europeu. Por tal, são compreendidos como região os territórios totais da Irlanda, Portugal e Grécia. CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 273.

<sup>134</sup> *Idem*, p. 274.

coordenada com a expressão certas produções do fim do n. 1. Segundo eles, “Tal última noção tende a distinguir as ajudas que são concedidas a empresas definidas daquelas que se endereçam a um setor inteiro da economia; as ajudas concedidas por força da derrogação em questão são denominadas ajudas setoriais”<sup>135</sup>.

A quarta hipótese diz respeito aos auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do patrimônio, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na Comunidade em sentido contrário ao interesse comum. Esta foi introduzida pelo Tratado da União Européia e deslocou a disposição anterior para a

---

<sup>135</sup> *Idem, ibidem*. Especialmente relacionadas com as derrogações da letra c estão os auxílios públicos para salvamento e reestruturação de empresas em dificuldades. Até o final do ano de 1999 valiam as disposições estabelecidas em uma diretriz de 1994. A respeito desta diretriz sobre auxílios para o salvamento e reestruturação de empresas, onde a Comissão já havia exposto a sua política, ver STEINDORFF, E. *Op. cit.*, p. 499 e JESTAEDT, T.; MIEHLE, A. *Op. cit.*, p. 659-664. A chegada do mercado interno, o que por um lado fazia com que as empresas saíssem do mercado ou se reorganizassem, e por outro fortalecia a tendência dos Estados-membros manterem com mecanismos artificiais os mercados de suas empresas, havia feito com que a Comissão tivesse de adaptar a sua política a ele, considerando certas possibilidades de autorizações a empresas dotadas de viabilidade econômica. Para uma visão crítica, uma vez que os tempos não comportavam mais que empresas sem capacidade concorrencial fossem mantidas no mercado por instrumentos artificiais, sendo que esta era a orientação do Acordo do GATT sobre o tema, contemporâneo, e mesmo assim a Comissão se valia de sua ampla discricionariedade para tornar certas medidas compatíveis com o mercado comum, ao contrário de promover mais limitação à concessão de tais espécies de auxílios, ver JESTAEDT e MIEHLE. *Idem*, p. 663-664. Os objetivos eram mais de caráter social e vinculados à conservação das atividades da empresa, impedimentos à formação de monopólios e oligopólios e, evidentemente, a manutenção dos postos de trabalho. As ajudas poderiam ser concedidas uma única vez (*one time, last time*), deveriam limitar-se ao estritamente necessário e resultar na diminuição da capacidade produtiva instalada excedente, além de estarem fundadas em cronogramas definidos e contarem com contribuições financeiras da própria empresa. Com uma única medida a empresa deveria ser capaz de transpor sua crise. O sofrimento que as empresas concorrentes tinham não deveria se prolongar no tempo e muito menos ser renovado. Este era o contraponto da tentativa de manutenção dos empregos. Neste mesmo sentido, em 1º. de janeiro de 2000 entrou em vigor uma nova diretriz, emitida em 1999. Segundo esta, auxílios para o salvamento de empresas objetivam dar a elas um tempo para respirar (*Atempause*) e por tal são admitidos. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 1071, onde também podem ser vistos os requisitos exigidos pela Diretriz de 1º. de janeiro de 2000 para a valorização de auxílios públicos para o salvamento de empresas em dificuldades, e KILB, Wolfgang. *Beihilfenkontrolle: Reform der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien*, p. 56-57. Também, auxílios para a reestruturação de empresas visam o restabelecimento de uma rentabilidade que permaneça por longo prazo para elas, e por tal são admitidos. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 1071, onde também podem ser vistos os requisitos exigidos para a concessão de auxílios para a reestruturação de empresas. Mais detalhes sobre a diretriz em questão podem ser vistos em KILB, W. *Op. cit.*, p. 56-58. Tendo que tais auxílios possam constituir um ataque todo especial à liberdade de concorrência, planejou a Comissão novas reformas no ano de 2004. Outro motivo era a validade da diretriz de 1999, limitada a cinco anos. Vários problemas, detectados pela prática durante este período, afetam a aplicação das regras vigentes. Entre estes, aponta a doutrina a inexata definição do que seja empresa em dificuldade, a impossibilidade de que empresas novas tenham acesso aos auxílios, a artificialidade teórica da divisão entre auxílios para salvamento e reestruturação, a pressão da doutrina para o surgimento de mais regulamentos de isenção por categorias para os casos de auxílios públicos e dificuldades da Comissão na apreciação dos planos de reestruturação, o que ocasionou a transferência desta tarefa em determinados casos envolvendo pequenas empresas às autoridades nacionais. *Idem*, p. 58-61 e FEHR, Hans-Peter. *Die neuen Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten*, p. 2123-2131. Como se observa, novas regras necessitam ser e estão sendo aguardadas para breve. A esperança de KILB é que contenham disposições simples e claras, para permitir uma melhor aplicação frente ao alargamento ocorrido na Comunidade. Para o futuro, vê o autor a necessidade de uma radical reforma da diretriz para que efetivamente consiga a Comissão a redução dos montantes dos auxílios e o endurecimento dos requisitos para a concessão. KILB, W. *Op. cit.*, p. 61-62.

alínea e. Ela tem sido empregada para favorecer a indústria editorial e cinematográfica europeia, obrigada a competir com a poderosa norte-americana, que dispõe de grandes investimentos e canais de distribuição.

Por fim, o artigo encerra as outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão. Essa alínea manifesta mais uma vez a larga margem de apreciação que a Comissão detém. A discricionariedade aqui é enorme, ainda que vozes doutrinárias vejam uma salvaguarda contra possíveis abusos nos condicionamentos da decisão do Conselho<sup>136</sup>. Assim, o Tratado expressa o desejo de não limitar a vontade de aceitar outros tipos de ajudas, sempre e quando estas sejam relevantes para a finalidade perseguida.

Inicialmente o regramento da concorrência na Comunidade era marcado por uma diretriz essencialmente limitativa, enquanto baseada na concepção de que toda forma de ajuda continha um potencial distorsivo. Posteriormente “passou-se à consciência da disparidade de condições em que as empresas nascem, operam e se expandem em contextos regionais caracterizados por um nível de desenvolvimento profundamente divergente e, em conseqüência, adotou-se a diretriz de caráter seletivo, que visa a evitar que a proliferação dos recursos dê lugar à manutenção das disparidades nas posições dos operadores”<sup>137</sup>.

A atual prática da Comissão pode ser melhor observada segundo os objetivos do fomento ou os destinatários do favorecimento<sup>138</sup>. Quanto às ajudas segundo os objetivos do fomento, vale referir que as que diminuem os custos das empresas, sem propósitos ou projetos, são perniciosas e por tal não são autorizadas. Mas o artigo 87, n. 3, alínea a prevê exceções. Ajudas às exportações também são proibidas. Não cabem nem na exceção da regra *de minimis*. Ajudas financeiras para investimentos só são autorizadas com o objetivo de fomentos regionais ou envolvendo pequenas e médias empresas, ou ainda proteção ao meio ambiente. Alguns tipos de ajudas para pesquisa e desenvolvimento podem ser concedidas, em patamares entre 25 e 50 por cento dos custos brutos da pesquisa. Para a proteção ao meio ambiente, a Comissão possui regras do ano de 2000 com vistas à concessão de determinados auxílios. Quanto à formação profissional, desde 2001 grande parte dos auxílios dessa natureza estão liberados da notificação à Comissão, em função do Regulamento n. 68/2001/CE. Ainda, ajudas a vagas de trabalho só são permitidas em determinadas situações e por determinado tempo e necessitam ter como resultado a manutenção das vagas. Para a criação de novas vagas as ajudas são vistas com melhores olhos.

A atual prática da Comissão também se refere, por vezes, ao círculo de favorecidos. Aí é possível serem enquadrados projetos nacionais, em que certas ajudas, destinadas a algumas regiões, são automaticamente admitidas. Necessidades de investimentos em regiões de estruturas econômicas fracas tornam este tipo de auxílio não fatalmente impensável. Por tal, só são proibidos os auxílios que interferem na concorrência. Empresas em dificuldades representam uma outra categoria de favorecidos. Essas ajudas devem ser bem controladas, pois ações de salvamento podem meramente transferir esse problema a outras empresas ou Estados-membros.

---

<sup>136</sup> SCHINA, D. *Op. cit.*, p. 62.

<sup>137</sup> BAGELLA, M. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>138</sup> RAWLINSON, Francis. Staaliche Beihilfen. In: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.). *EU- und EG-Vertrag: Kommentar*, p. 1064-1066.

Quanto às pequenas e médias empresas, há disciplina no Regulamento n. 70/2001/CE. Ajudas a investimentos são permitidas em patamares de 15 por cento para pequenas e 7,5 por cento para médias, do total bruto dos custos.

### 2.3.c) Regras processuais aplicáveis aos Estados-membros

As regras processuais aplicáveis aos auxílios públicos encontram-se no artigo 88 TCE<sup>139</sup>. A frase 3 do seu n. 3 detém aplicabilidade direta. Um detalhamento delas é encontrado no Regulamento n. 659/99 do Conselho<sup>140</sup>. Enquanto o artigo 88 TCE apenas regula o procedimento em linhas gerais, ele contém um preciso e complementar caminho a ser seguindo, com o objetivo de tornar a fiscalização mais transparente e fornecer uma melhor segurança do direito, eficiência e clareza. Até então a aplicação das regras processuais somente era entendida a partir da própria prática da Comissão e das decisões do Tribunal<sup>141</sup>, o que tornava uma codificação sempre algo aguardado. Assim, pela primeira vez passou a Comunidade a contar com uma ordem processual codificada para as questões envolvendo as ajudas públicas.

Ainda que ao Conselho seja atribuída uma certa competência sobre o controle comunitário das ajudas, podendo decidir, por unanimidade, que uma ajuda é compatível com o mercado comum, segundo o artigo 88, n. 2, o grosso do controle é conferido à Comissão.

O artigo 88 TCE apresenta uma diferenciação das regras a serem aplicadas para as ajudas existentes<sup>142</sup> e para as novas<sup>143</sup>. Estas devem ser notificadas pelos

---

<sup>139</sup> Elas estão explicadas de forma simples em vários gráficos em COMUNIDADES Europeias: Comissão. *Op. cit.*, p. 29-42.

<sup>140</sup> O regulamento em si não promoveu profundas alterações no que vinha sendo praticado. Inclusive, manteve a estrutura da proposta da Comissão. O ganho maior foi de clareza e segurança jurídica, pois agora o processo consta de um regulamento, que é um ato com aplicabilidade direta para os privados. Uma análise ampla sobre o conteúdo dele e sobre as principais discussões levantadas, como por exemplo as envolvendo prazos em pedidos de novas informações pela Comissão quando esta considera que a notificação feita pelo Estado-membro não está a contento, as referentes à problemática do ressarcimento de auxílios ilegais concedidos ainda na fase da averiguação (descumprimento do *Stand-Still-Gebot*) antes mesmo do fim desta, bem como sobre um alargamento dos direitos dos terceiros, situação esta última que nem a Comissão, nem o Conselho, tinham interesse de alterar por ocasião do Regulamento n. 659/99, pode ser vista em SINNAEVE, Adinda. *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts*, p. 270-277. Questionamentos ao então projeto da Comissão sobre se ele viria a resolver os principais problemas atinentes às ajudas públicas podem ser vistos em KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 142-145. Novos elementos procedimentais e substanciais, especialmente sobre poderes da Comissão para emitir ordens com respeito às ajudas ilegais e sobre a comunicação de seus atos, ainda que as alterações não tenham sido grandes, podem ser vistos em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 266-267.

<sup>141</sup> Mesmo assim, de forma não codificada, permitia se falar na existência de uma ordem processual aplicável à concessão de ajudas públicas. ALTMAYER, Sabine. *Gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Beihilfen: Rückforderung und deren Durchsetzung im deutschen Recht*, p. 13-14. Uma ausência de processo regulamentado era deliberada e vista como positiva, uma vez que desta forma não teria a Comissão regras rígidas a seguir. Era possível ser mantido um diálogo, uma negociação, entre esta e os Estados-membros, que eram sempre os únicos destinatários de suas decisões. VAN DE WALLE DE GHELCKE, B. *Op. cit.*, p. 1601. Esta situação parecia apresentar mais vantagens que inconvenientes. Mas o aumento dos casos envolvendo auxílios públicos fez com que desde 1966 houvesse propostas de regulamentos de parte da Comissão, bem como várias diretrizes foram emitidas. KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 130-131.

<sup>142</sup> Um conceito de ajudas existentes pode ser encontrado no artigo 1º, letra b do Regulamento n. 659/99, onde está escrito que são aquelas já existentes na entrada em vigor do Tratado, as aceitas pela

Estados-membros, segundo regra do seu n. 3, frase 1, que foi reprisada no artigo 2º. do Regulamento, e, antes que a Comissão realize a averiguação, não devem ser concedidas, segundo o seu n. 3, frase 3 e artigo 3º. do Regulamento n. 659/99.

Esse efeito de obstrução (*Sperrwirkung*, *Durchführungsverbot* ou *Stand-Still-Gebot*) tem validade interna direta nos Estados<sup>144</sup> e só termina com a decisão da Comissão que declara o auxílio compatível com o mercado comum. A *ratio* é impedir que o beneficiário de ajudas não-notificadas e não-autorizadas detenha uma vantagem concorrencial ilegal. O fato dessa frase deter aplicabilidade direta já a tornava passível de ser invocada nos tribunais nacionais. Os tribunais podiam comprovar se a ajuda havia sido autorizada pela Comissão e, em caso negativo, ordenar ao Estado que suspendesse a sua execução. O fato das demais disposições referentes aos auxílios públicos não terem aplicabilidade direta impede os recursos perante as jurisdições nacionais e, assim, a plenitude da proteção jurídica, mas não os perante a Comissão<sup>145</sup>, para onde os particulares devem se dirigir. Todavia, parte de uma norma do direito da concorrência deter aplicabilidade direta já é um passo rumo à descentralização. Como foi visto no caso do artigo 81 TCE, inicialmente não toda a norma detinha essa característica.

Uma das conseqüências do efeito direto dessa frase foi a abertura de um campo de participação e de ação considerável às cortes nacionais e o aumento dos recursos dos terceiros confrontados com as conseqüências nefastas das ajudas perante estas. Um grau assim de participação é o que se desejava impulsionar com as reformas das normas processuais aplicáveis às empresas. As cortes podem até ser chamadas a exercer seus controles sobre as decisões da Comissão que tenham aprovado uma concessão de ajuda<sup>146</sup>. Sobretudo, o que é visado mesmo é o controle sobre o dever de aguardar a decisão da Comissão para a posta em prática do programa de auxílios pelo Estado-membro. Invocadas, as cortes nacionais estão perante o dever

---

Comissão ou pelo Conselho, as aceita também em função do decurso do prazo de fiscalização (silêncio administrativo positivo do artigo 4º., n. 6 do Regulamento), as que, no momento de sua implantação, não se constituíam ajudas, mas se tornaram tais em função da evolução do mercado, sem que tenham sido modificadas ou objeto de notificação, e as do artigo 15 do Regulamento, sobre a prescrição das novas ilegalmente concedidas. Sobre o âmbito de aplicação *ratione temporis* do TCE ver WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A. *Op. cit.*, p. 139-144.

<sup>143</sup> Para ajudas novas o conceito é entendido de forma negativa, residual, segundo o artigo 1º., letra c do Regulamento n. 659/99. Assim, ajudas novas são ajudas que não são antigas, mais as ajudas existentes que sofrem modificações.

<sup>144</sup> Caso Capolongo, EuGH, Slg. 1973, p. 611. Uma análise sobre os efeitos da proibição de se pôr em prática os auxílios novos antes da análise da Comissão, especialmente sobre o efeito direto do artigo 88, n. 3, frase 3 TCE, proibição esta que é tão ampla quanto a própria norma do artigo 87, n. 1, também sobre a possibilidade de terceiros prejudicados requererem indenizações pelos danos, aviltada pela doutrina, assim como se deu no Caso Francovich, EuGH, Slg. 1991, p. I-5357, em relação à diretivas não-transpostas, pode ser vista em STEINDORFF, E. *Op. cit.*, p. 497-519.

<sup>145</sup> *Idem*, p. 500. Mesmo que possa ser alegado um relativo prejuízo aos terceiros, ante à falta de aplicabilidade direta destes dispositivos, tal é assim concentrado na Comissão pela importância do tema de ajudas públicas e, reafirmando sem cansar, pelo superlativo efeito nefasto que as medidas oriundas principalmente do Estado causam na concorrência e no alcance do mercado comum. Três argumentos foram alegados pelo Tribunal para justificar a carência de efeito direto: o conteúdo literal do artigo 87, n. 3, a idoneidade dos tribunais nacionais para valorar este tipo de caso, que exige análises complexas de situações econômicas evolutivas e a competência exclusiva da Comissão, cuja relativização perigaria a uniformidade e eficácia da política comunitária em matéria de ajudas de Estado. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 235.

<sup>146</sup> VAN DE WALLE DE GHELCKE, B. *Op. cit.*, p. 1594.

de aplicar todas as disposições pertinentes para fazer ser respeitado o efeito direto da norma aqui tratada e salvaguardar os interesses dos concorrentes prejudicados, até a manifestação da Comissão<sup>147</sup>. No caso de auxílios dados com base em uma autorização da Comissão que permitiu um programa de auxílios, a corte nacional deve averiguar autonomamente se a ajuda cumpre as condições para ser autorizada<sup>148</sup>.

É possível depreender-se daí uma, ainda que neste caso pequena, descentralização do controle, como é almejado no Mercosul. Uma outra previsão de descentralização da aplicação das regras veio com o primeiro regulamento emitido sob a autorização do artigo 89 TCE, em 1998, mais adiante analisado. Infrações às normas nele constadas podem também ser invocadas perante as cortes nacionais. Essas são, na visão que aqui se quer transmitir, as principais inovações advindas com essas reformas.

Ainda que dito que a proibição de concessão só acabe com uma decisão da Comissão, caso ela em um prazo de dois meses não chegue a um tal resultado, o Estado não está mais sujeito à proibição de execução e pode pôr em prática o seu projeto e conceder a ajuda, todavia após comunicar a Comissão e essa não adotar uma decisão em um prazo suplementar de 15 dias (autorização implícita). Nessa hipótese, elas passam a estar sujeitas ao regime de ajudas existentes. O prazo de dois meses a ser observado pela Comissão para a averiguação da compatibilidade e, conforme, posterior tomada de uma decisão sobre o início do procedimento de verificação de compatibilidade dos auxílios notificados consta do artigo 4º. do Regulamento n. 659/99 e é fruto da jurisprudência Lorenz, de 1973<sup>149</sup>, que aplicou ao caso os artigos 230 e 232 TCE.

O processo de fiscalização é regulado pelo artigo 88 TCE<sup>150</sup>. De acordo com o seu n. 3, frase 1, os Estados-membros são obrigados a notificar todos os projetos de ajudas em antecipação. O procedimento é, pois, afeto à notificação preventiva. Caso o Estado-membro queira introduzir uma ajuda, ele deve informar a Comissão da compatibilidade da medida com o mercado comum. Uma numerosidade de ajudas não-notificadas é comunicada à Comissão por terceiros, normalmente concorrentes das empresas beneficiadas, ou se tornam conhecidas pelos meios de comunicação. A violação da obrigação de notificação preventiva não é sujeita à sanção específica<sup>151</sup>, o que vem comprovado com o esforço da Comissão em elaborar várias comunicações e recomendações com o objetivo de tornar cogente a obrigação do Estado de informá-la preventivamente da operação que possa comportar elemento de ajuda pública.

---

<sup>147</sup> O papel dos terceiros afetados, a classificação dos recursos de terceiros entre oblíquos e verticais, estes os interpostos nos juízos nacionais, e os procedimentos levados a efeito nestes juízos podem ser vistos em VAN DE WALLE DE GHELCKE. *Idem*, p. 1589-1627. Ocorre que a descentralização provocada pelo efeito direto, além de aumentar os recursos e a participação dos tribunais nacionais, pode aumentar na mesma proporção o serviço da Comissão, uma vez que agora o juiz pode suspender o processo e promover consulta a ela.

<sup>148</sup> STEINDORFF, E. *Op. cit.*, p. 503.

<sup>149</sup> Caso Lorenz, EuGH, Slg. 1973, p. 1471. COMUNIDADES Europeias: Comissão. *Op. cit.*, p. 34, nota de rodapé número 88.

<sup>150</sup> O Regulamento n. 659/99 desdobra em quatro capítulos os processos para ajudas notificadas, para ajudas ilegais, para o emprego abusivo de ajudas e para as ajudas existentes ali constados. SINNAEVE, A. *Op. cit.*, p. 271-272. Detalhes sobre o exame prévio da notificação, o procedimento de investigação formal e a fase contenciosa podem ser vistos em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 270-276.

<sup>151</sup> CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 276.

Caso a Comissão tenha dúvida da compatibilidade da medida com o artigo 87 TCE, ela promove, segundo o artigo 88, n. 3, frase 2, o processo de averiguação disciplinado no artigo 88, n. 2 TCE. Durante a fase de averiguação, é vedada ao Estado a introdução da ajuda projetada, como já visto. Nessa fase, todos os interessados, em especial os concorrentes, têm a possibilidade de apresentar pareceres. O processo é concluído com uma decisão singular da Comissão que autoriza ou finalmente proíbe a concessão do auxílio, mesmo que ele faça parte de um programa mais amplo.

Ao ser averiguada a existência de uma incompatibilidade ou o emprego abusivo do auxílio<sup>152</sup>, a Comissão deve determinar que o Estado revogue ou transforme-o<sup>153</sup>. Caso, no prazo determinado, o Estado não promova as modificações determinadas pela Comissão, ela, ou qualquer outro Estado-membro envolvido, pode conduzir um processo contra o Estado por este infringir o Tratado perante o TJCE. Se o auxílio já tiver sido dado, é exigível o ressarcimento dos valores ao Estado.

Já o que se chama de procedimento repressivo é o exame permanente dos regimes das ajudas existentes nestes Estados, isto é, daquelas existentes na entrada em vigor do Tratado, cada vez mais raras nos Estados-membros originários, mas bastante frequentes nos novos<sup>154</sup>, ou as posteriormente reconhecidas como em conformidade com ele, de acordo com o processo preventivo, segundo o artigo 1º. do Regulamento das ajudas públicas. Esse procedimento difere-se, pois, do preventivo, destinado às ajudas novas. As ajudas existentes são, segundo o artigo 88, n. 1 TCE e 17 a 19 do Regulamento n. 659/99, permanentemente auscultadas pela Comissão, em colaboração com os Estados-membros, que para tanto fornecem relatórios anuais.

A Comissão tem por princípio negociar alterações nos projetos de auxílios que lhe são notificados, “modelando-os de alguma forma, em colaboração com as partes”<sup>155</sup>, na busca de uma compatibilidade. Isto é exercido de forma menos intensiva que no âmbito do regulamento de concentrações, em que a Comissão privilegia a alteração aos projetos do que o abandono ou a vedação deles.

Um tema conexo com as regras processuais é o do ressarcimento de ajudas públicas proibidas concedidas. Tal exigência deixa evidente a enorme severidade do controle comunitário. Somente a partir do começo dos anos 80 a Comissão se empenhou em desenvolver uma política de restituição dos auxílios ilegais. O Regulamento n. 659/99 também se dedicou pontualmente ao trato dessa matéria. As regras sobre o ressarcimento e especialmente a questão da execução da sentença formam o ponto central do seu capítulo sobre as ajudas ilegais<sup>156</sup>. A decisão da

---

<sup>152</sup> O emprego abusivo é um caso diferente da concessão ilegal. Aquele se refere a uma ajuda que foi declarada compatível, mas que o beneficiário utiliza sem o cumprimento do modo, da finalidade e das condições sob as quais ela havia sido autorizada. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 289.

<sup>153</sup> A possibilidade de a Comissão anular um auxílio concedido por um Estado-membro é a consagração máxima de uma supranacionalidade eficiente, uma transferência de soberania quase total, na lição de PASSOS. PASSOS, F. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>154</sup> COMUNIDADES Europeias: Comissão. *Op. cit.*, p. 31, nota de rodapé número 81.

<sup>155</sup> MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>156</sup> SINNAEVE, A. *Op. cit.*, p. 274. Disposições consideradas inovadoras, como a que prevê uma injunção de recuperação provisória, são analisadas em KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 149-152.



Comissão sobre a incompatibilidade de um auxílio público com o Tratado abrange a obrigação da devolução deste por parte da empresa beneficiada. A devolução representa um mecanismo de sanção que objetiva a observação do regramento comunitário de auxílios e assegura a igualdade de oportunidades na concorrência empresarial<sup>157</sup>. Uma tal obrigação também serve ao restabelecimento da anterior situação de conformidade com o direito comunitário e à retirada da vantagem concorrencial indevida mantida pelo recebedor. A Comissão pode exigir o ressarcimento do valor, acrescido de juros, pelo fato do benefício gerado durante um determinado período de tempo<sup>158</sup>, bem como executar um processo de infração ao Tratado contra o Estado-membro.

Auxílios concedidos durante o processo de averiguação também deveriam ser ressarcidos. Para o fortalecimento da fiscalização, MAGIERA recorda que a Comissão levantou a possibilidade de exigir a devolução das ajudas já na mera constatação de infração ao processo de concessão (incompatibilidades formais, assim os casos de ausência de notificação ou antes de uma decisão autorizadora da Comissão)<sup>159</sup>, isto é, independentemente da compatibilidade com o Tratado. Outro motivo dessa medida, trazido por ALTMAYER, é a garantia da eficácia da frase 3, do n. 3 do artigo 88 TCE. Só assim seria assegurada a aplicação efetiva do Tratado<sup>160</sup>.

Isso posto, vale diferenciar meras contrariedades formais de auxílio de contrariedades materiais<sup>161</sup>. As pretensões da Comissão de ressarcimento de todas as ajudas se viram frustradas pela jurisprudência do Tribunal. Esta distinguiu as ajudas irregularmente acordadas das ilegais. A solução para aquelas é diferente. Um auxílio que deva ser comunicado e não foi é formalmente contrário até que o processo sobre a sua compatibilidade esteja decidido. Até este momento, a Comissão deve dirigir ao Estado-membro uma ordem vinculativa, na forma de uma decisão do artigo 249 TCE, que reivindique as doações provisórias. Os requisitos para uma ordem desse tipo estão presentes no artigo 11, n. 2, do Regulamento n. 659/99. Caso o processo prove que a ajuda concedida é incompatível com o mercado comum, então esta também é materialmente contrária e passa a poder ser condenada por uma decisão de ressarcimento com base no princípio geral de restituição das ajudas do artigo 14 do Regulamento dos auxílios públicos e no artigo 249 TCE.

Presentes os pressupostos formais e materiais de incompatibilidade dos auxílios, a Comissão pode obrigar as autoridades dos Estados-membros a exigir do recebedor o concedido ilegalmente. O Estado-membro deve executar a decisão da

---

<sup>157</sup> MAGIERA, S. *Op. cit.*, p. 214. Também como mecanismo de sanção é vista a possibilidade de a Comissão recorrer à redução parcial das ajudas comunitárias a entregar aos Estados-membros que não tivessem assegurado a restituição das ajudas ilegalmente concedidas, constada de uma Comunicação de 1983. Com isso, se esperava que as empresas beneficiárias das ajudas comunitárias reduzidas oferecessem pressão política. A validade potencial do mecanismo é inegável, mas a juridicidade não. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 290.

<sup>158</sup> COMUNIDADES Europeias: Comissão. *Op. cit.*, p. 37 e FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 103.

<sup>159</sup> MAGIERA, S. *Op. cit.*, p. 219. Uma discussão referente à problemática do ressarcimento de auxílios ilegais concedidos ainda na fase da averiguação (descumprimento do *Stand-Still-Gebot*) antes mesmo do fim desta pode ser vista em SINNAEVE, A. *Op. cit.*, p. 273-275.

<sup>160</sup> ALTMAYER, S. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>161</sup> FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 102; ALTMAYER, S. *Op. cit.*, p. 42-45 e CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 280-282.

Comissão, já que o direito comunitário não apresenta disposições para tanto. Essa decisão, que é vinculativa para o Estado, deve ser fundamentada<sup>162</sup> e pode ser impugnada em um prazo de dois meses. Também em um prazo, em geral de dois meses, o Estado deve comunicar à Comissão quais medidas foram tomadas para o cumprimento de sua ordem<sup>163</sup>.

Todavia, ante a esta instabilidade, a Comissão valeu-se do surgimento do Regulamento n. 659/99 para promover uma alteração da noção de ajuda ilegal e, com isso, amenizar os efeitos da sentença Boussac<sup>164</sup>. Segundo ele, entende-se por ilegal qualquer nova ajuda tomada em contradição ao disposto no artigo 88, n. 3 TCE, assim as novas não-notificadas.

A Comissão não aceita alegações de que o recebedor acreditava na legalidade da ajuda e por tal a tomou<sup>165</sup>. Tal argumento, se válido, levaria um processo de devolução a correr no vazio e impediria o ressarcimento. Assim, a compatibilidade baseada na proteção da legítima confiança do recebedor nem tomada em consideração é, ainda que frequentemente argumentada pelos Estados-membros, exceto se a ajuda foi concedida com a observação do processo previsto para sua concessão. Igual se processa nos casos de o recebedor acreditar que não precisa devolver os valores em função do decurso do prazo que o Estado têm para exigir a devolução ou por acreditar que o organismo estatal não observa o prazo, ou ainda alegar que a empresa vai quebrar com a restituição<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> Mais detalhes sobre as demais exigências formais da decisão, como a fixação de prazo para que o Estado informe como anda a execução dela e o efetivo processo de ressarcimento, geralmente de dois meses, e a necessária publicação, podem ser vistos em ALTMAYER, S. *Op. cit.*, p. 58-61. O artigo do Regulamento n. 659/99 referente à publicação da sentença ensejou fortes discussões no Conselho. Estava em jogo o conflito entre transparência e eficiência. A solução encontrada foi que as decisões para a abertura de processos de averiguação, nos quais a publicação traz influência direta na sua duração, seriam publicadas integralmente na língua dos Estados-membros envolvidos e resumidamente nas demais. Uma publicação da tradução integral destas sentenças em todas as línguas de trabalho não é prevista. Terceiros interessados que providenciem. Já para outras decisões finais, que embora não tenham influência sobre a duração dos processos, sejam relevantes para a segurança jurídica dos recebedores de auxílios, preponderou o argumento da transparência e foi mantido o sistema existente de publicação integral em todas as línguas. SINNAEVE, A. *Op. cit.*, p. 273-275.

<sup>163</sup> ALTMAYER, S. *Op. cit.*, p. 45.

<sup>164</sup> Caso Teckal (Boussac), EuGH, Slg. 1999, p. I-8121.

<sup>165</sup> MAGIERA, S. *Op. cit.*, p. 226-227; COMUNIDADES Europeias: Comissão. *Op. cit.*, p. 37 e WAELBROECK, M.; FRIGNANI, A. *Op. cit.*, p. 506-508. Alguns exemplos onde em situações excepcionais erros da Comissão ou outros eventos puderam justificar a confiança dos beneficiários na legalidade de uma ajuda, todavia sempre concedidas com a observância do procedimento do artigo 88 TCE, podem ser vistos em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 285.

<sup>166</sup> Uma análise mais ampla sobre a consideração de princípios gerais do direito, especialmente o da confiança, pela Comissão e pelo Tribunal em suas decisões envolvendo a concessão de auxílios públicos pode ser vista em ALTMAYER, S. *Op. cit.*, p. 63-66 e 71. Da mesma forma que no caso da freqüente alegação dos Estados-membros de afetação da legítima confiança do recebedor, restaram sem sucesso as alegações quanto à impossibilidade da recuperação dos auxílios. NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 302. Sobre a iminência da situação de insolvência com a restituição da ajuda ver CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 286-288. Sobre o dilema que sofrem as empresas, chamadas agora a decidir sobre a compatibilidade com o Tratado das ajudas recebidas ou a receber, perante o incremento da descentralização também no âmbito das ajudas públicas, ver LUDWIGS, Markus. *Dezentralisierung der Europäischen Beihilfenkontrolle: Ein Dilemma für den Beihilfeempfänger*, p. 577.

Não há norma comunitária aplicável à execução da decisão de ressarcimento. Nem mesmo o artigo 88 TCE garante à Comissão uma autorização para tanto. Mesmo assim, uma autorização para a Comissão exigir do Estado-membro o ressarcimento perante o beneficiado injustamente foi reconhecida pelo Tribunal já em 1972<sup>167</sup>. Segundo a disposição do artigo, só são previstas as alternativas de revogação ou transformação do auxílio. A jurisprudência, contudo, estabeleceu que os próprios Estados conduzam a execução da devolução contra os recebedores, segundo as regras do seu direito nacional. A Comissão não diz como isso deve acontecer. Ela limita-se a declarar que o auxílio deve ser ressarcido. Assim, a execução da decisão de ressarcimento por parte das autoridades nacionais dos Estados-membros segue os direitos nacionais, conforme o artigo 14, n. 3, do Regulamento n. 659/99<sup>168</sup>. O direito nacional, perante essa obrigação, deve conter regras que asseguram que o ressarcimento não se torne praticamente impossível. O controle das medidas de execução é obrigação dos tribunais nacionais<sup>169</sup>. O objetivo final de recuperação do dinheiro nada mais é que uma garantia de assegurar o efeito útil do Tratado e a consequência natural e lógica<sup>170</sup> da averiguação da incompatibilidade do auxílio. Só assim, um processo abrangente de controle dos auxílios seria efetivado. Sem esta última possibilidade, o importante objetivo do Tratado de evitar distorções à concorrência não poderia ser plenamente atingido<sup>171</sup>.

### 2.3.d) Modernização e descentralização nas regras

Assim como os artigos 81 e 82 TCE e o Regulamento de controle das concentrações de empresas, também as regras das ajudas públicas sofreram a sua própria reforma. Em 1998, o Conselho usou pela primeira vez em quase quarenta anos a autorização do artigo 89 TCE, que lhe permite emitir regulamentos de execução necessários à aplicação dos artigos 87 e 88 TCE.

Com efeito, o Regulamento n. 994/98 deu claros poderes à Comissão para excetuar, através de regulamentos de isenção por categorias, determinadas categorias de auxílios públicos horizontais, segundo o seu artigo 1º. De certa forma, já vinha sendo admitido que certas situações padrões, cuja compatibilidade com o mercado comum não apresentavam problemas, sempre fossem dispensadas. Nessa autorização estava compreendida a possibilidade de isenção da proibição de ajudas dadas a uma mesma empresa, por um período e montante determinados, segundo o artigo 2º, n. 1<sup>172</sup>. Auxílios que venham a se enquadrar nos requisitos disciplinados<sup>173</sup>, através dos

<sup>167</sup> Caso Comissão c. Alemanha, EuGH, Slg. 1973, p. 813. ALTMEYER, S. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>168</sup> Aspecto considerado um dos menos inovadores e mais decepcionantes do documento, pelo fato de não apresentar um procedimento especificamente comunitário, uma vez que é ao Estado-membro interessado que corresponde determinar as modalidades de restituição, em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 284-285. Por todos, para a execução da decisão de ressarcimento da Comissão segundo o direito alemão e suas consequências, ver ALTMEYER, S. *Op. cit.*, p. 72-181 e FISCHER, Hans Georg. *Europarecht: Grundlagen des Europäischen Gemeinschaftsrechts in Verbindung mit deutschem Staats- und Verwaltungsrecht*, p. 385-389.

<sup>169</sup> ALTMEYER, S. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>170</sup> NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 302.

<sup>171</sup> ALTMEYER, S. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>172</sup> Comentários sobre a nomeação de cinco categorias já neste regulamento, o que viria a facilitar a posterior regulamentação dele, como de fato ocorreu, pois as categorias já eram bem conhecidas, podem ser vistos em KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 133-138.

<sup>173</sup> A discussão doutrinária até então questionava se os regulamentos baseados no artigo 89 TCE (ou os baseados no baseado neste artigo, que é o que veio a ocorrer) poderiam ampliar o catálogo de ajudas

quais uma compatibilidade estará assegurada, também não se submeterão ao dever de notificação<sup>174</sup>. Obrigados à notificação restarão apenas os auxílios referentes aos grandes projetos. É o mesmo que dizer que o processo de notificação *ex ante* foi substituído por um controle *ex post*, que em função da aplicabilidade direta é exercido por mais órgãos, inclusive nacionais. Os tribunais nacionais devem averiguar se os requisitos dos regulamentos de isenção por categoria são cumpridos e decidir a compatibilidade com o mercado comum. Para uma tal descentralização, fenômeno que vem aproximando a prática da Comunidade da almejada pelo Mercosul, alegou a Comissão o acúmulo de trabalho.

Em 1999 surgiu o Regulamento n. 659/99 sobre regras de procedimento, também fundado na autorização do artigo 89 TCE, que disciplinou os diferentes processos do controle de auxílios e promoveu em uma matéria sempre considerada obscura uma melhor transparência e segurança. Algumas regras contidas nesse regulamento já foram referidas, mas não ainda todas as implicações desse segundo documento reformador. Ambos os regulamentos citados serviram para modernizar e fornecer uma nova orientação ao direito de concessão de ajudas públicas. SINNAEVE considera o passo dado histórico e tão importante quanto o tido com o surgimento do então Regulamento n. 17/1962. Seu principal significado está no valor de uma codificação de regras processuais antes só tidas em comunicações e sentenças, e não tanto nelas próprias, e na segurança jurídica atingida<sup>175</sup>.

Já em 2001 a Comissão emitiu três regulamentos, à imagem e semelhança dos regulamentos de isenções de categorias relacionados com o artigo 81, n. 3 TCE. Pela primeira vez alguns setores recebedores de ajudas eram dispensados da notificação. A partir de então, sempre que os requisitos do regulamento de isenção fossem cumpridos, as ajudas podiam ser concedidas sem a autorização da Comissão. Essa também foi a primeira vez que a Comissão usou de seus poderes delegados pelo Conselho mais de dois anos antes no Regulamento n. 994/98<sup>176</sup>, o primeiro aqui abordado em termos de reformas. Os regulamentos receberam os ns. de 70/2001, 68/2001 e 69/2001. Respectivamente, trataram dos temas de auxílios às pequenas e médias empresas, especialização, bem como houve a codificação da regra *de minimis* para as ajudas públicas. Os dois primeiros são vistos como típicos regulamentos de

---

consideradas compatíveis com o mercado comum. A resposta parecia ser negativa, ante a impossibilidade de um regulamento alterar disposições do direito primário. FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Op. cit.*, p. 643. O catálogo não poderia ser ampliado, nem quando se tratasse de ajudas que promovessem a realização dos fins perseguidos pelo Tratado. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 240.

<sup>174</sup> GUAL, Jordi. *Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea*, p. 96.

<sup>175</sup> SINNAEVE, A. *Op. cit.*, p. 277. Também sobre a importância de ambos os regulamentos para o desenvolvimento do direito comunitário do controle das ajudas públicas nos anos subseqüentes aos seus lançamentos ver NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 293-306. Um balanço atual positivo da aplicação do Regulamento n. 659/99, especialmente quanto ao fato de ele ter conduzido para confirmações e modificações das interpretações tidas pela Comissão até o seu surgimento, pode ser encontrado em BARTOSCH, Andreas. *5 Jahre Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, eine Zwischenbilanz*, p. 43-49.

<sup>176</sup> Os motivos desta demora, como oferecimento de propostas, prazos de consultação, votação, oitivas, recebimento de manifestações, pelos quais também a Comissão preferiu emitir os três regulamentos simultaneamente, podem ser vistos em SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 69.

isenção por categoria<sup>177</sup> e o último é como o estabelecido da regra que até então só fazia parte de uma comunicação. Isso tudo promoveu alterações na aplicação das regras dos auxílios e por tal pode ser visto como um *Novum*<sup>178</sup>, ou ao menos como uma reforma que trouxe transparência e segurança jurídica aos participantes do processo. A novidade é que eles definem os critérios de autorização para a concessão de auxílios, isto é, regulam a dispensa do até então centralizador e abrangente controle da Comissão<sup>179</sup>. Com as alterações, os auxílios que cumprem os requisitos não precisam se submeter mais ao processo de notificação do artigo 88, n. 3 TCE. O processo de notificação *ex ante* do artigo foi substituído por uma averiguação *ex post*. Este controle último deve ser efetuado tanto pela Comissão, como pelos Estados-membros. Ambos devem cuidar para que esses requisitos sejam cumpridos, uma vez que os regulamentos de isenção, por sua natureza, apresentam aplicabilidade direta. A descentralização da aplicação das normas é, também no caso das ajudas, o principal incremento trazido pelas reformas<sup>180</sup>.

Visto o caso de outra forma, é de ser dito que o controle do cumprimento dos critérios de concessão de determinados tipos de auxílios foi transferido da Comissão para os Estados-membros<sup>181</sup>. Esses regulamentos oferecem a possibilidade de um controle de auxílios ao nível de Estado-membro. Isto é, concorrentes que se sintam prejudicados podem dirigir suas queixas à Comissão ou diretamente aos tribunais nacionais, caso acreditem que as condições para a concessão do auxílio, segundo os regulamentos, não foram satisfeitas<sup>182</sup>. A única limitação parece estar no grau de discricionariedade, que no caso dos Estados-membros restará limitado. Assim, não poderá ser declarada a incompatibilidade das ajudas, mas somente sancionada a ilegalidade pela obrigação da violação de notificação<sup>183</sup>. Uma possibilidade de notificação, mantida pelos considerandos dos regulamentos, só teria sentido, nas palavras de SINNAEVE, quando uma ajuda não cumpre os requisitos ou quando existem fundadas dúvidas e o Estado deseja ter segurança jurídica no seu ato<sup>184</sup>.

Os argumentos levados em conta para essa reforma foram, em regra, os mesmos das outras já tratadas, ou seja, a necessidade de supressão das incertezas, a multiplicação de notificações, o aumento do número de processos, a explosão do contencioso perante o juiz comunitário, a necessidade de descarga da Comissão e a possibilidade de ela, em função disso, concentrar-se nos casos mais graves<sup>185</sup>. A

---

<sup>177</sup> *Idem, ibidem*. Um detalhamento das regras dos regulamentos, que têm um período de vigência de seis anos, pode ser consultado em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 251-254 e 260-263.

<sup>178</sup> SINNAEVE, A. *Op. cit.*, p. 67.

<sup>179</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>180</sup> LUDWIGS, M. *Op. cit.*, p. 577.

<sup>181</sup> Dúvidas sobre o fato dos tribunais nacionais disporem de meios e de mentalidade jurídico-econômica necessários para julgar casos desta natureza foram levantadas por CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 239.

<sup>182</sup> SINNAEVE, A. *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts*, p. 270, nota de rodapé número 3.

<sup>183</sup> KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>184</sup> SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 70.

<sup>185</sup> KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 125. KOENIG e KÜHLING falam da necessidade da focalização do raio do controle (*Fokussierung des 'Kontrollstrahls'*) como um dos princípios para a redução de inconseqüências e déficits no controle de ajudas públicas. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung?*, p. 521.

experiência mostrava que os processos de notificação não ofereciam vantagens nítidas e limitavam a Comissão a dirigir seus recursos a casos que falseavam de forma mais nefasta a concorrência. Já para os Estados os benefícios também foram sensíveis, especialmente em ordem de eficiência, economia e no reforço do princípio de subsidiaridade<sup>186</sup>.

Nesse sentido, CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ entendem que os regulamentos beneficiam os Estados-membros, que poderão conceder suas ajudas sem a necessidade de notificação e espera por decisão, as empresas favorecidas com as ajudas, que se aproveitarão da simplificação administrativa e da maior transparência, e mesmo as empresas concorrentes, que passam a ter a possibilidade de dirigirem-se aos tribunais nacionais<sup>187</sup>.

O surgimento de regulamentos de isenção nessa matéria tem como condição a existência de um compatível sistema de controle. Como já se observou, a concessão de auxílios é uma das formas mais prejudiciais de falseamento da concorrência e a que mais afeta o mercado comum ou a construção e atingimento dele em processos de integração em curso, pelo simples motivo que esse falseamento é comandado pelo ente público. Um tal regulamento de isenção deve vir acompanhado de uma série de medidas para controlar a sua aplicação e não permitir um enfraquecimento da condução da política de auxílios. Transparência e vigilância são fundamentais para o atingimento desse objetivo. Nesse sentido, os regulamentos contêm dispositivos que exigem relatórios descritivos por parte dos Estados-membros, relatórios anuais do andamento dos projetos, assim como já acontecia para os auxílios existentes, ademais da manutenção de documentos comprobatórios por dez anos<sup>188</sup>.

Em termos de conteúdo, os regulamentos não alteraram a política da Comissão. Apenas facilitaram o processo, pois trazem agora os critérios materiais para a autorização de certas ajudas em si. Esses critérios não diferiram muito dos que já vinham sendo aplicados pela Comissão<sup>189</sup>. Eles estabelecem um teto máximo que, superado, determina às ajudas o caminho normal da notificação regulado pelo artigo 88, n. 3 TCE. Com isso, segue a Comissão a controlar as grandes ajudas, isto é, as que podem ter grande efeito na concorrência.

O Regulamento n. 69/2001, referente à regra *de minimis*, apresenta particularidades em relação aos vistos. Em 1992 havia a Comissão pela primeira vez introduzido uma tal regra, pensada fundamentalmente para as pequenas e médias empresas. As razões eram de segurança jurídica e de simplificação dos trâmites. Com

---

<sup>186</sup> SINNAEVE, A. *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts*, p. 270 e SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 70.

<sup>187</sup> CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 260.

<sup>188</sup> Para mais detalhes ver SINNAEVE, A. *Op. cit.*, p. 74.

<sup>189</sup> SINNAEVE observa apenas se não teria sido a oportunidade de a Comissão retocar o conceito de pequenas e médias empresas, o que melhoraria a segurança jurídica. Também, o mesmo problema se vê na definição entre especialização geral e específica, no outro regulamento. Assim, reflete se tinha sentido a Comissão emitir regulamentos se eles não vêm para solucionar problemas de definição em relação à prática anterior. Todavia, sabe que esses problemas não eram motivos suficientes para não recomendar a emissão de um regulamento, até porque eles já vinham de alguma forma sendo enfrentados, já que os novos regulamentos apenas positivaram regras que a Comissão vinha aplicando. *Idem*, p. 72.

os retoques tidos em 1996 por uma nova comunicação, passaram a ser permitidos auxílios de 100 mil euros, por empresa, dentro de um período de três anos<sup>190</sup>. Para SINNAEVE, tal valor é tão pequeno que não pode mesmo representar prejuízo ao comércio entre os Estados-membros<sup>191</sup>. Por tal é que não são proibidos pelo artigo 87, n. 1 TCE e não recaem também no dever de notificação do artigo 88, n. 3 TCE. O regulamento da regra *de minimis* vem, então, codificar a existente prática da Comissão<sup>192</sup>. Os patamares de liberação de 1996 foram identicamente mantidos.

Como lembra SINNAEVE, juridicamente não é esse um regulamento de liberação. Ao expressar que auxílios inferiores a um determinado patamar não prejudicam o comércio entre os Estados-membros, ele está excluindo tais auxílios da infração do Tratado e não liberando-os, já que não eram auxílios no sentido do artigo 87, n. 1 TCE. A conseqüência jurídica dessa interpretação é que as ajudas públicas normais são cumuláveis com as cobertas pela regra *de minimis*, pois só aquelas são ajudas. Uma tal interpretação da regra apresenta um segundo problema. Alguns Estados vinham usando-a para neutralizar o processo de devolução de auxílios concedidos ilegalmente. As empresas, na hora da devolução do dinheiro, deduziam o patamar máximo, já que tais auxílios não eram auxílios. SINNAEVE tem esta solução como justificável, mas separa os assuntos para a sua perfeita execução. Uma coisa é a devolução de toda aquela ajuda, acrescida de juros, conforme a decisão da Comissão, e outra é a concessão de uma nova, segundo as regras aplicáveis às ajudas *de minimis*. Uma dedução não seria possível em nenhuma hipótese<sup>193</sup>.

As mais sensíveis reformas que ocorreram foram as aqui tratadas. Elas não entraram em vigor tão recentemente como as anteriormente vistas nas partes primeira e segunda deste capítulo, motivo pelo qual foram tomadas como últimas reformas. Isso não as impediu de terem sido referidas como modernizadoras também. Em sede de conclusão, vale lembrar que o estudo da proibição à concessão de auxílios inicialmente se preocupou em estabelecer o nexo entre a política de auxílios públicos e a concretização do mercado comum. Observou-se que o mercado comum desencadeou uma queda das barreiras diretas. Auxílios públicos foram usados como os principais, além de últimos recursos dos Estados-membros contra esse fenômeno e tidos como os principais implicadores de um provável insucesso, à época, do alcance do mercado comum. Em conceito geral, essas novas barreiras, indiretas, foram os efeitos da entrada em vigor do mercado comum. Todavia, também foi ressaltado que houve uma contribuição do regime de auxílios públicos para a unificação do mercado

---

<sup>190</sup> A questão dos três anos é complicada de ser explicada. Para SINNAEVE, um sistema ideal deveria comportar um banco de dados com acesso facultado a todos os Estados-membros, até porque, ao não infringirem o artigo 87, n. 1, as comunicações decorrentes da concessão delas não são obrigatórias, mas sim a guarda dos documentos. Assim, a dificuldade prática reside no montante integral da concessão, especialmente como deve ser ele calculado dentre um período de três anos. A pergunta da autora é se a concessão de um auxílio dá início a um prazo de três anos no qual outros não podem ser concedidos ou não. A resposta parece ser não. A regra válida é que o cálculo ocorra no momento da concessão e que o montante observado de todas as concessões que a empresa esteja recebendo naquele momento, considerando os três anos precedentes, não ultrapasse o teto máximo. Exemplos práticos deste cálculo são encontrados em SINNAEVE. *Idem*, p. 76. Antes o patamar era de 50 mil ecus dentro de um período também de três anos.

<sup>191</sup> *Idem*, p. 75.

<sup>192</sup> A codificação não resolve o problema fundamental da regra *de minimis*, qual seja, como lembra SINNAEVE, o de que um auxílio, mesmo estando sob o teto máximo, venha a afetar o comércio entre os Estados-membros. *Idem, ibidem*.

<sup>193</sup> *Idem*, p. 77.

comunitário. Sem um controle, não haveria mercado comum. Vale adiantar, como será melhor visto no próximo capítulo, que as propostas sobre regulamentação da liberdade de concorrência no Mercosul nada disciplinaram sobre o tema. Um provável insucesso no alcance do mercado comum nesse ambiente comunitário pode ou poderá ser debitado também a essa ausência.

Os pontos principais do aqui referido para a confirmação das teses buscadas, ademais da contribuição que o estudo das normas materiais e processuais traz para uma futura legislação do Mercosul, giram em torno dos seguintes aspectos. Primeiro, repetiu-se aqui a constatação do alinhamento da liberdade de concorrência com as normas das liberdades fundamentais em função da extensão da aplicabilidade direta, mas que nesta parte também foi visto em função da relação entre auxílios e liberdades fundamentais, tida pela presença de regra *de minimis* e pelo fato de a concessão de auxílios poder representar medidas de efeito equivalente.

Como levantado, uma relação entre os auxílios de Estado e as medidas de efeito equivalente, que também pode ser vista como uma relação entre a liberdade de concorrência e a livre circulação de mercadorias, representando as liberdades fundamentais, existe em função de casos onde os auxílios concedidos a uma empresa sejam medidas de efeito equivalentes. Uma medida de um Estado-membro considerada como medida de efeito equivalente pode constituir ao mesmo tempo uma ajuda pública, e vice-versa. A relação se consolida no fato de que uma medida nacional poder ser qualificada como auxílio não é razão suficiente para a não-aplicação da proibição do artigo 28 TCE, o que representa uma complementaridade, também possível ser expressada por dizer-se que a aplicação das regras da concorrência não pode afastar a aplicação das regras destinadas às liberdades.

Quanto a isso, observou-se que a única diferença reside na ausência de aplicabilidade direta de todas as regras envolvidas. Todavia, o objetivo de reforçar a extensão desse princípio a toda a amplitude do artigo 81, bem como o recente incremento do processo de descentralização fundado na emissão de regulamentos também no âmbito das ajudas públicas, constituem uma aproximação entre os dois âmbitos do direito aqui estudados.

O efeito direto da frase 3, do n. 3, do artigo 88 TCE já vinha sendo visto como um primórdio de descentralização. Em certas áreas sujeitas a regulamentos, houve uma troca do controle *ex ante* pelo *ex post*. Sobretudo, as normas receberam aplicabilidade direta pelos regulamentos de isenções, o que passou a comprometer os Estados-membros com a averiguação da legalidade dos auxílios.

Exatamente nessa questão reside o segundo aspecto principal. Com efeito, essas reformas geraram um incremento da participação das instâncias nacionais. Alguns processos de controle, com a dispensa das notificações, passaram a ser exercidos por mais órgãos, como os tribunais nacionais. Estes devem averiguar se os requisitos dos regulamentos de isenção por categorias são cumpridos, por exemplo, e decidir a compatibilidade com o mercado comum. Trata-se de um procedimento semelhante ao realizado para a atual aplicação das regras dos artigos 81 e 82 TCE. É a diminuição da centralização da aplicação das regras pela Comissão. Agora todos devem cuidar para que os requisitos legais sejam cumpridos. Os concorrentes, em especial, dispõem de duas instâncias para dirigirem suas queixas, caso entendam que



as condições para a concessão de um auxílio não foram satisfeitas e que isso os prejudique.

Os novos regulamentos contêm princípios para um mais avançado desenvolvimento do tema na Comunidade. Geraram até agora transparência e segurança jurídica em áreas problemáticas e obscuras, como a da regra de *minimis*.

O ganho com tais reformas foi uma considerável descentralização, com diminuição das obrigações de notificação das ajudas, transparência na regra dos auxílios e transferência da averiguação da sua compatibilidade aos Estados-membros, empresas e seus conselheiros<sup>194</sup>. Seguramente eles representam um significativo passo para o desenvolvimento do trato da questão<sup>195</sup>.

Por fim, mais uma vez é válido aqui o entendimento de que essa descentralização pode ser entendida como avalizadora do sistema do Mercosul. Estaria a Comunidade se aproximando do sistema almejado pelo Mercosul? A descarga da Comissão com a forte importância da idéia de descentralização e comprometimento dos tribunais e órgãos nacionais, como já ocorrera com a aplicação dos artigos 81 e 82 TCE, deixa transparecer que o modelo do Mercosul não é de todo descabido. As modificações provam que o sistema descentralizado do Mercosul não é ruim.

Novamente antecipando assuntos que ainda serão esmiuçados, o sistema almejado pelo Mercosul prevê um órgão de aplicação das regras da concorrência constituído pelas autoridades nacionais dos Estados-partes. Essa disposição do Protocolo de Defesa da Concorrência enseja uma descentralização teoricamente maior que a levada a cabo na Comunidade. Ao lado disso, inúmeras medidas têm suas execuções confiadas aos Estados-partes.

Tamanha descentralização da aplicação da lei no Mercosul teria de certa forma influenciado a Comunidade Européia nas suas recentes extensões de aplicabilidade direta das regras destinadas aos auxílios públicos, também? Sim, é possível concluir. A Comunidade observa o desenvolvimento de outros sistemas empregados em diferentes ordenamentos e não tem restrições em incorporá-los. Prova disso é a série de regras comunitárias fundadas ou criadas à luz do sistema norte-americano e da sua evolução jurisprudencial.

Se, todavia, for demasiado profundo e pretencioso pensar-se que o Mercosul, ainda em vias de atingimento, teria exportado influências descentralizadoras, no mínimo é de se concordar que as reformas comunitárias atestam sobremaneira que o rumo perseguido pelo processo sul-americano apresenta indicativos de êxito futuro. Acúmulos de serviços em uma Comissão, por exemplo, nunca serão problemas!

Sobretudo, finalizando com as palavras de CAMPOS dadas à análise das ajudas públicas e à afetação da concorrência, vale referir que “A lealdade da concorrência entre as empresas dos Estados-membros só estará assegurada se estes se virem impedidos de ajudar ou subsidiar por esta ou aquela forma as actividades

---

<sup>194</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>195</sup> KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 517.

económicas nacionais favorecendo-as na concorrência que elas têm de enfrentar interna e externamente”<sup>196</sup>.

As contribuições da Comunidade Européia não se resumem nos aspectos vistos até aqui. Há as destinadas para o mundo como um todo. Talvez fosse possível entender como WEILER, que vê uma única contribuição da Comunidade para a civilização das relações internacionais, a que deriva da tensão entre os Estados-membros e entre cada um e a Comunidade. Envolve ainda o conciliar da forma de pensar em soberania nacional com os novos modelos de discurso e a nova disciplina de solidariedade<sup>197</sup>. Nesse sentido, teria servido a uma reformulação de discursos transnacionais entre Estados, pessoas e indivíduos “que há uma geração atrás pobremente emergiram do fundo do poço (*nadir*) da civilização ocidental. É um modelo com aguda relevância para outras regiões do mundo com árida história ou mesmo árido presente”<sup>198</sup>. Ainda observa o autor que a transformação que a Europa sofria em 1992, carregada de promessas, “que podia ser caracterizada como a moderna contribuição da Europa para a civilização (...) não deve ser colocada à margem da estrada”<sup>199</sup>.

Sim, não devem ser dispensadas. Mas as contribuições são bem maiores. A Comunidade Européia por certo não foi só uma venturosa cooperação internacional e uma integração econômica. Há de se pensar no exemplo da união monetária, do regramento da concorrência e do das ajudas públicas, tendo em vista outros processos de integração regional, bem como a sua indiscutível capacidade e propensão a alargamentos, sem ter se descuidado do adequado aprofundamento nos assuntos de caráter social. Contribuiu também para a criação de direitos em várias matérias. De praticamente um Estado com regras para a defesa da concorrência, hoje, na União Européia, todos os Estados têm regras e autoridades de concorrência<sup>200</sup>. A contaminação da idéia nos países que não tinham leis transferiu-se aos que pensam em reformas.

As regras de concorrência da Escola de Bruxelas<sup>201</sup> são um artigo de exportação (*Exportartikel; Export von Recht*) para os Estados e sua posição ganha peso cada vez que mais um utiliza em sua legislação os seus princípios<sup>202</sup>. Assim, países do Leste Europeu (agora em grande parte integrantes da União Européia) e da América Latina introduziram leis de concorrência à luz do modelo comunitário, o que evidenciou, inclusive, que o modelo norte-americano não era o único<sup>203</sup>.

A Comunidade ainda se adapta à ampliação de 2004 e à modernização da aplicação das normas do artigo 81 e 82 TCE, a principal entre todas as aqui vistas, como outrora já enfrentou um período de adaptação às reformas das regras das ajudas públicas e, mais remotamente, ao princípio da subsidiariedade, advindo com o TUE. Todos esses processos representaram grandes desafios à defesa da concorrência. A

---

<sup>196</sup> CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário*, v. 3, p. 488.

<sup>197</sup> WEILER, J. H. H. *The transformation of Europe*, p. 2480.

<sup>198</sup> *Idem*, p. 2483.

<sup>199</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>200</sup> EHLERMANN, C.-D. *Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt*, p. 794.

<sup>201</sup> Terminologia usada por SOUTY para classificar a originalidade do direito europeu da concorrência frente às Escolas de Harvard e Chicago. SOUTY, F. *Op. cit.*, p. 21-31.

<sup>202</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 314-315.

<sup>203</sup> BELLAMY, Christopher. *Some reflections on competition law in the global market*, p. 18.

modernização descentralizadora, por exemplo, em que pese todos os esforços realizados, não partia de uma base segura de que os tribunais nacionais seriam mesmo capazes de aplicar as normas. A ampliação faz a Comissão controlar a liberdade de concorrência em 25 países com 21 línguas diferentes<sup>204</sup>, lembrando que pluralismo lingüístico aparece como um valor importante da preservação da identidade cultural em JAYME<sup>205</sup>. Mesmo assim a evolução no sentido de uma descentralização foi levada a cabo, e não somente por ser a única alternativa que restava ao acúmulo de trabalho da Comissão, mas por um declarado querer evoluir.

Desse exemplo o Mercosul deve se aproveitar, ainda que as regras eventualmente não possam ser transponíveis.

Uma última contribuição na questão da defesa da liberdade de concorrência, não tanto da Comunidade, mas de seus pensadores, é uma proposta de um código internacional antitrust, que será vista a seguir.

---

<sup>204</sup> Ver o depoimento de um juiz do Tribunal de Primeira Instância sobre a necessidade do enfrentamento do problema da língua para realmente se entrar na essência do pensamento e discurso de outro, para o que é pressuposto aquele, e as alternativas administrativas próprias encontradas para o contorno das dificuldades, como a escolha de uma língua de trabalho que seja mais igual entre todas as que devem ser iguais, em BELLAMY. *Idem*, p. 19-20.

<sup>205</sup> JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, p. 192-193.

## 2.4. PROPOSTAS E ESFORÇOS DE UNIFICAÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A maioria das leis nacionais dispõe sobre limitações à concorrência que tenham efeitos internos, independentemente de onde foram produzidas as práticas. A aplicação extraterritorial trata-se de construção norte-americana do Caso *United States v. Aluminium Co. of America (Alcoa)*, de 1945<sup>1</sup>. Prejuízos à concorrência que as empresas nacionais produzam no exterior não são considerados pela lei nacional. Esse mecanismo permite que cartéis puramente voltados à exportação, cujos efeitos se dêem no exterior unicamente, geralmente não sejam proibidos.

Posteriormente essa doutrina foi exportada a outros sistemas, como ao comunitário. O Tribunal, com o Caso *Wood Pulp*, de 1988<sup>2</sup>, determinou a submissão às normas da Comunidade de empresas situadas no exterior, cujas práticas tenham efeitos internamente. Da mesma forma que a maioria das leis nacionais, a legislação comunitária nada disciplinou sobre a prática de suas empresas que tenha efeito unicamente no exterior. Essa é uma das principais críticas dirigidas a essa legislação<sup>3</sup>.

Acontece que uma tal limitação da lei é inerente à teoria dos efeitos. A proteção oferecida por um direito de cartéis tem por objetivo o mercado interior. Uma restrição da concorrência no exterior não é suficiente para a aplicação de uma lei interna, mesmo quando essa restrição se dá em paralelo com uma restrição no

---

<sup>1</sup> SÁNCHEZ-TARAZAGA Y MARCELINO, Jorge. *La libre competencia en el mercado único europeo y en EE UU: la cooperacion internacional en la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia*, p. 34-35. O caso está comentado em CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; GOÑI URRIZA, Natividad. *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, p. 104 e em FARIA, José Ângelo Estrella. *Aplicação extraterritorial do direito da concorrência*, p. 27. Os antecedentes do caso podem ser conhecidos em OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*, p. 377. Sobre o desenvolvimento da referida doutrina no direito internacional dos cartéis e no direito comunitário ver MARTINEK, Michael. *Das uneingestandene Auswirkungsprinzip des EuGH zur extraterritorialen Anwendbarkeit der EG-Wettbewerbsregeln*, p. 348-350. Sobre a questão, trazida pela extraterritorialidade, de se o direito internacional limita os Estados no desejo de estender a aplicação de suas leis de defesa da concorrência, ver SÁNCHEZ-TARAZAGA Y MARCELINO, J. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>2</sup> Caso *Patê de Bois (Wood Pulp)*, EuGH, Slg. 1988, p. 5193.

<sup>3</sup> A crítica reside fundamentalmente na exclusão do comércio exterior da Comunidade do campo de aplicação do direito da concorrência desta. Segundo FRIEDEL-SOUCHU, não existe no direito comunitário a cláusula de comércio exterior, isto é, o ordenamento não é aplicado às práticas comerciais envolvendo países terceiros à comunidade e se resume a regular distúrbios quando o mercado interior é afetado, mesmo que pela colocação de limites às importações feitas pela Comunidade, casos em que se aplica também a extraterritorialidade da lei. FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne. *Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etat-Unis et dans la Communauté Européenne*, p. 77 e 80. A referida cláusula seria levada em consideração na oportunidade de um *balancing approach*, realizado certas vezes pela jurisprudência norte-americana que discordava dos critérios aplicados no Caso *Alcoa*, de 1945. SÁNCHEZ-TARAZAGA Y MARCELINO, J. *Op. cit.*, p. 35. E a crítica ainda passa por questionar se a extraterritorialidade da aplicação da lei é algo legítimo. É de se crer que sim, mas não pode ser abusiva e nem poderia ser como na Comunidade Européia. Esta é a crítica à extraterritorialidade comunitária e neste ponto parece que os EUA possuem regras mais justas, pois seu ordenamento prevê, de certo modo, esta relação. A regra comunitária parece ter uma lacuna injusta, pois as exportações têm licitude aos olhos comunitários, já que seus efeitos se produzem exclusivamente fora do território comunitário.

mercado interno. Para isso é que serve o direito estrangeiro<sup>4</sup>. Para BASEDOW, nesses casos, “Se pode considerar a aplicação do direito dos cartéis estrangeiros, se houver um, à parte do acordo que se relaciona com o estrangeiro”<sup>5</sup>. Assim, se os atos de uma empresa prejudiquem a concorrência somente em mercados estrangeiros eles não estariam sujeitos às leis da concorrência. Segundo von MEIBOM e GEIGER, “o direito da concorrência se baseia também no denominado ‘princípio de San Florian’, isto é, o de rejeitar algo ruim para si próprio, sem levar em conta que esta ação prejudicará o próximo”<sup>6</sup>. A questão é rechaçar algo ruim para si mesmo, mas não coibir os atos das próprias empresas que ofereçam prejuízos ao próximo, que é o que faz a Comunidade Européia.

Em verdade, o princípio do efeito tornou-se uma estratégia para o enfrentamento da lacuna legislativa, mormente pela vantagem de que sua aplicação não carecia de uma regulamentação internacional. Ao criar uma concorrência de políticas de concorrência (*Wettbewerb der Wettbewerbspolitik*), ele permitia criar uma ordem de concorrência internacional sem um direito de concorrência internacional material<sup>7</sup>.

Embora as leis nacionais possuam esse princípio do efeito que lhes permite encontrar aplicação sobre todas as deturpações independentemente de onde sejam produzidas, as autoridades nacionais carecem de possibilidades de executar a proibição no exterior, ante à soberania detida pelos países. Uma insistência poderia conduzir a conflitos diplomáticos. As mesmas existências e conseqüências são vistas em ambientes comunitários.

Vários problemas surgiriam com a tentativa de execução de um princípio do efeito. Infrações à concorrência que produzissem efeitos em vários países, por exemplo, afetariam várias leis. Essa pluralidade de leis afetadas poderia conduzir a uma pluralidade de decisões divergentes. Mesmo que a aplicação das leis nacionais não fosse problemática, a execução não apresentava soluções viáveis. Ademais, essa estratégia exigia um nível de cooperação muito alto entre as autoridades nacionais, que transcendesse o patamar de meras notificações e trocas de informações, o que também não era fácil de atingir.

---

<sup>4</sup> BASEDOW, Jürgen. *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, p. 42. Vale esclarecer, dizendo que o problema da afetação no outro Estado deve ser regulado por este, no direito deste, ao que ele é livre. Neste sentido está FARIA, que observa que “Relativamente ao exercício de jurisdição em seu próprio território, estão os Estados em princípio livres, o que inclui a possibilidade de editar regras para situações de fato ocorridas no estrangeiro”. FARIA, J. A. E. *Op. cit.*, p. 23-24. Críticas à fórmula criada pelo Caso Alcoa, porque ela não corresponde ao tradicional catálogo de elementos de conexão aceito para o direito penal internacional, contra-críticas, fundadas na inexistência de qualquer caráter exaustivo aos princípios do direito penal internacional, principalmente em relação ao direito internacional da concorrência, e a existência de uma liberdade dos Estados na escolha de elementos de conexão são referidas em FARIA. *Idem*, p. 27-32.

<sup>5</sup> BASEDOW, J. *Op. cit.*, p. 45.

<sup>6</sup> von MEIBOM, Wolfgang; GEIGER, Andreas. *Un Derecho de la Competencia mundial como ultima ratio*, p. 41.

<sup>7</sup> DUIJM, Bernhard; WINTER, Helen. *Internationale Wettbewerbsordnung: Alternativen und ihre Probleme*, p. 465-467.

Assim, a extraterritorialidade das normas provou ser uma solução inadequada<sup>8</sup> para tratar disputas de caráter mundial e para regular concentrações de mesma dimensão, motivo pelo qual passou a ser rejeitada<sup>9</sup> e afrontada com recusas em colaborar, reclamações diplomáticas e medidas legislativas<sup>10</sup>. Como observa HANSEN, há uma lacuna na ordem internacional relativa à solução dessas questões<sup>11</sup>.

A falta de uma ordem de concorrência internacional que suprisse os problemas ensejou um forte clamor com vistas a uma legislação nesse sentido. A comunidade científica internacional retomou a discussão quanto à criação de uma ordem internacional material, com caráter vinculante para todos os Estados participantes, pois acreditava que uma verdadeira coordenação das políticas fosse desejada. Também a globalização teve a sua influência, ressaltada por JAYME, ao manifestar em Haia que “Em verdade, a globalização é caracterizada pelo fato dos Estados não serem mais os centros do poder e da proteção da pessoa humana. Os Estados estão cedendo grande parte de seus poderes aos mercados. As regras da concorrência determinam a vida e o comportamento dos seres humanos. A existência de um mercado global permite fusões de grandes empresas, resultando em um poder econômico gigantesco, que deixa aberta a questão da proteção do indivíduo que gostaria de manter seu posto de trabalho, proteção tradicionalmente fornecida pelo Estado. Para preencher este vazio legal, os juristas reclamam a criação de um sistema mundial de proteção contra as práticas anti-concorrenciais”<sup>12</sup>.

As contribuições da Comunidade Européia<sup>13</sup> e mesmo da Europa não se limitam aos ordenamentos em vigor que foram vistos. As suas comunidades científicas também formularam várias propostas e realizaram esforços em busca de uma unificação internacional do direito da concorrência, o que pode ser considerado uma tentativa de mundialização das regras de concorrência<sup>14</sup>.

Até agora várias idéias surgiram, algumas concretizadas materialmente mesmo em propostas de códigos. Através do ancoramento na Organização Mundial do

---

<sup>8</sup> Sobre a ineficácia dos tratos fundados na extraterritorialidade das normas ver IMMENGA, Ulrich. *El Mercado y el Derecho: Estudios de Derecho de la Competencia*, p. 43-45 e HANSEN, Patricia Isela. *Antitrust in the Global Market: rethinking 'reasonable expectations'*, p. 1609.

<sup>9</sup> Ainda que a tendência progressiva da aplicação extraterritorial de normas da concorrência tenha determinado uma mudança de atitude “tendente a conciliar a política nacional com os interesses de terceiros Estados, o que se pode considerar como uma nova utilidade do velho conceito (...) da ‘cortesia internacional’”. Esta cortesia teria se tornado visível com a busca de acordos bilaterais, convênios internacionais e tentativas de harmonização dos distintos interesses estatais, como a de um código internacional. SÁNCHEZ-TARAZAGA Y MARCELINO, J. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 383-384.

<sup>11</sup> HANSEN, P. I. *Op. cit.*, p. 1605-1609.

<sup>12</sup> JAYME, Erik. *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*, p. 20. Outros argumentos a favor de uma opção de trato multilateral podem ser conhecidos em RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. El derecho fundamental de las relaciones comerciales internacionales. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 23-29.

<sup>13</sup> Observa-se que a Comissão Européia foi a primeira a sugerir a inclusão do direito concorrencial nas negociações da OMC, além de sugerir que tal organismo assumisse a liderança na elaboração de um acordo multilateral. OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 401.

<sup>14</sup> Mais sobre a utilização desta terminologia pode ser acompanhado em SOUTY, François. *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne*, p. 33-41.

Comércio (OMC)<sup>15</sup> da que aqui detém as atenções principais, qual seja a de um Código Internacional Antitrust, suas regras podem vir a abranger o Brasil<sup>16</sup> e o Mercosul. A adesão dos Estados-partes do Mercosul àquela organização forma uma base para uma harmonização vertical da normativa<sup>17</sup>.

As propostas tratam da criação de um direito vinculante, com certa limitação da soberania dos Estados. As questões em aberto referem-se a se essa ordem abrangerá uma parte definida da política da concorrência ou todas as matérias. A criação de uma ordem internacional vinculante a todos os Estados e abrangente traria uma segurança jurídica extraordinária. Outras alternativas se vinculam à criação de um patamar mínimo de regras<sup>18</sup>.

Também os mecanismos de execução dessas normas tomam a atenção, especialmente para saber se haveria uma autoridade central internacional ou seria conduzida pelos órgãos nacionais, de forma descentralizada. Na hipótese de permanecer com as autoridades nacionais, haveria a necessidade da criação de um tribunal superior de concorrência, que garantisse a aplicação uniforme das regras<sup>19</sup>.

A batalha vivenciada pelas empresas Eastman Kodak e Fuji Photo Film<sup>20</sup> demonstra claramente a dimensão internacional da ordem concorrencial. Mesmo assim, até a presente data não foi desenvolvida uma regra internacional vinculante para a solução desses problemas. A disputa mencionada, a primeira a ser levada a um tribunal da OMC<sup>21</sup>, se tornou mais importante justamente por ter demonstrado a real necessidade de uma ordem internacional para a solução de disputas mundiais envolvendo o direito de concorrência. Além disso, um outro impulso para as negociações de uma nova ordem internacional antitrust é determinado pela crescente importância da concorrência econômica internacional como sustentáculo próprio dos mercados.

---

<sup>15</sup> As diferentes posições entre os Estados Unidos da América e a União Européia quanto a um código mundial e à inclusão das regras da concorrência no âmbito da OMC podem ser vistas em SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Concorrência. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*, p. 478-484 e em ANDRADE, Maria Cecília. *A política da concorrência e a Organização Mundial do Comércio*, p. 50-53.

<sup>16</sup> Algumas perspectivas para o Brasil ante a inclusão de regras de concorrência no âmbito da OMC foram levantadas em SANTOS, M. C. de A. *Op. cit.*, p. 493-497 e em ANDRADE, M. C. *Op. cit.*, p. 59-62.

<sup>17</sup> FIGUEREDO, Julio. Derecho de la competencia e integración económica: la situación en el Mercosur. In: *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2*, p. 96.

<sup>18</sup> Neste sentido, uma proposta da União Européia sugeria que cada país-membro da OMC definisse um regime de direito da concorrência adaptado ao seu nível de desenvolvimento e conforme os princípios fundamentais da OMC (transparência, não-discriminação e estado de direito), que incluiria uma proibição geral aos *hard core cartels*, restando livres para incluir outras disposições. SOUTY, F. *Op. cit.*, p. 39-41. Conhecer os princípios da OMC em MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *A Construção de um Direito Internacional da Concorrência: Experiências, Tendências e Rumos Principiológicos*, p. 161 e seguintes. O caráter minimal das propostas também é referido em ULLRICH, Hanns. Armonización internacional del derecho de la competencia: haciendo de la *diversidad* un concepto viable. In: CORREA, Carlos María (Dir.). *Derecho de la competencia*, p. 244-249.

<sup>19</sup> DUIJM, B.; WINTER, H. *Op. cit.*, p. 470-471.

<sup>20</sup> Cujo relato pode ser visto em HANSEN, P. I. *Op. cit.*, p. 1623-1625 e em SANTOS, M. C. de A. *Op. cit.*, p. 476.

<sup>21</sup> Sobre o papel da OMC perante a lacuna legal relativa a tais conflitos ver HANSEN, P. I. *Op. cit.*, p. 1604 e 1618-1620.

As chances do real atingimento de um tal patamar são muitas discutidas, mesmo que poucos discordem da sua necessidade para a obtenção de objetivos econômicos, um comércio mundial mais livre e uma proteção melhor da concorrência. A grande maioria dos autores não vislumbra esse resultado<sup>22</sup>, a não ser que tais regras venham acompanhadas de outros instrumentos de políticas de comércio e econômicas<sup>23</sup>.

Ainda que o Código Internacional Antitrust referido não tenha tido e possa não vir a ter o sucesso esperado, a doutrina aponta que o novo mecanismo processual previsto por ele pode vir isoladamente a ser útil ao Mercosul. Por isso, também, é aqui estudado, junto com as demais iniciativas conhecidas, a seguir.

#### 2.4.a) Antecedentes com forte reflexão

Os esforços desenvolvidos com vistas a uma legislação internacional dos cartéis não são novos<sup>24</sup>. São conhecidas anteriores tentativas, que remontam ao período do pós-Primeira Guerra Mundial. Com efeito, essa discussão já tinha sido objeto de estudos da Liga das Nações, em 1927. A crise mundial, todavia, a abortou. Na década de 30, pensamento esse que também teve reflexos no momento de assinatura do Tratado de Roma, a prática de concentrações, em particular, era vista como meio de superar as dificuldades<sup>25</sup>.

Várias tentativas foram observadas no período do pós-Segunda Guerra Mundial, quando estiveram em paralelo com os esforços de criação de organizações com o objetivo de manutenção da paz. Assim os exemplos da ONU e de acordos como os de Bretton Woods e o *General Agreement on Trade and Tariffs* (GATT)<sup>26</sup>. Com efeito, em 24 de março de 1948, de proposta originalmente norte-americana, se tornou conhecida a Carta de Havana para uma Organização Internacional do Comércio. Mesmo não tendo entrado em vigor, é um dos exemplos que exerceu influência nos posteriores esforços de unificação<sup>27</sup>. A idéia era completar as disposições do GATT e formar uma sub-organização da ONU voltada ao comércio. Seu capítulo V contém um direito internacional dos cartéis. Posteriormente, em março

---

<sup>22</sup> CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*, p. 75.

<sup>23</sup> DUIJM, B.; WINTER, H. *Op. cit.*, p. 474.

<sup>24</sup> Além dos aqui trabalhados, tratam do provável surgimento de uma legislação internacional os textos CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 73-76; CONNOR, John M. *International Convergence of Antitrust Laws and Enforcement*. In: VIEIRA, Wilson; CARVALHO, Fátima (Edit.). *MERCOSUL: agronegócios e desenvolvimento econômico*, p. 221-244; FIKENTSCHER, Wolfgang; HEINEMANN, Andreas. *Der 'Draft International Antitrust Code': Initiative für ein Weltkartellrecht im Rahmen des GATT*, p. 97-107; HANSEN, P. I. *Op. cit.*, p. 1601-1649; IMMENGA, U. *Op. cit.*, p. 37-62; OLIVEIRA, Gesner. *Defesa da Concorrência Global*, p. 42-43; SANTOS, M. C. de A. *Op. cit.*, p. 471-501; ANDRADE, M. C. *Op. cit.*, p. 47-64; ULLRICH, H. *Op. cit.*, p. 237-291, que deu mais ênfase às propostas acadêmicas, e MARQUES, F. do V. M. *Op. cit.*, 464 p.

<sup>25</sup> BASEDOW, J. *Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkung*, p. 61 e BASEDOW, J. *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, p. 166.

<sup>26</sup> Mais sobre o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio pode ser lido em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *Op. cit.*, p. 7-34.

<sup>27</sup> BASEDOW, J. *Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkung*, p. 63.



de 1951 surgiu a proposta de uma Convenção Européia para o controle de cartéis internacionais, retratando influências materiais da Carta de Havana, especialmente o princípio do abuso. Também esforços do GATT na década de 50 resultaram praticamente em nada mais que recomendações dirigidas aos seus membros<sup>28</sup>.

As tentativas dos anos 50 deixaram claro que uma proposta mundial era difícil de ser concretizada. Por isso, os esforços tomaram outros caminhos<sup>29</sup>. Assim o caminho que a Comunidade Européia perseguiu em 1957, que foi o de um trato a nível regional, o que não deixa de ser uma alternativa válida.

Mais tarde se tornaram relevantes as tentativas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de 1967, 1973 e 1976<sup>30</sup>, cuja contribuição para a discussão se deu com a emissão de esclarecimentos e linhas diretivas. Da mesma forma, a Conferência da Organização das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento de 1980 promoveu esforços com o seu catálogo de princípios Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, conhecido como UN-RBP-Code ou RBP-Set<sup>31</sup>. Todas essas iniciativas diferem no grau “em que elas combinam idealismo com pragmatismo”<sup>32</sup>.

Mais recentemente, a necessidade imperiosa de estudos passou a ser determinada pelos fatos que vinham acontecendo. Para von MEIBOM, fusões astronômicas, como a das empresas norte-americanas General Electric e Honeywell, proibida pela Comissão Européia, ensejaram discussões sobre um direito de cartéis mundial. Outros motivos apontados pelo autor seriam o incremento do número de fusões de âmbito mundial (*Trend zu Megafusionen*) e o aumento do número de países que agora dispõem de legislações, dos cinquenta há dez anos, para os noventa atuais, sendo que vinte outros possuem estudos<sup>33</sup>.

Ante a esses fatos, o ponto de partida mais fácil e radical seria a criação de um direito material único. Mas isso enfrentaria questões como o modelo de direito a adotar, haja vista a colocação que faz o autor ao comentar uma provável exigência dos EUA por um direito penal dos cartéis<sup>34</sup>. Outra questão levantada refere-se a como organizar a aplicação e execução prática pelas autoridades e tribunais. Nesse aspecto, questiona se se deveria usar as estruturas nacionais existentes, o que enseja menores custos, se se deveria tornar os instrumentos vinculativos e se os efeitos territoriais seriam limitados ou mundiais, o que envolve a questão da procura pelo melhor

<sup>28</sup> *Idem*, p. 64.

<sup>29</sup> BASEDOW, J. *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, p. 168.

<sup>30</sup> FIKENTSCHER, W.; HEINEMANN, A. *Op. cit.*, p. 99; SANTOS, M. C. de A. *Op. cit.*, p. 474; ANDRADE, M. C. *Op. cit.*, p. 48-49 e OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 402-406.

<sup>31</sup> BASEDOW, J. *Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkung*, p. 65-66; FIKENTSCHER, Wolfgang; DREXL, Josef. *Der Draft International Antitrust Code: Zur institutionellen Struktur eines künftigen Weltkartellrechtes*, p. 93; FIKENTSCHER, W.; HEINEMANN, A. *Op. cit.*, p. 99 e HANSEN, P. I. *Op. cit.*, p. 1611.

<sup>32</sup> ULLRICH, H. *Op. cit.*, p. 239.

<sup>33</sup> von MEIBOM, Wolfgang. Ist ein Weltkartellrecht wünschenswert? Aus der Sicht eines Praktikers. In: *KONVERGENZ der Wettbewerbsrechte – Eine Welt, ein Kartellrecht*, p. 27 e MONTI, Mario. *The international dimension of competition enforcement*, p. 80.

<sup>34</sup> von MEIBOM, W. *Op. cit.*, p. 29.

juízo<sup>35</sup>. Afora esses aspectos, foram analisadas as hipóteses de criação de um tribunal mundial, o que conduziria a uma unidade do direito e à diminuição do fenômeno conhecido como *forum shopping*, bem como a de criação de uma autoridade mundial.

As alternativas sugeridas por von MEIBON envolvem acordos bilaterais, como o de 1991 entre os Estados Unidos da América e a União Européia<sup>36</sup>, sobre notificações, informações e consultas, no sentido de que já hoje deveriam cada um dos noventa países que têm leis firmarem acordos, e acordos multilaterais<sup>37</sup>, mesmo que não submetidos ao princípio da supranacionalidade. Ambas as alternativas, contudo, comportariam um direito processual internacional uniforme, estariam limitadas ao estabelecimento de padrões mínimos, isto é, não poderiam pretender uma uniformização do direito, e exigiriam a criação de fóruns e organizações<sup>38</sup>.

Von MEIBON conclui sua manifestação dizendo que, embora desejável, um direito mundial dos cartéis parece, a curto prazo, não ser possível. Por tal fez ele sugestões alternativas. O objetivo, contudo, não é de se perder de vista, mesmo que se trate de um processo a ser mais vagaroso e cautelosamente atingido, assevera<sup>39</sup>.

Também FIKENTSCHER e HEINEMANN analisam a necessidade de um acordo internacional sobre os cartéis e a possível solução através do direito internacional privado. Os motivos levantados são as lacunas no trato de matérias que não sejam puramente nacionais e os limites da aplicação extraterritorial das normas nacionais, isto é, os mesmos problemas já citados. Para os autores, “À solução dos problemas de limitações transfronteiriças à concorrência parece indispensável um código internacional do direito dos cartéis”<sup>40</sup>.

A assinatura do Tratado da OMC em 1994, já tendo como pano de fundo certo clamor pela pertinência de um código internacional, reavivou o debate sobre a uniformização do direito dos cartéis<sup>41</sup>. Uma uniformização tem como objetivo o suprimento de lacunas na proteção da concorrência internacional contra limitações a cargo de privados. Tal objetivo é necessário para o atingimento de uma política de livre-comércio ou mesmo para que esta não seja impedida<sup>42</sup>. Uma tal proposta, segundo BASEDOW, apresentava grandes dificuldades, em comparação com outros campos do direito<sup>43</sup>. Apenas cinquenta países de duzentos possuíam leis de concorrência. Muitos dos países latino-americanos se limitam a disposições constitucionais de caráter geral e onde há leis, faltam normas de execução eficientes e instituições. As diferenças entre as legislações variam de simples proibições de abuso,

---

<sup>35</sup> *Idem*, p. 30.

<sup>36</sup> Acordos de cooperação ou acordos multilaterais como o citado também são referidos em BASEDOW, J. *Op. cit.*, p. 33 a 37 e em MONTI, M. *Op. cit.*, p. 79-81.

<sup>37</sup> von MEIBON, W. *Op. cit.*, p. 33-34. São conhecidas posições doutrinárias que pretendem fundar a multilateralização das normas não em um nível internacional, mas sim a partir de regulamentações por parte dos governos nacionais. RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>38</sup> von MEIBON, W. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 37.

<sup>40</sup> FIKENTSCHER, W.; HEINEMANN, A. *Op. cit.*, p. 98.

<sup>41</sup> BASEDOW, J. *Op. cit.*, p. 1.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 41-42.

<sup>43</sup> *Idem*, p. 5.

como na Coréia, até leis muito severas, como na Austrália e nos Estados Unidos da América<sup>44</sup>.

Devido a isso, o suprimento de lacunas existentes não necessariamente precisa ser feito por um direito mundial da concorrência. Para BASEDOW, uma aplicação efetiva de regras da concorrência pelos Estados atingiria o mesmo objetivo, podendo ser realizada pelos seus tribunais e autoridades, mas claro, desde que tenham à disposição um direito a aplicar. Em especial regras de cooperação e de solução de conflitos de direito. Assim, um vislumbrado alcance do âmbito de aplicação do direito da concorrência teria como consequência que os tribunais e autoridades dos Estados fossem capazes de aplicar medidas de execução onde as práticas sejam levadas a efeito ou onde a empresa tenha sua sede. Com isso, o problema da limitação territorial da execução de medidas seria atenuado. Outra consequência seria evitar os conflitos de jurisdição, especialmente quando um Estado proíbe práticas e quer que essa proibição tenha efeito extraterritorial e um outro não tenha nada a aplicar contra a prática em seu território e quer manter essa questão sob sua soberania. Perante esse panorama é que questiona BASEDOW se a harmonização do direito da concorrência seria uma solução. Se respondido afirmativamente, não apenas os princípios materiais devem ser uniformizados, mas também o âmbito de aplicação dos direitos<sup>45</sup>.

As desvantagens e os riscos da uniformização são apontados pelo autor. A diferença entre as legislações, tornada evidente na Comunidade Européia com a chegada do mercado interno, conduz ao fato de que as empresas preferam optar por locais onde as legislações lhes sejam mais favoráveis<sup>46</sup>. Isso é o que a doutrina chama de concorrência de sistemas jurídicos. Nesse sentido, uma unificação baseada em um catálogo de padrões mínimos não é a indicada por BASEDOW e nem poderia ser admitida, pois agravaria o problema<sup>47</sup>.

A primeira consequência dessa divergência em uma proposta de uniformização seria a participação parcial de Estados ou faria com que ela fosse dirigida a apenas alguns Estados. A segunda seria o prejuízo à situação de controle já obtida pelo Estado no momento da harmonização. Outra consequência da divergência de orientação das normas nacionais é que, em função disso, apenas padrões mínimos podem ser fixados, ao que BASEDOW se mostrou reticente. Por fim, uma regra internacional só seria aplicável a casos com dimensão internacional e nos quais o comércio entre diferentes Estados estivesse envolvido. Assim, a manutenção de direitos nacionais daria à unificação um caráter não tão profundo<sup>48</sup>. Os elevados custos de uma codificação internacional também representavam uma desvantagem. Alternativas próprias as suas contrariedades às tentativas de uniformização serão vistas mais adiante.

Dessa inicial incursão nas primeiras propostas e estudos que tiveram forte reflexão no tema resta que aquelas não resultaram em sucesso efetivo e estes

---

<sup>44</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 46-49.

<sup>46</sup> A valorização dos atos pelos Estados é muito divergente. Isso não permite que uma harmonia seja pensada. Mesmo os só 50 países que tinham leis divergiam em tópicos como fusão de empresa e acordos verticais. *Idem*, p. 57.

<sup>47</sup> *Idem*, p. 56.

<sup>48</sup> *Idem*, p. 57-60.

apresentam descrenças e que, portanto, outras alternativas necessitaram ser encontradas. Uma delas foi o trato da matéria em ambientes regionais, como procedeu a Comunidade Européia. Antes de uma ênfase nessa alternativa, é necessário estudar a iniciativa para o surgimento de um Código Internacional Antitrust.

#### 2.4.b) O Código Internacional Antitrust

A proposta mais concreta entre as de unificação ou uniformização foi a de um Código Internacional Antitrust (*Draft International Antitrust Code - DIAC*), apresentada em 27 de julho de 1993, no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht em Munique. Esse trabalho foi o resultado de um esforço de 2 anos de 12 especialistas<sup>49</sup>, reunidos em um grupo de trabalho idealizado por Wolfgang Fikentscher. Essa é a mais abrangente até hoje vista tentativa de codificação do direito mundial dos cartéis<sup>50</sup>, motivo pelo qual tem sido freqüentemente revisitada sob novos enfoques<sup>51</sup>. É mais uma que, por um modelo de acordo internacional, visou impulsionar a colmatação da já referida lacuna no direito econômico internacional, quanto ao trato de matérias transfronteiriças.

O DIAC provocou intensiva discussão e formação de outros grupos de estudo. Também serviu para mostrar que a necessidade de um código internacional dos cartéis não pode ser negligenciada. Dar um impulso a essa efetivação foi o desejo do grupo de trabalho<sup>52</sup>.

Esse documento é fundado em cinco princípios: limita-se a casos com relação transfronteiriça, não tem a pretensão de ser diretamente aplicável, pretende sim, uma harmonização ou uma proteção mínima, prevê a observância de proibição de discriminação e a internacionalização do processo jurídico concorrencial<sup>53</sup>. Três deles são originários da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (Pariser Verbandsübereinkunft - PVÜ), de 1883<sup>54</sup>.

Assim, o primeiro refere-se à aplicabilidade em casos interestatais (*transborder cases*), isto é, casos puramente nacionais não são abrangidos. O acordo seria aplicável, então, quando as limitações à concorrência produzissem efeito ao menos em dois Estados signatários. Esse princípio corresponde à cláusula da interestatalidade do direito comunitário da concorrência<sup>55</sup>.

Do segundo se depreende que o ponto de partida é a aplicação dos direitos nacionais e suas particularidades. Os extremos possíveis sempre são ou uma lei

---

<sup>49</sup> Cujos nomes e outros detalhes podem ser vistos em FIKENTSCHER, W.; DREXL, J. *Op. cit.*, p. 93; em IMMENGA, U. *Op. cit.*, p. 113-114 e em FIKENTSCHER, W.; HEINEMANN, A. *Op. cit.*, p. 97, nota de rodapé número 1.

<sup>50</sup> IMMENGA, U. Der Wettbewerbskodex von 1994 – Relikt oder Referenzmodell? In: *KONVERGENZ der Wettbewerbsrechte – Eine Welt, ein Kartellrecht*, p. 14.

<sup>51</sup> Como fez MARQUES, que tem como diferencial ter proposto um direito internacional da concorrência com base nos princípios da OMC, interpretados e identificados de acordo com a teoria pós-positivista do direito. MARQUES, F. do V. M. *Op. cit.*, 464 p.

<sup>52</sup> FIKENTSCHER, W.; HEINEMANN, A. *Op. cit.*, p. 107.

<sup>53</sup> BASEDOW, J. *Op. cit.*, p. 70-72; SÁNCHEZ-TARAZAGA Y MARCELINO, J. *Op. cit.*, p. 40-41 e DROMI, Roberto. *Competencia y monopolio: Argentina, Mercosur y OMC*, p. 60.

<sup>54</sup> FIKENTSCHER, W.; HEINEMANN, A. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>55</sup> *Idem*, p. 103.

uniforme ou a criação de direito para os casos de colisão. Entre estes há a proposta de harmonização, com a criação de padrões (*standarts*), à luz do direito internacional público. Contudo, o Código também foi flexível nessa idéia e tentou respeitar os limites dos direitos nacionais, contendo uma proposta de padrões mínimos. Dessa forma, as partes são obrigadas apenas a tomar as medidas necessárias para a aplicação do acordo em âmbitos nacionais.

O terceiro é o princípio do tratamento nacional (*Inländerbehandlung, national treatment*). Trata-se da aplicação do princípio da não-discriminação ao direito dos cartéis, isto é, dispensar à concorrência transfronteiriça e à puramente nacional o mesmo tratamento. Para a doutrina esse princípio quer dizer “que todas as regras e princípios que um Estado aplicar a casos puramente internos, devem também incondicional e imediatamente ser aplicados aos casos transfronteiriços. Disso decorre que cartéis que, exclusivamente ou ao lado do mercado nacional, tenham efeito no mercado estrangeiro, não possam gozar, por conta desse efeito, de um direito de cartéis menos rígido. Este princípio corresponde à obrigação de que os Estados não devem autorizar efeitos que sejam proibidos em âmbito interno. A dispensa do mesmo tratamento também significa que comerciantes estrangeiros no país não sejam submetidos a padrões antitrust mais rígidos que os nacionais”<sup>56</sup>.

O quarto é o princípio da proteção mínima, haja vista o Código não objetivar nenhuma uniformização do direito. Tal não seria nem desejado, nem possível, em função das diferenças das preferências nacionais na matéria da legislação concorrencial<sup>57</sup>. Assim, o acordo possibilitaria a garantia de proteções mínimas de concorrência em todos os Estados signatários, mas também o respeito às diferenças entre as ordens nacionais e ainda a possibilidade do estabelecimento por estas de padrões de proteção mais elevados.

Por fim, a proposta refuta a idéia de o acordo ser *self-executing*<sup>58</sup>, até porque uma aplicabilidade direta não é sinônimo de igualdade na aplicação do direito e tampouco em uma interpretação deste. Então, o grupo de trabalho pensou em outro mecanismo que fosse próprio para garantir a eficácia prática e a execução do acordo. A alternativa encontrada foi partir do conhecimento adquirido em acordos internacionais e desenvolver um novo mecanismo, descrito como o princípio da iniciativa processual internacional (*Prinzip der internationalen Verfahrensinitiative*)<sup>59</sup>. Este pode ser caracterizado como a execução de direitos internacionais internalizados, através de processo nacional, sob intervenção de autoridades internacionais, nominalmente uma *International Antitrust Authority*, cuja

---

<sup>56</sup> IMMENGA, U. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>57</sup> Referidas em BASEDOW, J. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>58</sup> Sobre esta característica do Código ver os comentários ao seu artigo 2º. em IMMENGA, U. *El Mercado y el Derecho: Estudios de Derecho de la Competencia*, p. 116-118. Sobre o significado de um acordo ser ou não baseado nesta doutrina de direito internacional público, a partir de reflexões sobre a natureza jurídica do GATT, justamente a sede de várias tratativas para uma legislação internacional de defesa da concorrência, ver FIKENTSCHER, Wolfgang. Was bedeutet “self-executing”? In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, p. 1184-1191.

<sup>59</sup> Aplicado no artigo 19 do Código, referente ao estabelecimento da autoridade antitrust internacional (seção 1) e aos seus poderes (seção 2), e no artigo 20, ambos comentados em IMMENGA, U. *Op. cit.*, p. 157-164.

obrigação de criação residiria nos Estados signatários<sup>60</sup>, perante autoridades antitrust nacionais<sup>61</sup>, ou um *International Antitrust Panel*, nesta hipótese quando a autoridade nacional for a descumpridora das normas. Neste último caso a execução pode ser perseguida também pelas partes prejudicadas. A tarefa desses órgãos residiria na fiscalização de que os signatários aplicassem o seu direito nacional adaptado ao do acordo, assim capaz de respeitar o princípio do trato igualitário e observar os padrões mínimos, corretamente<sup>62</sup>. Em síntese, as instituições passariam a dispor de um direito processual e de um direito de iniciativa<sup>63</sup>.

Este último princípio é tido como desenvolvido pelo Grupo Tarefa do Código. Trata-se de uma novidade jurídica, pois nunca tinha sido proposto aos Estados aceitarem no processo nacional o direito processual e o direito de participação de órgãos internacionais<sup>64</sup>.

Como será visto posteriormente, a doutrina apresenta essa alternativa, de forma independente da aceitação da totalidade das matérias tratadas na proposta do Código, como possível de ser utilizada pelo Mercosul em seu processo de integração.

O Código contém 21 artigos<sup>65</sup>. As previsões são de estabelecimento de padrões mínimos de regras e proteção. Elas prevêm substancialmente a obrigatoriedade de criação de instituições nacionais, a previsão de procedimentos de investigação, a previsão de cominação de multas, bem como três âmbitos de proibições de acordos, quais sejam o vertical e o horizontal, o controle de concentrações e o abuso de posição dominante. O controle, por exemplo, foi particularmente influenciado pelo direito norte-americano e pelo comunitário, sendo que este também influenciou as regras sobre o abuso de posição dominante. Ele contém regras de conceituação de concentrações, definição do âmbito de aplicação, dever de notificação, critérios materiais para a autorização e proibição de concentrações e ainda sobre a reestruturação de empresas<sup>66</sup>.

BASEDOW detalha a proposta, em especial as regras materiais relativas aos acordos horizontais e verticais, controle de concentrações, proibição de abuso de poder, sanções, normas processuais e cooperação dos escritórios nacionais<sup>67</sup>. Mas não se limita a observar. Sugere ele que os seus pontos principais devam residir nos fatos de que a OMC é o local apropriado para a promoção de uma unificação, que o instrumento oferecido seria um acordo plurilateral, no qual somente Estados que já dispusessem de leis sobre cartéis deveriam participar, que tais regras do acordo

---

<sup>60</sup> Ver sobre a obrigação do estabelecimento das autoridades internacionais os comentários ao artigo 19 e 20 do Código em SÁNCHEZ-TARAZAGA Y MARCELINO, J. *Op. cit.*, p. 40 e em IMMENGA, U. *Op. cit.*, p. 157-163.

<sup>61</sup> Ver sobre a obrigação de estabelecimento das autoridades nacionais os comentários ao artigo 17 do Código em IMMENGA. *Idem*, p. 153-156.

<sup>62</sup> Outras funções previstas a estas instituições podem ser vistas em FIKENTSCHER, W.; HEINEMANN, A. *Op. cit.*, p. 102-103.

<sup>63</sup> FIKENTSCHER, W.; DREXL, J. *Op. cit.*, p. 94-97 e FIKENTSCHER, W.; HEINEMANN, A. *Op. cit.*, p. 101-103. Sobre a escolha da jurisdição apropriada para tanto vale ver os comentários de IMMENGA ao artigo 3º. do Código. IMMENGA, U. *Op. cit.*, p. 118-120.

<sup>64</sup> FIKENTSCHER, W.; DREXL, J. *Op. cit.*, p. 99 e IMMENGA, U. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>65</sup> O texto, acrescido de comentários, pode ser conhecido em IMMENGA. *Idem*, p. 113-165.

<sup>66</sup> FIKENTSCHER, W.; HEINEMANN, A. *Op. cit.*, p. 104-107.

<sup>67</sup> BASEDOW, J. *Op. cit.*, p. 70-83.

fossem vinculativas e não meras recomendações, que o acordo não devia ser diretamente aplicável e que devia prescrever meros padrões mínimos, entre outras considerações materiais e processuais<sup>68</sup>.

Com efeito, um outro aspecto relevante da proposta, já mencionado, é o seu ancoramento no sistema da OMC. Um código dessa amplitude envolve vários assuntos tidos como conexos, como por exemplo o direito do comércio internacional, direito de propriedade industrial e intelectual. Por tal, não teria sentido apresentar uma proposta desvinculada dessas conexões<sup>69</sup>. Então, o DIAC foi apresentado ao GATT em julho do mesmo ano de 1993. O Código, inclusive, foi levado à Rodada Uruguai<sup>70</sup> com o caráter de acordo plurilateral, isto é, de adesão não-obrigatória pelos países-membros da OMC. Contudo, não pôde mais naquela reunião ser considerado<sup>71</sup>.

Havia duas alternativas para localização desta proposta. A primeira seria na Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, já fonte de seus princípios. A outra possibilidade seria a vinculação ao sistema do então GATT. A dependência entre as matérias já tratadas em seu âmbito e uma ordem internacional dos cartéis levou o grupo de trabalho a sugerir efetivamente o ancoramento do Código no sistema do GATT. Um desejo semelhante já existia desde a Carta de Havana. Por isso refere-se que a proposta é de um acordo plurilateral no âmbito da hoje OMC.

Vale lembrar que a OMC já possui acordos nos âmbitos de circulação de bens (General Agreement on Trade and Tariffs - GATT)<sup>72</sup>, serviços (General Agreement on Tariffs and Services - GATS) e direitos de propriedade industrial e intelectual (Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPs). Com esses acordos, essas liberdades ganharam espaço no comércio mundial<sup>73</sup>. Um acordo sobre concorrência na OMC colocaria esta liberdade da doutrina comunitária ao lado das liberdades de comércio e entre as matérias que foram reguladas pela organização internacional. É, pois, tal fato, mais um elemento de aproximação entre as liberdades originárias e a nova liberdade, também visível no âmbito da OMC.

---

<sup>68</sup> *Idem*, p. 109-110.

<sup>69</sup> FIKENTSCHER, W.; HEINEMANN, A. *Op. cit.*, p. 100.

<sup>70</sup> As rodadas comerciais do GATT podem ser acompanhadas em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *Op. cit.*, p. 7-11.

<sup>71</sup> FIKENTSCHER, W.; DREXL, J. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>72</sup> O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio pode ser lido em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 35-65.

<sup>73</sup> IMMENGA, U. Rechtsregeln für eine internationale Wettbewerbsordnung. In: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag*, p. 593.

Uma avaliação dirigida à proposta gira em torno de estranhar-se a idéia de que o Código não queira ou deva ter aplicação imediata, mas ser estabelecedor de padrões mínimos<sup>74</sup>. Que resultado teria um documento com essa conformação de mero acordo de direito internacional público nos dias atuais? Perante empresas com tanto poder econômico? Perante o exemplo da supranacionalidade comunitária? E como compatibilizar a proposta de que as regras sejam vinculativas com essa carência de força executória? Ou é de se continuar a entender que elas sejam apenas vinculativas ao fato de deverem ser internalizadas? Essas são questões ainda não respondidas acerca do assunto.

O não-atingimento de efetivos resultados pela proposta como um todo conduziu a questionamentos sobre a sua caducidade. Como foi elaborado há mais de dez anos, IMMENGA levanta a problemática de se o DIAC segue sendo um modelo de referência ou tornou-se uma relíquia.

Atualmente são discutidas as diferenças de interesses e de culturas de concorrência, bem como a afetação das soberanias estatais por propostas como a de um código. Nesse cenário é que IMMENGA trata-o como um modelo de referência. Não esquece o autor do surgimento de uma proposta da União Européia, de 1995<sup>75</sup>. Em conclusão, observa que não seria bem apropriado tomá-la como um modelo de orientação ótima (*Referenzmodell*). Contudo, ele não desconhece que ela ao menos estimulou a discussão. Alguns dos seus princípios são válidos atualmente e ela permanece em todas as discussões como um modelo (*Modell*), ao menos<sup>76</sup>. Não é, pois, uma relíquia. Vale acrescentar que os seus princípios são válidos mesmo para alguns processos de integração em curso, como o Mercosul.

#### 2.4.c) Um código mundial à luz do DIPu

Questionamentos que se mantiveram com a proposta vista, como se ela efetivamente é um avanço na solução dos emergentes conflitos de concorrência entre blocos econômicos, conduziram a outras mais recentes, também envolvendo um código de caráter mundial. Com efeito, após descrever as perspectivas para uma ordem econômica mundial, IMMENGA oferece ao objetivo aqui trabalhado uma proposta de um acordo plurilateral de direito internacional público. Dentre as perspectivas descritas, observa o autor as discussões sobre a criação de uma ordem de concorrência de caráter internacional. Para ele, o tempo de uma proposta nesse sentido já era chegado<sup>77</sup>. No mesmo sentido do raciocínio conduzia, também, o exemplo que a Comunidade Européia vinha dando<sup>78</sup>.

Como motivos para isso, vê que a abertura transfronteiriça dos mercados era uma realidade, que os desenvolvimentos tecnológicos ligaram os mercados mundiais, fusões e cooperações se disseminaram em vários Estado, sistemas de distribuição se

---

<sup>74</sup> BASEDOW, J. *Op. cit.*, p. 71-72 e 109.

<sup>75</sup> IMMENGA, U. Der Wettbewerbskodex von 1994 – Relikt oder Referenzmodell? In: *KONVERGENZ der Wettbewerbsrechte – Eine Welt, ein Kartellrecht*, p. 21.

<sup>76</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>77</sup> IMMENGA, U. *El Mercado y el Derecho: Estudios de Derecho de la Competencia*, p. 38 e IMMENGA, U. Rechtsregeln für eine internationale Wettbewerbsordnung. In: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag*, p. 593.

<sup>78</sup> *Idem*, p. 594.



tornaram transfronteiriços, mercados se fizeram internacionais, independentemente da existência de fronteiras nacionais, *pools* de patentes dificultam o acesso a novas tecnologias e que os efeitos de uma concorrência limitada ocasionada por empresas dominantes do mercado se tornaram sensíveis no mercado internacional. Ainda, outros problemas bem conhecidos são levantados, tais como o custo da submissão à diferentes ordens nacionais para a aprovação de seus acordos suportados pelas empresas e o perigo disso resultar em sentenças divergentes em função dos conflitos jurisdicionais entre os Estados. Não esquece o autor, por fim, de ressaltar que a criação de uma tal ordem internacional impediria o constatado crescimento de medidas protecionistas que vinha sendo observado nas atitudes dos Estados<sup>79</sup>.

Até então, e ainda atualmente, as soluções para a ausência de uma ordem internacional se dão pela aplicação da teoria dos efeitos, relacionada com a extraterritorialidade da aplicação das normas nacionais ou das de processos de integração. Mas esta, à luz do direito internacional público, vem se mostrando ineficaz, como já referido. A teoria não comporta, o que pode ser visto como uma limitação, nenhuma regra de execução aplicável internacionalmente e nem o direito internacional público permite a condução de investigações no exterior por parte de autoridades nacionais<sup>80</sup>.

As dificuldades da atual ordem internacional dos cartéis poderiam ser dirimidas com acordos bilaterais à luz do direito internacional público, que é a nova proposta de IMMENGA, e que já foi o instrumento usado nos acordos entre os Estados Unidos da América com o Canadá, Alemanha, Austrália e União Européia.

Uma tal proposta funda-se na impossibilidade das ordens nacionais apresentarem respostas aos conflitos da crescente concorrência transfronteiriça, ocasionados pela limitação da teoria dos efeitos. Uma solução a partir do direito supranacional, como a encontrada pela Comunidade Européia, não poderia ser reproduzida em um ambiente internacional, já que tal solução vem vinculada a um caráter regional de aplicação. Mas uma a partir de um direito transnacional pode ser estudada<sup>81</sup>.

A idéia apresenta ainda a necessidade de uma institucionalização. Na posição do autor, não restava dúvida que a OMC apresenta as condições necessárias para receber essa missão<sup>82</sup>, capacidade que também já tinha sido lembrada por ocasião da proposta do DIAC.

Outras discussões sobre a nova proposta de um acordo de direito internacional público referem-se a se ele poderia ser diretamente aplicável, o que tem a ver com a perda de soberania pelos Estados. A sugestão do autor é que ao menos em uma fase inicial as normas de uma ordem internacional devessem ser recebidas pelos direitos

---

<sup>79</sup> *Idem*, p. 594-596.

<sup>80</sup> *Idem*, p. 597.

<sup>81</sup> A delimitação entre direito transnacional e direitos nacional, internacional e supranacional, uma tentativa de conceituação e a sua aplicabilidade vinculada a determinados fenômenos podem ser acompanhadas em CALLIESS, Graf-Peter. *Transnationales Verbrauchervertragsrecht*, p. 244-255.

<sup>82</sup> IMMENGA, U. *Op. cit.*, p. 598-599.

nacionais. Isso permitiria uma aplicabilidade direta, podendo ser executadas por autoridades e tribunais nacionais<sup>83</sup>.

Isso posto, IMMENGA passa a trabalhar a forma que esse acordo deveria ter. Assim, uma maneira pensável seria um acordo com normas de cooperação e colaboração. Outras questões referem-se à suficiência do estabelecimento de princípios fundamentais ou se deveria ser apresentada uma legislação ou mesmo um código, o que é a sua preferência<sup>84</sup>.

A criação de uma tal ordem precisa estabelecer as condições e as possibilidades para a sua execução. Assim, quanto ao conteúdo, colhe o autor várias regras já aplicáveis por outras ordens, especialmente relacionadas à proibição de acordos verticais e horizontais, a acordos de cooperação entre empresas, inclusão de reservas, de exceções, a contratos de licença e domínio de posição de mercado, questão na qual o direito comunitário pode ser tomado como exemplo. Ainda, questiona se um controle de fusões deveria estar contido em uma norma internacional. Nesse sentido, os exemplos norte-americano, alemão e comunitário demonstram que a criação de regras para um tal controle veio, em todos os casos, em um segundo momento. Se nesses casos já foi difícil desde o começo regular tal aspecto, imagina-se o quão seria no plano internacional. Com esse argumento era recusada, em um primeiro momento, a inclusão de regras de controle de fusões em sua proposta de acordo internacional à luz do direito internacional público<sup>85</sup>.

A última das questões de sua proposta se relaciona às regras de execução, às quais está vinculada a eficácia de um tal ordenamento. Tais aspectos envolvem a criação de instituições ou autoridades antitrust internacionais. IMMENGA, então, trata da criação de um grêmio de pessoas ligado à solução dos conflitos (*Antitrust-Panel*). A ele estariam afetos também os casos de descumprimento do acordo, como nos casos de não-transposição das normas materiais pelos Estados signatários<sup>86</sup>.

Entre sugestões finais concretas para a perseguição de uma regra de concorrência internacional, cita o autor a continuação dos esforços de liberação ao comércio, extensão e criação de regras em países que não tenham e a tomada do exemplo da Comunidade Européia no desenvolvimento de um direito concorrencial de aplicação internacional<sup>87</sup>.

O que não fica bem claro em IMMENGA ao formular uma nova sugestão é porque a proposta do DIAC não seria mais válida. Seria o temporário insucesso? Ambas as propostas são ligadas à OMC e de caráter internacional. Também ele não comenta em nenhuma oportunidade que a sua idéia seria um relançamento ou um incremento sobre aquela proposta existente<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> *Idem*, p. 600-601.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 602.

<sup>85</sup> *Idem*, p. 602-606.

<sup>86</sup> *Idem*, p. 606-608.

<sup>87</sup> *Idem*, p. 609.

<sup>88</sup> O fato é um pouco estranho, pois Ulrich Immenga foi um dos seletos 12 especialistas participantes do grupo de trabalho que em 1993 apresentou o *Draft International Antitrust Code*. Mais detalhes sobre o grupo de trabalho e sua composição ver no já referido estudo FIKENTSCHER, W.; HEINEMANN, A. *Op. cit.*, p. 97.

A criação de um direito de concorrência homogêneo a nível mundial como *ultima ratio* também é analisado a partir de fatos recentes por von MEIBOM e GEIGER. Os autores sugerem um direito mundial e, se não, outras alternativas mais viáveis.

De fato, as recentes discussões nesse sentido foram reavivadas com a decisão da Comissão Européia de 2001 de proibir a fusão das multinacionais norte-americanas General Electric e Honeywell, em contrário à decisão da Divisão Antitrust do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América. Para embasar tal decisão, a Comissão valeu-se da teoria dos efeitos. A sua importância é devida ao fato de ter sido a primeira vez que a Comunidade Européia proibiu um acordo já aprovado pelos EUA e na constância de um acordo de colaboração entre os envolvidos. Antes, a Comunidade havia aprovado com condições a operação entre a Boeing e a McDonnell Douglas, em 1997, ante a ameaça americana de uma guerra comercial transatlântica no caso de sua não-aprovação<sup>89</sup>.

Essas situações, segundo os autores, voltariam a acontecer e por tal justificavam o estabelecimento de um direito uniforme da concorrência a nível mundial. São argumentos positivos o fato de que há dez anos somente cinquenta países entre duzentos tinham legislações e atualmente este número já atinge a metade, bem como a pressão por concentrações de empresas advindas com a globalização<sup>90</sup>.

A solução mais fácil e mais radical de von MEIBOM e GEIGER para os emergentes problemas seria a criação de um direito de concorrência mundial. Todavia, esse cenário apresenta duas questões principais. A primeira envolve saber que normas comporiam esse código. Assim, por exemplo, se normas de caráter penal fariam parte, o que atrairia o consentimento dos Estados Unidos da América, bem como se o modelo escolhido seria o europeu ou o americano, este contaminado pela regra da razoabilidade e que só proíbe concentrações com uma diminuição substancial da concorrência (*substantial lessening of competition*), entre outros. A alternativa para fugir desses problemas era resumir-se ao estabelecimento unicamente de padrões mínimos<sup>91</sup>.

Uma segunda questão é a comum a todas as propostas aqui analisadas, qual seja, como se deve organizar a aplicação e execução do direito de concorrência mundial. Nesse âmbito, levantam os autores as hipóteses de confiar a sua aplicação às autoridades de concorrência já existentes e aos tribunais nacionais ou a autoridades e tribunais mundiais supervisores. A primeira solução dispensaria a organização de novas infra-estruturas e seria mais viável que a centralização de competências, mas envolve riscos normais de toda e qualquer aplicação descentralizada, isto é,

---

<sup>89</sup> SOUTY, F. *Op. cit.*, p. 121 e IMMENGA, U. *El Mercado y el Derecho: Estudios de Derecho de la Competencia*, p. 95, para quem o caso é um bom exemplo do conflito que há entre a política industrial e a política da concorrência, estudado na última parte do capítulo que abriu este estudo. von MEIBOM e GEIGER aviltam a idéia de que a recusa agora de aprovação de nova operação tenha sido uma demonstração de emancipação da Comunidade Européia. von MEIBOM, W.; GEIGER, A. *Op. cit.*, p. 35. Para CASTAÑEDA, o trato do caso já estava exigindo algum tipo de coordenação ou ações convergentes a nível global. CASTAÑEDA, Gabriel. *Competition Policy and Economic Integration in NAFTA and MERCOSUR*, p. 498. Assim também CONNOR, J. M. *Op. cit.*, p. 237-238.

<sup>90</sup> von MEIBOM, W.; GEIGER, A. *Op. cit.*, p. 35. Como já visto, este fenômeno também foi correlacionado em JAYME, E. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>91</sup> von MEIBOM, W.; GEIGER, A. *Op. cit.*, p. 36.

diminuição de segurança jurídica, sentenças divergentes e valor não-vinculante extraterritorial de sentenças nacionais<sup>92</sup>. Da discussão observa-se, todavia, que uma descentralização aqui também é pauta de discussão.

A segunda solução seria a criação de um tribunal mundial que, uma vez finalizados os processos judiciais e administrativos nacionais, supervisionaria a aplicação uniforme do direito da concorrência mundial. Essa solução permitiria conceder validade mundial às decisões dos tribunais nacionais, já que existiria uma instância de controle. Ou ainda a criação de uma autoridade de defesa da concorrência mundial centralizada, segundo o exemplo da Direção Geral da Concorrência da Comissão Européia. Ou ainda uma fórmula combinada, isto é, a criação dos dois órgãos e o estabelecimento de uma colaboração entre eles<sup>93</sup>.

Para tanto, von MEIBOM e GEIGER observam que “nem seria necessário criar um ‘supertribunal’ com sua hierarquia jurídica própria. Neste caso, se poderia recorrer sem problemas às experiências acumuladas pela UE com o Tribunal (...)”<sup>94</sup>, através de questões prejudiciais. Mas, como assim? Propõem os autores estender o mecanismo de questões prejudiciais dos Estados-membros da Comunidade a todos os Estados sujeitos a um código mundial? Ou por experiências acumuladas dever-se-ia entender a jurisprudência? Neste caso, usar-se-ia a jurisprudência do Tribunal para casos que não envolvem a Comunidade? Se sim, seria possível também usar essa jurisprudência para os casos puramente nacionais? Essas perguntas já foram feitas e respondidas negativamente quando se viu as hipóteses de europeização em função do efeito desalojador fático do artigo 3º. do Regulamento n. 1/2003.

Uma terceira seria a busca por um consenso. Como argumento, juntam os autores o exemplo supranacional da Comunidade Européia. Mas não desconhecem as dificuldades que esta teve na aprovação das recentes reformas da concorrência, bem como as divergências vistas nas reuniões da OMC, o que os fazem concluir que parecia improvável que vários países ofereçam uma cessão de soberania necessária para a concretização do ambicioso projeto de um código de âmbito internacional<sup>95</sup>.

Isso posto, descrentes de soluções nesse sentido, von MEIBOM e GEIGER propõem uma série de outras alternativas. A primeira seria novamente acordos bilaterais, tendo como exemplo o já referido entre os Estados Unidos da América e a União Européia, de 1991, os acordos desta com os então Estados candidatos ao ingresso na Comunidade<sup>96</sup>, com o Canadá e a cooperação com a América do Sul,

---

<sup>92</sup> O contrário, isto é, o reconhecimento de decisões nacionais como válidas a nível mundial, também não parecia ser a solução, pois ensejaria o fenômeno do *forum shopping*. *Idem*, p. 37.

<sup>93</sup> *Idem*, p. 38.

<sup>94</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>95</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>96</sup> Esta experiência pode ser conhecida em GARCÍA PALENCIA, Rafael. Reglas de competencia en la practica: la Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo. *In*: CORREA, Carlos María (Dir.). *Derecho de la competencia*, p. 84-91; em MARCOS, Francisco. *El Derecho de defensa de la competencia en los nuevos Estados miembros de la Unión Europea*, p. 82-90; em NICOLAIDES, Phedon; MATHIS, James. Normas de competencia de la Comunidad Europea para economias en transición. *In*: CORREA, Carlos María (Dir.). *Derecho de la competencia*, p. 109-125 e em PERIC, Martina. *Privatization and Competition Policy in Eastern Europe*, p. 175-198.

entre outros<sup>97</sup>. A segunda alternativa seria acordos multilaterais a um nível inferior a um direito da concorrência mundial. Uma via seria a introdução de um direito processual internacional que teria como objetivo o estabelecimento de processos que tornasse possível a aplicação e a execução de direito nacional. Outra via seria uma harmonização que se limitasse a definir determinados padrões jurídico-materiais mínimos, ou um ponto de convergência mínimo, como tentou o DIAC. Na visão dos autores, tal modelo teria como desvantagem eliminar a denominada concorrência entre sistemas, concorrência que é tida como salutar à melhoria do mesmo<sup>98</sup>. Uma terceira via para a busca de um consenso mundial seria a criação de fóruns e organizações de defesa da concorrência para a troca de idéias e experiências, como por exemplo os grupos de trabalho da OMC, criados em 1996 e 2001, durante as conferências de ministros em Singapura e Doha<sup>99</sup>, o OECD Global Forum on Competition, criado em 2001, em Paris<sup>100</sup>, e ainda o International Competition Network, de 25 de outubro de 2001<sup>101</sup>, e o Merger Review Working Group, dirigido pelo Deputy Attorney General da Antitrust Division do Departamento de Justiça dos EUA<sup>102</sup>.

A enumeração dessas propostas alternativas leva em conta a imprescindibilidade de avanços em matéria de um código internacional mesmo que os autores citados não vejam essa proposta como viável em um futuro próximo, nem realizável de uma só vez. Por isso, as alternativas na busca de um consenso e de uma cooperação mais efetiva.

#### **2.4.d) Regulamentações regionais como alternativa**

Uma outra proposta interessante na questão do surgimento de regras de maior âmbito de aplicação que as regionais é a de BASEDOW, dita em Haia, sobre projetos por blocos regionais. Ao sucesso de um tal modelo contribuem as cooperações já existentes entre os Estados Unidos da América e a Comunidade Européia. Essas cooperações reconhecem que há uma relação concorrencial possível entre ordens concorrenciais de blocos econômicos, mesmo regionais, e não apenas de Estados. Evidentemente que para tanto os referidos blocos devem possuir sistemas, e em

---

<sup>97</sup> Segundo von MEIBOM e GEIGER, nestes acordos o mais importante seria fixar detalhadamente as competências de cada autoridade. As vantagens desta definição ver-se-iam na ampliação dos poderes de investigação e na melhora das possibilidades de execução das normas, bem como redução de custos que as notificações multi-jurisdicionais ocasionam. Todavia, estes acordos não são garantias de êxito quanto à inexistência de decisões não-divergentes, haja vista o Caso General Electric e Honeywell. von MEIBOM, W.; GEIGER, A. *Op. cit.*, p. 40-41. Acordos de cooperação também são sugeridos em CONNOR, J. M. *Op. cit.*, p. 239-240.

<sup>98</sup> von MEIBOM, W.; GEIGER, A. *Op. cit.*, p. 41-42.

<sup>99</sup> Ver os trabalhos destas em SANTOS, M. C. de A. *Op. cit.*, p. 477; em ANDRADE, M. C. *Op. cit.*, p. 50-57 e em OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 408-410.

<sup>100</sup> Ver o discurso do membro da Comissão Européia Mario Monti de abertura do evento em MONTI, M. *1st OECD Global Forum on Competition*, p. 142-144.

<sup>101</sup> ROEBLING, Georg; RYAN, Stephen A.; SJÖBLOM, Dan. *The International Competition Network (ICN) two years on: concrete results of a virtual network*, p. 117-121 e OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 414-418. A aceitação de recomendações desta iniciativa, com desvios, como quer o autor, no direito argentino foram comentadas em den TOOM, Marcelo A. *The application of ICN's recommended practices for merger notification procedures in Argentina: what should be changed to achieve full consistency?*, p. 3-10.

<sup>102</sup> von MEIBOM, W.; GEIGER, A. *Op. cit.*, p. 42-44.

funcionamento. Visto assim, a atrativa possibilidade de cooperação com outros sistemas é mais um motivo para o surgimento de uma ordem eficaz no Mercosul.

Em função da sua sugestão, BASEDOW renova suas manifestações sobre a uniformização do direito internacional da concorrência. As suas primeiras reflexões dizem respeito aos dilemas desse direito. As profundas diferenças, o egoísmo político-econômico, os objetivos nacionais opostos, anteriormente citados, tornariam difícil, de caminho longo e incerto, se não impossível, “chegar a um regulamento satisfatório dos conflitos transfronteiriços com os meios do direito”<sup>103</sup>. O segundo dilema é que os mercados são privados de limites e a soberania dos Estados é limitada ao território nacional. Um terceiro dilema refere-se ao caráter problemático da relação entre os interesses privados e públicos. No direito da concorrência o interesse público se sobressai<sup>104</sup>.

Perante todas essas discordâncias é que BASEDOW propõe a unificação dos direitos dos cartéis a um nível supranacional em ambientes regionais. As tentativas dos anos 50 deixaram claro que uma proposta mundial era e continua sendo difícil de ser concretizada. Por isso, os esforços tomaram outros caminhos, como o que a Comunidade Européia perseguiu em 1957, qual seja um trato a nível regional. É de se ver, então, a Comunidade como sede científica não só a futuros acordos internacionais, mas também como modelo a acordos regionais.

Atualmente, para a sua proposta, o autor considera quatro elementos: o sucesso da aplicação regional de um tal direito na Comunidade Européia, o desenvolvimento e aplicação das regras de extraterritorialidade dos direitos dos cartéis, a intensificação e a formalização da cooperação entre as autoridades de concorrência com o objetivo de evitar os conflitos de jurisdição e a disposição de aplicação do direito de concorrência estrangeiro<sup>105</sup>. Ainda, sobretudo, essencial mesmo é o progresso na unificação supranacional do direito dos cartéis no quadro dos maiores mercados regionais.

Assim, uma “unificação regional do direito de cartéis (...) melhoraria (...) consideravelmente as chances que tem este direito de ser posto em vigor. A cooperação das autoridades de concorrência aumenta igualmente a propensão dos tribunais a aplicar o direito estrangeiro dos cartéis e melhora a compreensão dos interesses político-econômicos dos outros Estados”<sup>106</sup>. Essas medidas, reforçadas pelo surgimento de leis contra as restrições da concorrência em vários países, especialmente nas antigas economias socialistas, fariam progredir a solução de conflitos jurídicos do direito internacional dos cartéis e conduziriam um dia à substituição dos diversos procedimentos nacionais e regionais por um só procedimento mundial. Enfim, a primeira etapa seria o trato regional.

Para BASEDOW, ainda que outros processos de integração, como o Mercosul, não contenham ou tenham poucas regras contra as restrições da concorrência, “não se pode duvidar que a liberação do comércio no hemisfério ocidental contribuiu à

---

<sup>103</sup> BASEDOW, J. *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, p. 164.

<sup>104</sup> *Idem*, p. 164-166.

<sup>105</sup> *Idem*, p. 171-173.

<sup>106</sup> *Idem*, p. 172.

intensificação da concorrência regional (...) e a favorecer uma nova orientação da política das empresas e dos Estados envolvidos”<sup>107</sup>. Dessa manifestação é de se interpretar que seria o caso, então, de o Mercosul continuar e incrementar os seus esforços na busca da efetivação de sua legislação integracionista? Sim, a leitura de BASEDOW é claramente nesse sentido. Neste estudo, propriamente, sugere-se especificamente uma legislação concorrencial como instrumento do atingimento mais rápido da fase de mercado comum. O incentivo para a efetivação de uma tal legislação é fornecido pela visão da liberdade de concorrência como uma quinta liberdade econômica fundamental. Além de todos os benefícios ao longo deste trabalho já citados, mais um da existência de uma legislação concorrencial em vigor no Mercosul seria a possibilidade de este bloco econômico participar desse controle que atualmente está a ocorrer já em nível de blocos econômicos, tendo iniciado com as negociações em conjunto dos países da Comunidade com os Estados Unidos da América, atualmente em evolução.

Como visto, as alternativas para o atingimento de uma ordem internacional são as mais variadas. Acordos bilaterais de cooperação são alternativas válidas. Mas para tanto há pressupostos. A idéia de fortalecimento dos direitos regionais e sub-regionais é por si só mais convincente. Posteriormente, existentes e em vigor esses direitos, é possível serem vislumbrados acordos bilaterais entre blocos econômicos e assim ser atingido um patamar de proteção mundial em um segundo momento.

Para a formulação de direitos regionais, uma proposta para o Mercosul à luz do acordo multilateral, com base no direito internacional público, é alternativa sempre lembrada. Se assim uma proposta foi sugerida a nível internacional, também poderia vir a ser válida uma a um bloco regional. Mas entende-se que tal se trata de uma redundância perante a existência do Protocolo de Defesa da Concorrência, que necessita apenas ser ratificado.

Na verdade, as alternativas são três. A primeira é a do surgimento de um código mundial. Observou-se que essa perspectiva não seria facilmente atingível. Mesmo assim, insistindo na idéia, é possível sugerir que o Mercosul não deve fazer nada e esperar pelo dia em que uma ordem única, internacional, surja. Mas e uma ordem única, internacional, é desejada? É uma solução? Ou mais vale concordar com BASEDOW e conscientizar o Mercosul para criar uma ordem regional concorrencial para poder se relacionar em bloco com outras ordens?

A segunda, mais concreta, seria justamente a do surgimento de direitos da concorrência em instâncias regionais. Ao contrário do insucesso de um código de caráter mundial<sup>108</sup>, a aplicação das regras da concorrência comunitária foi alargada territorialmente. Os países do EFTA foram introduzidos no sistema comunitário pelo Acordo relativo ao Espaço Econômico Europeu. Tratados de associação já haviam sido firmados com todos os Estados candidatos, mesmo antes da entrada destes na União Européia. Com isso, as regras comunitárias ganharam peso e importância no

---

<sup>107</sup> *Idem*, p. 174.

<sup>108</sup> Debitado ao fato das grandes nações exportadoras não estarem interessadas em uma eventual regulação internacional da matéria, uma vez que têm suas estruturas de exportação baseadas em cartéis e conhecem as deficiências do sistema da extraterritorialidade das normas, que neste caso são usadas a seu favor. CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, p. 34.

panorama internacional. A concretização de direitos de concorrência em espaços geográficos limitados é, pois, uma alternativa.

Essa alternativa teria como decorrência natural a assinatura de acordos entre esses blocos e uma interação deles em um segundo momento. Esta interação, uma vez plena, teria como resultado a disposição de um direito de caráter universal. No Mercosul, esta ainda poderia trazer como resultado um mais rápido alcance da fase de mercado comum, como aqui tem sido defendido. A possibilidade de um acordo dessa característica com outros blocos econômicos seria um elemento de atração para o Mercosul dispor logo de uma ordem efetiva, em vigor.

A terceira alternativa seria os direitos regionais importarem, isto é, tomarem parcialmente idéias sugeridas para as legislações internacionais, como de fato propõe a doutrina na questão do novo processo fixado na proposta de Código Internacional Antitrust, segundo o princípio da iniciativa processual internacional, ao Mercosul<sup>109</sup>, assunto ao qual se voltará.

---

<sup>109</sup> BISCHOFF-EVERDING, Peter. *Wettbewerbsrecht im MERCOSUR*, p. 289-291.



## 2.5) CONCLUSÃO PARCIAL

A conclusão do desenvolvido neste capítulo é a seguinte:

Foram apresentadas as reformas no direito comunitário da concorrência. A maior foi a vinda com o Regulamento n. 1/2003, relativa às regras processuais aplicáveis às empresas. Também foram estudadas as vindas com o Regulamento n. 139/2004, dedicado à unificação das regras do controle das concentrações de empresas, e as ocorridas nas regras materiais e processuais aplicáveis aos Estados-membros. Elas trouxeram aplicabilidade direta a mais regras e um maior comprometimento das instâncias nacionais, já que fundadas em princípios de descentralização. Representaram o reflexo do acompanhamento da evolução da aplicação das regras das liberdades fundamentais, que paulatinamente vinham sofrendo uma maior aplicabilidade, pelo direito da concorrência, o que reforçou a idéia de aproximação dos sistemas e o entendimento da liberdade de concorrência como uma liberdade fundamental. A descentralização vista foi entendida como legitimadora do sistema proposto pelo Mercosul, já que suas opções não se distanciam muito das soluções encontradas pela Comunidade, realizadas a título de modernização das regras. Na primeira parte, foi visto que a reforma nas regras processuais aplicáveis às empresas promoveu uma completa troca de sistemas, no caso o de reserva de autorização pelo de isenção legal. O Regulamento n. 17/62 havia sido o primeiro regulamento de execução. Ele estabeleceu um sistema de notificação centralizado e a exclusiva competência da Comissão para a declaração de inaplicabilidade do artigo 81, n. 1 TCE, em função do n. 3 do mesmo artigo. Para tanto, a Comissão dispunha de decisões para casos singulares, quando o comportamento era incompatível, mas tinha aspectos positivos e preenchia as condições legais do n. 3 do artigo 81 TCE, de regulamentos de isenção por categorias, de certificados negativos, quando o acordo não apresentasse infração e fosse compatível com o Tratado, e de *comfort letters*, que embora não apresentassem segurança jurídica, eram usadas em 90 por cento dos casos, de forma indiscriminada. Com o tempo, esse sistema começou a apresentar limitações. As *comfort letters* eram caracterizadas por uma precariedade jurídica, o sistema limitava a Comissão no seu desejo de se concentrar nos processos importantes e o monopólio detido afastava as instâncias nacionais de uma melhor e mais participativa colaboração na aplicação do direito. Posteriormente, a Comissão criou alternativas para contornar os problemas. As isenções por categorias já eram entendidas como alternativas para a diminuição do encargo de trabalho da Comissão, devido à avalanche de notificações que o sistema ensejava. Todavia, nem esses, nem as regras para as restrições verticais e horizontais surgidas foram suficientes para resolver a questão. O debate sobre reforma necessitou ser estimulado. As modificações aconteceram em 1º. de maio de 2004, paralelamente à entrada dos dez novos Estados-membros na Comunidade, data em que o novo Regulamento n. 1/2003 sobre a execução dos artigos 81 e 82 TCE entrou em vigor.

Numerosos motivos foram apontados como ensejadores da reforma. Como exemplos, o aumento de comunicações de acordos que a chegada do mercado interno promoveu, a indisponibilidade de recursos materiais e pessoais necessários para a garantia do sistema, a impossibilidade de concentrar-se nos casos mais difíceis, o fato de o Regulamento n. 17/62 ser antigo e nunca ter sido reformado, a pequena participação das autoridades e tribunais nacionais, o fato das medidas que haviam sido

tomadas terem atacado parcialmente os problemas e o de a Comissão não mais conseguir solucionar os pedidos com decisões e nem mesmo avaliar os casos dentro dos prazos previstos. Contudo, o sistema de autorização teve a sua validade. Ele oportunizou a criação de um corpo coerente de decisões que permitiu o desenvolvimento da cultura da concorrência na Comunidade. As opções para a reforma envolviam intervenções mais fortes dos tribunais nacionais, execução do artigo 81, n. 1, através dos Estados-membros, isenções segundo o artigo 81, n. 3, a cargo também dos Estados-membros e a criação de uma autoridade europeia para os casos de execução das regras da concorrência. Dois modelos receberam as atenções, quais sejam a eliminação do monopólio da Comissão na concessão de isenções e autorização também das autoridades dos Estados-membros a emitir decisões de isenção de caráter constitutivo e a aplicabilidade direta do artigo 81, n. 3, pelos tribunais e autoridades nacionais, este fundado num sistema de isenções legais, o que não permitia a eles tomarem decisões de isenção. Ele, expresso no Livro Branco da Comissão para a modernização das disposições de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE, envolveria a troca do regulamento que vigia e a do sistema por ele regulado. Uma efetiva proposta da Comissão para um novo regulamento surgiu em 2000 e passou a concentrar as atenções da doutrina. Posicionamentos contrários argumentaram que o sistema proposto traria insegurança jurídica para as empresas, em razão da exclusão de todos os seus direitos de requerimento, aplicação não-homogênea das regras da concorrência, promoveria a retirada da presunção de nulidade dos acordos, enfraquecimento da Comissão, favorecimento de protecionismos nacionais, perigo de falta de coerência com a aplicação descentralizada, que as instâncias nacionais eram despreparadas para o trato com casos complexos e que os novos países teriam dificuldades para se adaptarem a um sistema descentralizado e de isenções legais. Ademais, a reforma seria incompatível com o Tratado e não ensejava eficácia na proteção da concorrência. Os posicionamento favoráveis contra-argumentaram que o Regulamento n. 17/62 era antigo, que era possível um novo sistema ser fundado no direito secundário, que ele traria um reforço ao então nível de proteção da concorrência, que a segurança jurídica das empresas seria sustentada na prática decisória das instâncias na aplicação das regras, que a Comissão tinha o propósito de diminuir o risco de divergências com uma série de instrumentos, que a proposta continha princípios e mecanismos para a solução de conflitos, como uma intensa troca de informações entre os envolvidos, e que a Comissão tinha a disposição de intervir como *amicus curiae* nos processos. As vantagens seriam vistas na liberação das empresas das custosas e burocráticas exigências de notificações e comunicações e da demora e incerteza dos processos. Sobretudo, o novo sistema permitiria à Comissão concentrar-se nos casos problemáticos, uma participação das instâncias nacionais nos processos e o estabelecimento de uma rede de colaboração.

A reforma ocorreu em 1º de maio de 2004. Os princípios e pilares do atual sistema são descentralização, aplicabilidade direta, cooperação, maior poder de investigação da Comissão, concentração da atuação em violações relevantes, aumento da participação das instâncias nacionais, supressão do sistema de notificação e autorização, transferência às empresas da tarefa de averiguar se no comportamento pretendido não incidem as proibições do artigo 81, n. 1, ou se o acordo apresenta os requisitos do artigo 81, n. 3 TCE, e deslocamento dos direitos nacionais. Com efeito, o mais interessante para este estudo foi o princípio desalojador fático. Ele é previsto no artigo 3º do Regulamento n. 1/2003 e provocou uma radical modificação da relação entre direitos nacionais e comunitário da concorrência. Segundo ele, nos casos

onde um acordo seja próprio para afetar o comércio entre os Estados-membros, o direito comunitário da concorrência encontra exclusiva aplicação e exclui o direito nacional. Em síntese, trata-se do abandono da aplicação paralela do direito nacional quando o caso for afeto à regra comunitária ou, dito de outra forma, da aplicação exclusiva do direito comunitário da concorrência em casos de afetação do comércio entre os Estados-membros.

As contribuições trazidas com a reforma foram a do princípio desalojador fático na europeização dos direitos da concorrência, a da extensão da aplicabilidade direta a mais normas do direito da concorrência no alinhamento das regras deste com as das liberdades fundamentais, a da maior participação e engajamento das instâncias nacionais na manutenção do mercado interno e a da descentralização ocorrida na Comunidade ao sistema escolhido pelo Mercosul, que se viu, assim, avalizado e referendado. O princípio referido determinou um incremento no chamado processo de europeização dos direitos, especialmente do da concorrência. A aplicação paralela de ordens distintas encontra cada vez menos espaço. Os exemplos de Alemanha e Itália se mostraram elucidativos para uma exemplificação do acirramento do processo de europeização, agravado com o novo Regulamento, ao ponto de a doutrina ter afirmado que não via bem qual parte do direito da concorrência alemão poderia ser defendida contra uma europeização e que nem seria mais necessário manter um direito material próprio. A legislação comunitária influenciou as nacionais, a criação de direitos e atualmente influencia as que pensam em reformas. Muitos Estados reformaram os seus direitos inspirados no direito comunitário. No caso do Mercosul, acontecimentos como esse geram reflexões relacionadas à superação da ausência de um direito da concorrência no Paraguai e ao desenvolvimento dele no Uruguai. Do estudo do processo comunitário concluiu-se que europeização vem sendo a aplicação às partes nacionais dos casos de um direito material igual ao comunitário. A diferença com o que ocorria antes do surgimento do Regulamento é que esta prescrição não estava positivada e a aplicação de certos dispositivos do Tratado não estava confiada às autoridades e tribunais nacionais. A transferência de competências aos Estados-membros, a perda de competências exclusivas pela Comissão, o fato de que mais normas da tutela da liberdade de concorrência terão efeito direto, como averiguado neste estudo com a extensão da aplicabilidade direta advinda com a reforma, significou para elas uma igualdade com as das liberdades na questão de poderem ser aplicadas pelos Estados-membros e invocadas por particulares. Esse resultado é o que, entre os advindos com a reforma, mais contribuiu para a visão de que a liberdade de concorrência pode ser vista como a quinta liberdade econômica fundamental. O fato das autoridades nacionais agora deverem decidir sobre o que lhes é apresentado gera sua participação e engajamento nos objetivos do processo de integração, que tem como resultado um mais eficaz funcionamento e manutenção do mercado interno. Por fim, a mais sensível contribuição das reformas ao caso do Mercosul é a legitimação que o sistema descentralizado de aplicação das normas da concorrência está dando à sua opção de afetar as autoridades nacionais com a execução das regras do Protocolo de Defesa da Concorrência, o que não se distancia muito das soluções encontradas pela Comunidade, caracterizadas como modernização das regras.

A segunda parte dedicou-se ao estudo do controle das concentrações de empresas, efetuado pelo Regulamento n. 139/2004, que consolidou as reformas ocorridas nesse âmbito, já que atualizou, unificou, reformulou e substituiu os regulamentos n. 4064/89/CEE e n. 1310/97/CE. A realização do mercado interno, a

entrada em circulação do euro e o alargamento previsto para 2004 continuavam a conduzir as empresas a reestruturações. Impunha-se um instrumento único que permitisse um controle eficaz às concentrações. A regra editada garante uma clareza na aplicação das normas. O fenômeno concentracionista foi visto como um ímpeto incontrolável e natural das empresas. A concentração provoca a redução do número dos operadores no mercado. Estes se dizem forçados a realizar ajustes, com vistas a uma melhor sobrevivência e enfrentamento dos novos tempos competitivos, o que havia ocasionado até disputas entre blocos econômicos. Perante os efeitos do fenômeno, o legislador sentiu a necessidade de emitir regras para o seu controle.

O Tratado de Roma, de fato, não tem previsão legal para tal controle. Inicialmente foram aplicados os artigos 81 e 82 TCE em caráter subsidiário. O sistema, com o tempo, mostrou-se imperfeito e, em 1989, surgiu um regulamento contendo normas para a atuação dos órgãos da Comunidade diante das operações de concentrações de empresas. Tal regulamentação foi, por assim dizer, imposta com a chegada do objetivo de mercado interno e com o impulso dado a ele pelo Ato Único Europeu, o que levou as empresas a prepararem-se para esse mercado. Já a Comunidade esperava do regulamento uma contribuição ao atingimento e manutenção do novo objetivo. O apoio que também esta norma deu ao processo de integração foi sensível. O Regulamento então surgido, de n. 4064/89, restou alterado em 1997 e hoje se encontra revogado. O novo regulamento de 2004 não promoveu alterações de sistema concorrencial, mas unificou as normas envolvendo questões de domínio de aplicação das regras, procedimentos de notificação, abertura dos procedimentos, apreciação das operações e poderes da Comissão e dos Estados-membros.

Com efeito, o artigo 1º. do Regulamento 139/2004 determina que ele é aplicável a todas as concentrações de dimensão comunitária. A previsão de um limiar quantitativo eliminou o problema da aplicação paralela, pois o atingimento dele promove a divisão de competências. Os valores aplicados desde 1989 não foram alterados com a reforma. O que ocorreu foi a criação de um segundo critério para abranger mais concentrações. De fato, o Regulamento n. 1310/97 atribuiu uma dimensão comunitária a concentrações que não superavam os patamares de faturamento previstos no Regulamento n. 4064/89 e mantidos agora. A previsão da cláusula alemã, que permite a transferência de processos da Comissão para uma autoridade nacional, foi apontada no estudo como uma relativização da sua competência exclusiva. Assim, já em 1989 era vislumbrada uma descentralização, oriunda da pressão que Estados que possuíam legislação própria fizeram, para permitir, em determinados casos, a aplicação do seu direito. Em regra, sempre que uma concentração tenha dimensão comunitária, o direito dos Estados-membros não encontra aplicação. O que foi deduzido disso é que o efeito desalojador, agora impulsionado na reforma das regras processuais aplicáveis às empresas, já vinha sendo observado na aplicação do Regulamento n. 4064/89. O deslocamento do direito nacional, em sua sede, era até mesmo expresso, e assim foi mantido. A cláusula holandesa foi outra vista como uma quebra do princípio da barreira única. O atual procedimento de controle preventivo da operação de concentração prima pela colaboração com as autoridades dos Estados-membros.

Reformas mesmo foram realizadas pelo Regulamento n. 1310/97. A doutrina não afastava uma convergência de nível mundial do controle das concentrações. As propostas para o âmbito comunitário envolveram sempre a diminuição dos patamares

do critério de dimensão comunitária. Nesse sentido, surgiu uma em 1993 e um Livro Verde e um Branco em 1996. A regra surgida em 1997 não alterou os montantes exigidos, mas determinou outros eventos que caracterizam uma operação de concentração como de dimensão comunitária, o que alargou a esfera de abrangência do controle. Ainda em termos de reformas, em 2000 a Comissão implantou um processo simplificado de exame para determinadas categorias de concentrações. Por fim, o Livro Verde de 2001 retratou as preocupações com a entrada em circulação do euro e o alargamento para o Leste e estimulou o debate. Desde 1º de maio de 2004 a Comunidade Européia dispõe do Regulamento n. 139/2004, que revogou os dois anteriores e é o único a ser aplicado ao controle das concentrações de empresas. Conforme antecipado, teve como principal objetivo promover uma unificação das regras, além de alterações processuais, ainda que não tenham sido realizadas alterações nos patamares para a caracterização da dimensão comunitária. Contudo, segundo o artigo 1º, ns. 4 e 5, a Comissão deve apresentar um relatório ao Conselho sobre a aplicação dos limiares até julho de 2009 e, em função do afirmado neste documento, poderá rever os critérios do n. 3 do mesmo artigo. Ainda que em outro rumo do que as ocorridas com o Regulamento n. 1/2003, o ganho com essas reformas foi de endurecimento do controle e alargamento do seu espectro de aplicação. Isso teve como consequência benefícios à manutenção e funcionamento do mercado interno. Mesmo que essas reformas não tenham resultado em processos caracterizados por descentralização, como a vista anteriormente, o estudo não deixou de propor uma aplicabilidade direta às normas e uma ruptura do controle exclusivo da Comissão também para os casos de concentrações de empresas de dimensão comunitária.

A terceira parte dedicou-se às regras materiais e processuais aplicáveis aos Estados-membros. A primeira questão analisada foi o nexos funcional e teleológico existente entre a concessão ilegal de ajudas públicas e a concentração do mercado comum. Tal concessão pode deturpar a liberdade de concorrência e impedir um processo de integração de atingir o seu objetivo final. Depois, o estudo se concentrou nas normas materiais e processuais. Por fim, foram trazidas as últimas reformas, que descentralizaram a aplicação das normas referentes às ajudas públicas. Mesmo neste âmbito, de efeitos potencialmente mais nefastos, a Comunidade deu passos na dispensa de suas competências exclusivas. Como vem sendo afirmado, esta descentralização é uma característica do Mercosul, que vê, assim, o seu sistema referendado, além de, na Comunidade, contribuir para caracterizar a aproximação das regras das liberdades fundamentais às da concorrência. Com efeito, a concessão de ajudas promove na concorrência e na consecução do mercado comum efeitos nefastos, motivo pelo qual foi proibida no ordenamento comunitário, já no direito primário. Ela e o controle das ajudas se tornaram mais importantes com a entrada em vigor do mercado comum. Na exata medida em que as barreiras nacionais eram removidas, com as quais podiam contar, os Estados criavam barreiras indiretas de proteção artificial e concediam ajudas às suas empresas e parques industriais. Elas foram utilizadas pelos Estados-membros como instrumento e último recurso para a manutenção dos mercados nacionais. Ambas as práticas e a própria participação dos Estados no capital das empresas necessitaram ter seu controle reforçado. Ele não seria completo se a relação financeira entre os Estados e as suas empresas não tivesse sido incluída. Esses procedimentos, considerados pela doutrina de nexos funcional e teleológico, se apresentaram como antagônicos. Em terem se mantido, o efeito econômico teria sido de represália às empresas de maior eficiência e de perda de competitividade e de vantagens da unificação dos mercados, ademais de desperdícios

de recursos estatais. Porém, não foi o interesse negligenciar a contribuição do regime de ajudas para o alcance do mercado, por sua capacidade reguladora. Ele permitiu o estabelecimento de iguais condições de concorrência. Visando isto é que o sistema não promoveu uma proibição total, mas um controle, pois, além de admitidos, alguns auxílios trazem vantagens para a economia como um todo, especialmente se vinculados a objetivos legítimos de crescimento econômico. Nesse sentido está a disciplina do artigo 87 TCE, que prevê categorias de ajudas compatíveis com o mercado comum e outras que podem ser assim consideradas.

Segundo o artigo 87, n. 1 TCE, salvo disposição em contrário do Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções. Esta é a proibição geral. Dentre as expressões, a que mais recebeu atenção foi a da afetação das trocas comerciais. Por ela foi estabelecida mais uma relação entre a liberdade de concorrência e liberdades fundamentais, em função da existência de regras *de minimis* em ambos os sistemas e da consideração de ajudas como medidas de efeito equivalente previstas no artigo 28 TCE e vice-versa. A extensão da aplicabilidade direta a toda a amplitude do artigo 81 TCE, bem como o incremento do processo de descentralização no âmbito das ajudas públicas, representaram uma aproximação entre os sistemas. O estudo da regra da afetação serviu ainda para indicar uma relação entre eles em função da aplicação da cláusula da interestatalidade, isto é, do elemento transfronteiriço, nas questões envolvendo as ajudas públicas, também. Em segundo lugar, recebeu atenção a ampliação do conceito de auxílio público, com a subsunção sob ele das participações públicas no capital das empresas públicas, e o estabelecimento do critério do investidor privado pelo Tribunal. Esse é aplicado para averiguar quando o Estado financia uma empresa pública ou privada como acionista ou investidor normal. Na sequência, o artigo 87, n. 2 TCE apresenta as primeiras derrogações da proibição por exceções legais. Ainda tratando de aspectos materiais, o artigo 87, n. 3 TCE apresenta as cláusulas excepcionais submetidas a julgamento discricionário. Há três domínios de auxílios públicos que podem ser sujeitos a um juízo de compatibilidade com o Tratado, quais sejam os auxílios de natureza regional, auxílios de natureza setorial e auxílios de caráter geral. Nestes temas, novas diretrizes da Comunidade, promotoras de uma reforma parcial, reduziram o número de regiões e diminuíram os patamares máximos admissíveis das ajudas e alteraram as regras que valiam desde 1994 sobre os auxílios públicos para salvamento e reestruturação de empresas em dificuldades. Novas reformas são esperadas para breve. As últimas possibilidades de exceções são vistas no artigo 89, n. 1, quanto à utilização de regulamentos de isenções em grupo para as liberações das proibições nos casos de ajudas públicas. Na condição de regulamentos, essas isenções possuem aplicabilidade direta. A vantagem observada é que os processos sofrem uma facilitação e aceleração por ocasião da averiguação por parte da sobrecarregada Comissão, o que em muito se relaciona com os desejos consagrados na reforma das regras de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE.

As regras processuais aplicáveis às ajudas públicas encontram-se no artigo 88 TCE. Um detalhamento delas veio com o Regulamento n. 659/99 do Conselho. Este documento determinou um preciso caminho a ser seguido, o que tornou a fiscalização mais transparente e forneceu uma melhor segurança, eficiência e clareza no trato da

concessão de ajudas públicas. Até então a aplicação das regras processuais somente era entendida a partir da prática da Comissão e das decisões do Tribunal. Uma pequena parte das normas processuais detinha aplicabilidade direta. Na questão, já era observada uma participação dos tribunais nacionais e o aumento dos recursos de terceiros prejudicados. A possibilidade de uma regra poder ser invocada nos tribunais nacionais já representava uma quebra da linha divisória interna que possuíam os artigos do sistema de garantia da concorrência. Vale recordar que a participação mais efetiva das instâncias nacionais também era um dos objetivos da reforma das regras processuais aplicáveis às empresas. Novas previsões de descentralização vieram com as reformas de 1998. Ainda em âmbitos processuais, assumiu relevância o estudo do ressarcimento de ajudas proibidas concedidas. O Regulamento n. 659/99 dedicou-se pontualmente ao trato da matéria. As regras sobre o ressarcimento e a questão da execução da sentença formam o ponto central do capítulo sobre as ajudas ilegais. A execução da decisão de ressarcimento, que é responsabilidade das autoridades nacionais, segue os direitos nacionais.

De fato, também as regras das ajudas públicas sofreram a sua reforma. O Regulamento n. 994/98 deu claros poderes à Comissão para excetuar através de regulamentos de isenção por categorias determinadas categorias de auxílios públicos horizontais. Tal descentralização aproximou a prática da Comunidade da almejada pelo Mercosul. Depois, surgiu o Regulamento n. 659/99 sobre regras de procedimento, que disciplinou os diferentes processos do controle de auxílios e promoveu em uma matéria sempre considerada obscura uma melhor transparência e segurança. Ambos serviram para modernizar e fornecer uma nova orientação ao direito de concessão de ajudas públicas. O principal significado do último, por exemplo, está no valor de uma codificação de regras processuais, antes só tidas em comunicações e sentenças, e na segurança jurídica atingida. Em 2001, a Comissão emitiu três regulamentos, à imagem e semelhança dos relacionados com o artigo 81, n. 3 TCE. A partir de então, sempre que os requisitos de isenção forem cumpridos, as ajudas podem ser concedidas sem a autorização da Comissão. Eles trataram dos temas de auxílios às pequenas e médias empresas, especialização, bem como da codificação da regra *de minimis* para as ajudas públicas. A novidade é que eles definem os critérios de autorização para a concessão de auxílios, isto é, regulam a dispensa do até então centralizador e abrangente controle da Comissão. A descentralização da aplicação das normas é, também no caso das ajudas, o principal incremento trazido pelas reformas. Os argumentos levados em conta para essas reformas não diferem dos vistos para a das regras processuais aplicáveis às empresas. Como observado, apenas não são tão recentes. Porém, isso não as impediu de terem sido referidas como modernizadoras. As suas principais contribuições foram o reforço no alinhamento das regras da liberdade de concorrência com as das liberdades fundamentais em função da extensão da aplicabilidade direta neste importante campo do direito da concorrência, que aqui foi visto também em função da relação entre ajuda e liberdades fundamentais pela presença de regra *de minimis* e pelo fato de a concessão de auxílios representar medidas de efeito equivalente, e vice-versa, o incremento da participação das instâncias nacionais e o entendimento de que essa descentralização pode ser tida como avalizadora do sistema do Mercosul. Vale recordar que, na Comunidade, essa opção não partia de uma base segura de que os tribunais nacionais seriam capazes de aplicar as normas e mesmo assim foi levada a cabo.

A quarta parte dedicou-se às propostas e esforços para um direito da concorrência mundial e à contribuição de cientistas europeus para tanto. O direito da concorrência conheceu a aplicação extraterritorial de suas normas, o que foi uma construção norte-americana. Esta foi a alternativa encontrada para o enfrentamento da lacuna legislativa causada pela inexistência de uma regulamentação internacional. Posteriormente, veio também o direito comunitário da concorrência a determinar a submissão às suas normas de empresas situadas no exterior, cujas práticas tivessem efeitos internamente. O principal limite do sistema reside na impossibilidade de execução no exterior da proibição imputada. Assim, pouco a pouco, esta modalidade de aplicação das regras se mostrou inadequada, motivo pelo qual passou a ser rejeitada. Em busca de uma alternativa, foram retomados os estudos com vistas à criação de uma ordem internacional. Nesse sentido, a comunidade científica europeia formulou várias propostas e realizou esforços para uma unificação internacional do direito da concorrência. Também os mecanismos de execução dessas normas tomam a atenção da doutrina. Idéias de descentralização da aplicação dessas regras foram vistas nessas propostas, com a freqüente atribuição do encargo às instâncias nacionais. Os Estados Unidos da América e a Comunidade Europeia demonstraram discordâncias nos seus interesses legislativos. Recentemente, com o incremento das batalhas comerciais transfronteiriças, o assunto retornou à cena. Mesmo assim, ainda não foi desenvolvida uma regra internacional vinculante. As chances do atingimento de um tal patamar são discutíveis, mesmo que sua necessidade seja ressaltada para a obtenção de objetivos econômicos, um comércio mundial mais livre e uma melhor proteção da concorrência. Antecedentes com forte reflexão são conhecidos desde longa data. O mais citado é a Carta de Havana, de 1948. Seu capítulo V contém um direito internacional dos cartéis. Depois, ocorreram esforços do GATT na década de 50, da OCDE de 1967, 1973 e 1976, bem como da ONU em 1980, com o seu UN-RBP-Code. Tendo o estabelecimento de um direito material único se mostrado problemático, outros caminhos foram buscados, como o da Comunidade Econômica Europeia, em 1957, qual seja o de um trato a nível regional do problema. Um impulso aos estudos decorre do incremento do número de países que agora dispõem de legislação, que dobrou. Outra idéia que angariou estima foi a de acordos bilaterais, baseados em cooperação entre autoridades ou agências de controle da concorrência, tendo como modelo o de 1991 entre Estados Unidos da América e Comunidade Europeia. Em 1994, a assinatura do Tratado da OMC reavivou o debate sobre a unificação do direito dos cartéis. A doutrina também conheceu idéias de que o suprimento de lacunas do sistema não necessariamente precisava ser feito por um direito mundial. Poderia basear-se na aplicação efetiva de regras pelos Estados, desde que eles tivessem um direito a aplicar.

A proposta mais concreta foi a de um Código Internacional Antitrust, apresentada em 1993. Tratou-se de abrangente tentativa de codificação do direito mundial dos cartéis. Esse documento é fundado em cinco princípios: limita-se a casos com relação transfronteiriça, não tem a pretensão de ser diretamente aplicável, pretende sim, uma harmonização ou uma proteção mínima, prevê a observância de proibição de discriminação e a internacionalização do processo jurídico concorrencial. O que mais recebeu a atenção no estudo foi o que garante a eficácia prática e execução do acordo, o último citado, também descrito como princípio da iniciativa processual internacional. Ele pode ser caracterizado como a execução de direitos internacionais internalizados através de processo nacional, sob intervenção de autoridades internacionais, perante autoridades antitrust nacionais, ou perante um



*International Antitrust Panel*, nesta hipótese quando a autoridade nacional for a descumpridora das normas. A doutrina aponta o novo mecanismo processual do Código Internacional Antitrust, entre outros princípios seus, como isoladamente útil ao Mercosul, isto é, independentemente da aceitação da totalidade das matérias tratadas na proposta. Um aspecto relevante da proposta é o seu ancoramento na OMC, o que pode tornar abrangidos por suas disposições o Mercosul, ou no mínimo alguns dos seus Estados-partes. Tal ancoramento foi visto pelo estudo como mais um elemento de aproximação das regras da concorrência a outras liberdades já reguladas por acordos firmados no âmbito da OMC, como a circulação de bens e serviços.

O surgimento de propostas não cessou com a do Código Internacional Antitrust. O objetivo buscado conheceu outras de acordos bilaterais ou plurilaterais à luz do direito internacional público, substancialmente contendo normas de cooperação e colaboração. Estas também eram fundadas na ineficácia das soluções apresentadas pela extraterritorialidade da aplicação das normas da concorrência, tanto nacionais, como de processos de integração. O direito internacional público também não comporta a condução de investigações no exterior por parte de autoridades nacionais. Soluções supranacionais não são adequadas a propósitos mundiais, pois mais vinculadas a um caráter regional de aplicação. Mesmo essas propostas de acordos precisaram estabelecer as condições e as possibilidades de execução. Tais aspectos envolveram a criação de instituições ou autoridades antitrust internacionais ou confiar a aplicação deles às autoridades de concorrência já existentes e aos tribunais nacionais. Com isso, uma descentralização foi observada também nas propostas de acordos à luz do direito internacional público. Em verdade, inúmeras são as alternativas que a doutrina apresenta. Trocas de idéias e de experiências em fóruns ganharam importância recentemente, o que demonstra a imprescindibilidade de avanços em matéria de um código com característica internacional.

A proposta mais concretizável é a que envolve os blocos regionais. Existe a possibilidade de um estabelecimento igualmente proveitoso de regras entre ordens concorrenciais de blocos econômicos, e não apenas entre Estados. Para tanto, esses blocos necessitam possuir sistemas, e em funcionamento. A atrativa possibilidade de cooperação com outros sistemas foi mais um motivo apontado como impulsionador de uma ordem eficaz no Mercosul. O bloco poderia tomar mais parte nos acordos de cooperação, como já ocorre em algumas situações. Propostas de regulamentações em um nível mundial, como visto, se mostram difíceis, e isso não é de hoje. Já em 1957 a Comunidade tomou o rumo do trato a nível regional, que apresentou sucesso. Posteriormente, ainda que apresente limitações, a teoria dos efeitos conheceu um aprimoramento, experiências de cooperação exitosa entre autoridades aplicadoras de regras se tornaram conhecidas e o exemplo supranacional passou a ser desejado por outros processos de integração. Com esse pressuposto, foi observado que o Mercosul deve continuar e incrementar os seus esforços na busca de uma efetiva legislação concorrencial integracionista, o que, lembre-se, também foi apontado como um instrumento para o alcance da fase de mercado comum por esse processo de integração. O incentivo para tanto vem da visão da liberdade de concorrência como uma quinta liberdade econômica fundamental, como a Comunidade a vê. Enfim, o primeiro passo é o trato regional. Posteriormente, existente e em vigor um direito, é possível serem vislumbrados acordos bilaterais entre blocos econômicos e assim ser atingido um patamar de proteção mundial.

## CAPÍTULO 3

### A SUPERAÇÃO DO ESTÁGIO ATUAL DO MERCOSUL

O principal objetivo deste capítulo é caracterizar o estágio atual e formular alternativas ao Mercado Comum do Sul (Mercosul) para atingir a fase de mercado comum. Esta meta final é perseguida desde o lançamento deste processo de integração.

A doutrina discute alternativas válidas há muito tempo. Vale repetir nesta introdução o questionamento feito por CASELLA logo após a assinatura do Tratado de Assunção, em momento de descrença quanto às intenções grandiloqüentemente proclamadas<sup>1</sup>, sobre se existiriam condições viáveis de evitar a *alalquização* ou a *aladização* do Mercosul e promover uma integração subcontinental<sup>2</sup>. A essa pergunta ainda não foi encontrada uma resposta adequada. Isso ficará evidente com a leitura da primeira parte, que se concentra em apresentar o estágio atual vivenciado pelo processo de integração. Nela ainda serão vistos os objetivos do processo, a estrutura institucional, os momentos de sucesso e de crise enfrentados, os mecanismos de solução de controvérsias, os processos de harmonização de legislações realizados e a evolução apresentada no que diz respeito à conformação das liberdades fundamentais.

Entre tantas alternativas levantadas e indicadas pela doutrina, sobressai a forte indicação de que o bloco devesse adotar um regime supranacional para a solução de todos os problemas. Este trabalho não descarta esta possibilidade, mas persegue um outro caminho. Entende-se que o modelo escolhido pelo Mercosul é uma opção válida e que pode comportar um avanço. Pretende-se apresentar a conformação do direito da concorrência no Mercosul, mesmo sob um caráter intergovernamental, como uma alternativa para ser atingida a fase de mercado comum, bem como, como lembra VAZ, “para a conquista daqueles direitos econômicos, sociais e culturais cuja concreção inspirou o Tratado de Assunção e a constituição de um espaço econômico ampliado”<sup>3</sup>.

Assim, como fundamento que foi para o direito da concorrência que já existe no Mercosul, a segunda parte apresenta em linhas gerais como é a regulamentação deste ramo do direito pelos Estados-partes. Várias questões serão observadas, como

---

<sup>1</sup> O embaixador Marcos Azambuja alerta que “entusiasmos extraordinários são seguidos de faltas de entusiasmo igualmente extraordinárias”. Citado em VENTURA, Deisy. *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional*, p. 453.

<sup>2</sup> CASELLA, Paulo Borba. *Soberania e aplicação do direito da concorrência na CE e no Mercosul*, p. 120.

<sup>3</sup> VAZ, Isabel. Las tres vertientes del derecho de la competencia. In: CORREA, Carlos María (Dir.). *Derecho de la competencia*, p. 305. O Mercosul, todavia, dificilmente poderá assumir a responsabilidade de solução dos problemas “de desenvolvimento econômico e tecnológico, de desequilíbrio regional, de correção das tremendas desigualdades sociais internas, de desemprego, de educação, de justiça social, enfim, deve-se reconhecer que o Mercosul é extremamente limitado em sua capacidade transformadora do Brasil e que não se pode fazê-lo assumir papéis para os quais ele não está institucionalmente mandatado ou ‘estruturalmente’ preparado (nem poderia estar)”. ALMEIDA, Paulo Roberto de. *O Mercosul em crise: que fazer?*, p. 111-122.

uma similitude entre as regras e mesmo um processo de harmonização por si próprio entre elas.

Na seqüência, serão apresentadas as principais regras que o Mercosul possui, em vigor ou não, a respeito do direito de defesa da concorrência. Os capítulos anteriores evidenciaram que sem normas de proteção da livre concorrência e da ordem econômica que impeçam as ações anti-concorrenciais das empresas, não é possível alcançar os benefícios do mercado comum. Muitas destas normas já existem no Mercosul. Desnecessário, pois, é repetir com profundidade um estudo sobre a legislação, até porque já foram efetuados com cientificidade<sup>4</sup>. Os problemas indicados de sua implementação são os mesmos de sempre. Outros documentos também levaram mais de meia década para serem postos em prática e adquirirem significado, como o Protocolo de Brasília. Da mesma forma, uma atenção é dada ao que se considera como grandes ausências normativas, estando entre estas a não-regulamentação das ajudas públicas, entendida como a principal e mais nefasta.

No Mercosul, a finalidade originária do direito da concorrência reside na “defesa dos interesses e da qualidade de vida dos consumidores, (...) mediante a promoção da concorrência como força vital e motor principal da economia de mercado”<sup>5</sup>, com o que é visado proteger o consumidor e as empresas contra as práticas anti-competitivas. Uma outra finalidade futura desse direito seria permitir atingir a fase de integração econômica conhecida como mercado comum, como se espera indicar.

O problema parece residir, então, em como garantir uma eficaz defesa da concorrência. Para essa questão também são buscadas alternativas, como a visão da liberdade de concorrência, tutelada pelo direito da concorrência, como uma quinta liberdade econômica fundamental, retratando os acontecimentos evolucionistas apresentados pelo direito comunitário, especialmente no âmbito da concorrência e no das liberdades fundamentais. A isso, entre outras questões, se dedica a parte final deste estudo.

---

<sup>4</sup> BISCHOFF-EVERDING, Peter. *Wettbewerbsrecht im MERCOSUR*, 377 p.; CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, 366 p.; CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, 368 p.; RAMOS, Dante Marcelo. *Das Wettbewerbsschutz-Protokoll des Mercosur: eine Darstellung anhand der Wettbewerbsordnungen Argentiniens und Brasiliens und im Vergleich mit der Europäischen Gemeinschaft*, 199 p. e SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, 317 p.

<sup>5</sup> FRADERA, Véra Maria Jacob de. *A integração européia e o Mercosul: confronto atual (direito da concorrência e integração em perspectiva comparatista)*, p. 90.

### 3.1. O ESTÁGIO ATUAL DO MERCOSUL

Do estudo realizado nesta primeira parte restará que o processo se beneficiou de um relativo sucesso comercial, cresceu institucionalmente, enfrentou e enfrenta crises econômicas ocorridas em seus Estados-partes e convive com o que se caracteriza na doutrina como uma fragilidade institucional. Em contraponto a isso, é trazido também o pensamento doutrinário que entende que o processo poderia conquistar mais avanços, ainda que sem uma modificação do seu caráter eminentemente intergovernamental. Sobretudo, o avanço mais esperado é atingir a fase de mercado comum.

O fenômeno da integração econômica, ocorrido neste final de século, propiciou a crescente globalização dos mercados mundiais e a formação de blocos regionais atuando entre si, através de um crescente fluxo comercial, com o objetivo de produzir o desenvolvimento dos países, a partir de estímulos econômicos gerados pela criação de um mercado consumidor mais vasto, pelo qual devem fluir, com mais facilidades, os bens produzidos e os serviços executados nos Estados-partes integrados. Em um mundo cada vez mais entrelaçado, já não é possível um isolamento nacional, embora esse pensamento não encontre aceitação unânime.

Movimentos globalizadores e integradores parecem caminhar em paralelo, pois estes “ao criar âmbitos econômicos mais limitados favorecem os fins globalizadores superando as deficiências interestatais e favorecendo a presença no mercado mundial dos Estados integrados que, de outro modo, permaneceriam isolados, fato que realmente obstaculizaria a consecução dos objetivos que persegue a globalização econômica”<sup>6</sup>.

Esse fenômeno também foi sentido no Cone Sul, onde a cooperação econômica entre Brasil e Argentina pode ser vista como precursora direta do Mercosul<sup>7</sup>, ademais de processos como a Associação Latino-Americana de Livre

---

<sup>6</sup> SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes. Un nuevo impulso a la integración jurídica en el Mercosur. In: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Globalización y Derecho*, p. 555.

<sup>7</sup> Referências históricas de experiências sul-americanas anteriores a este processo podem ser vistas em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercosul e a livre circulação de pessoas*, p. 17-50; em CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 165-175 e em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 550-575. PORRATA-DORIA JUNIOR observa que elas remontam a 1797, imediatamente após a independência da maioria das nações latino-americanas. PORRATA-DORIA JUNIOR, Rafael A. *Mercosur: the common market of the twenty-first century?*, p. 5. Para uma breve síntese dos pensamentos integracionistas do libertador Simon Bolívar, do internacionalista Andrés Bello, do constitucionalista Juan A. Alberdi e do jurista-diplomata Rui Brabosa ver PANEBIANCO, Massimo. Teorias da integração latino-americana no Século XIX: Estado Federal e Estado Supranacional. In: PAES LANDIM, José Francisco. *Direito e Integração: experiência latino-americana e européia*, p. 57-64. Para referências históricas em língua alemã ver MARTINS, Renata Rocha de Mello. *Verfassungskonformität des MERCOSUR in Brasilien*, p. 26-30; RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 15-17; SALOMÃO FILHO, Calixto; SAMTLEBEN, Jürgen. *Der Südamerikanische Gemeinsame Markt: eine rechtliche Analyse des Mercosur (Teil I)*, p. 1345-1348; SILVA, Elaine Ramos da. *Rechtsangleichung im Mercosul: Perspektiven für das Niederlassungsrecht von Gesellschaften anhand von Erfahrungen in der Europäischen Union*, p. 19-28 e WEHNER, Ulrich. *Der Mercosur: Rechtsfragen und Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojektes und die Erfolgsaussichten der interregionalen Kooperation mit der Europäischen Union*, p. 29-59.

Comércio (Alalc), a Associação Latino-Americana de Integração (Aladi) e acordos como a Declaração de Iguazu de 1985 e a Ata de Amizade Argentina-Brasil de 1986.

As relações entre esses países podem ser consideradas similares as existentes entre França e Alemanha, quando da criação da Comunidade Econômica Européia. Entre aqueles também havia um passado de longas e históricas relações hostis, embora nenhuma catástrofe de dimensão continental tenha ocorrido<sup>8</sup>. As relações dos países do Mercosul, por piores que fossem, não se comparavam com a situação da Europa em 1945. O quadro de então levou a Comunidade a optar por um sistema muito diferente do adotado no Mercosul, pois lá havia a necessidade de transferir para instituições supranacionais parte de soberanias nacionais. Aqui, um clima não tão pesado fez com que um tribunal supranacional, por exemplo, fosse visto como desnecessário<sup>9</sup>.

A integração do Cone Sul tomou força na segunda metade da década de oitenta, principalmente com o retorno dos países ao regime democrático de governo e com a assinatura, em 1988, do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento. As negociações entre Brasil e Argentina da década de 1980 também resultaram na assinatura da Ata de Buenos Aires de 1990, onde ficou estabelecida a criação de um mercado comum a ser implementado até o final do ano de 1994<sup>10</sup>. Observa-se que esta previsão, ademais de ter constado em tratados de alcance latino-americano, na integração regional constou de outros documentos que não apenas o Tratado de Assunção.

### 3.1.a) O Tratado de Assunção

A nova proposta integracionista teve início com a assinatura, em 1991, do Tratado de Assunção, instituidor do Mercado Comum do Sul (Mercosul) entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. O Tratado de Assunção pode ser considerado um tratado marco, uma vez que fixa objetivos comuns a serem concretizados de forma evolutiva e mediante programas conjuntos, possuiu escassas normas básicas obrigatórias e seu texto contém, sobretudo, enunciações programáticas e princípios genéricos não-desenvolvidos<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> CASELLA, P. B. *A Comparative Approach to Competition Law in the European Communities and the Mercosul*, p. 16 e CASELLA, P. B. Direito da Concorrência na UE e no Mercosul. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Mercosul: das negociações à implantação*, p. 309. Ainda segundo o autor, o processo de integração europeu não pode ser estudado exceto em relação a tal pano de fundo, catastrófico, certamente, mas condição vital para os processos subsequentemente encetados. CASELLA, P. B. *Soberania e aplicação do direito da concorrência na CE e no Mercosul*, p. 119.

<sup>9</sup> SILVA, E. R. da. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>10</sup> DROMI SAN MARTINO, Laura. *Derecho Constitucional de la Integración*, p. 244.

<sup>11</sup> DARTAYETE, María Cristina. *Armonización de normas en el Mercosur*, p. 64. Um estudo sobre a função do Tratado, natureza jurídica e classificação, seu caráter transitório, provisório e programático, que é expressado pelas suas próprias normas, pode ser visto em WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 73-77. Sobre a natureza jurídica do Tratado ver VENTURA, para quem não há unanimidade sobre ela, nem sobre a da entidade que ele criou. VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 8 e seguintes. Sobre a existência de disposições programáticas no Tratado ver VENTURA. *Idem*, p. 26 e seguintes. Sobre os princípios nele expressos ver FARIA, José Ângelo Estrella. *O Mercosul: princípios, finalidades e alcance do Tratado de Assunção*, p. 2-24 e VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 35 e seguintes.

Já o Mercosul, por ele instituído, por suas particularidades de método, trata-se de uma nova espécie de projeto de integração e o direito dele emergente, que por si só é um modelo novo de direito<sup>12</sup>, é tido como formador de um novo ramo<sup>13</sup>. Enfim, tudo parece ser novo.

Com efeito, a assinatura desse tratado representou o estabelecimento de uma nova era na busca pela integração. Ele, em si, permitiu a vinculação contratual à luz do direito internacional público<sup>14</sup> entre países para a fundação de um mercado comum e é a pedra fundamental para o processo de integração. Mas, como ele mesmo expressa, é um tratado para a constituição do mercado comum, isto é, um evento futuro, que não começaria com a entrada em vigor dele próprio. O Tratado é apenas o ponto de partida<sup>15</sup>.

A realidade dos países representou um papel importante na proposta de integração que nele constou. A Argentina é rica em recursos naturais e possui um setor agrícola orientado para a exportação. Possui ainda um setor industrial produtor de diversos bens. O Brasil tem a maior economia do bloco, um setor agrícola bem desenvolvido, bem como setores de manufatura, mineração e de serviços. O Uruguai, com muito menos território e população, tem sua economia voltada para a prestação de serviços e para a produção agrícola. O Paraguai apresenta uma economia diferente da de seus parceiros. Identifica-se um setor de economia informal que é voltado para a importação e exportação de bens de consumo, desenvolvido por milhares de micro-empresas e vendedores ambulantes<sup>16</sup>. Os mercados ainda são constituídos por poucos competidores detentores de grandes fatias, muitos tutelados pelo Estado. Ademais, há diferenças nos níveis de desenvolvimento industrial entre os Estados-partes, fato que entra em conflito com os objetivos de desenvolvimento harmonioso estabelecidos no Tratado.

---

<sup>12</sup> Sobre ser o direito dele emergente um modelo novo de direito, que prevê até uma Decisão de n. 23/2000 CMC sobre a incorporação da normativa Mercosul ao ordenamento jurídico dos Estados-partes, que cria um sistema de monitoramento de incorporações, ver MARQUES, Cláudia Lima. Prefácio. In: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de direito da integração e comunitário*, p. 11-20 e MARQUES, C. L. *O "Direito do Mercosul": Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração*, p. 73-100. Ver a Decisão referida em ETCHEVERRY, Raul Anibal; ETCHEVERRY, Gabriela Maria. *Mercosur: negocios y empresas – historia y futuro de la integración americana*, p. 306-308. A normativa Mercosul em junho de 2000 correspondia a aproximadamente 200 decisões, 800 resoluções e 100 diretrizes. SAMTLEBEN, Jürgen. *Der MERCOSUR als Rechtssystem*. In: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000*, p. 56. Ainda vale fazer menção à Decisão n. 20/02 CMC, que busca prevenir o atraso da incorporação, a transposição incorreta e a incompatibilidade das normas do Mercosul com os ordenamentos internos. Segundo dados oficiais, apenas 50 por cento das exatas 1.112 normas estão em vigor. Algumas áreas são especialmente problemáticas, como justiça, com 20 por cento, e saúde, com 54 por cento. A afirmação de que as dificuldades de incorporação resultam da omissão ou da negligência dos Estados-partes não corresponde com a realidade. Elas resultam muito mais de um conjunto de condicionantes. Para o atual estágio de implantação das normas ver o *PRIMER Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur: un foco para el proceso de integración regional*, p. 9 e 32-54. Mais sobre o intenso exercício da função normativa pelo Mercosul pode ser visto em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 111-126.

<sup>13</sup> WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 2.

<sup>14</sup> O bloco como fenômeno do direito internacional público clássico é apresentado em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 127 e seguintes.

<sup>15</sup> WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 73-74.

<sup>16</sup> PORRATA-DORIA JUNIOR, R. A. *Op. cit.*, p. 7-10.

Do exposto no artigo 1º. do Tratado de Assunção, observa-se que o objetivo desse processo de integração é constituir um mercado comum entre os quatro Estados signatários, sendo este, inclusive, o porquê do próprio nome do processo sul-americano, que deveria estar estabelecido após um período provisório que se estenderia até 31 de dezembro de 1994, e que se denominaria Mercado Comum do Sul. Entre tantas assimetrias entre a União Européia e o Mercosul, VENTURA vê neste propósito comum um esboço de simetria<sup>17</sup>. Os objetivos particulares que o conceito de mercado comum abrange e que deveriam estar efetivados até o final do período transitório foram definidos pelo próprio Tratado. A eles estão atreladas todas as políticas e legislações comuns, como a garantia de condições de concorrência adequadas entre os Estados, através de coordenação de suas políticas setoriais e globais nas áreas de comércio exterior, agricultura, indústria, energia, transportes, impostos, entre outras. Esse catálogo de objetivos está em conformidade com o disposto no Tratado de Roma, especialmente com as metas lá encontradas no artigo 3º. A fase de mercado comum enseja a presença de liberdades fundamentais e a regulamentação de diversos assuntos necessários para o seu pleno funcionamento<sup>18</sup>.

Os outros objetivos do Mercosul podem resumir-se em livre circulação de bens, serviços e fatores de produção, estabelecimento de uma tarifa externa comum e adoção de uma política comercial comum com terceiros Estados, coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os membros, com a finalidade de assegurar condições adequadas de concorrência, e harmonização das legislações nas áreas pertinentes. Esses objetivos envolvem a consecução de várias políticas anteriormente vistas. Todas elas têm implicações na liberdade de concorrência. Dessa forma, a coordenação de políticas macroeconômicas representa um importante fator para a integração, principalmente para evitar conflitos entre elas<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> VENTURA, D. *Op. cit.*, p. xxviii.

<sup>18</sup> O Tratado de Assunção, em seu artigo 1º., rege que “Os Estados-partes decidem constituir um mercado comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará Mercado Comum do Sul (Mercosul). Este mercado comum implica: a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários, de restrições não-tarifárias à circulação de mercado e de qualquer outra medida de efeito equivalente; o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômicos comerciais regionais e internacionais; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados-partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem - a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados-partes; e o compromisso dos Estados-partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração”. O Tratado de Assunção, quando expressa que o mercado comum implica “a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países”, implica numa liberdade restrita a esses elementos. Neste sentido, BARROS diz que esta limitação foi extremamente prudente, “porque se o tivesse feito de maneira irrestrita poderia certamente estar abrindo algumas dificuldades sérias relativamente às legislações existentes entre os diversos países” e também pelo fato de que os passos neste objetivo devem ser escalonados, acompanhando o progresso do processo de integração em curso. BARROS, Cássio Mesquita. *Circulação dos trabalhadores no Mercosul*, p. 183. Ver o significado da expressão fatores de produção em MARQUES, C. L. Liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços no Mercosul: Instrumentos Legislativos sobre Formação de Recursos Humanos. In: MOROSINI, Marília (Coord.). *Mercosul/Mercosur: Políticas e Ações Universitárias*, p. 30 e em JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 116-117.

<sup>19</sup> Como já visto por oportunidade do estudo da normatização comunitária, um exemplo comum de conflito ocorre entre a política da concorrência e a industrial, pois uma fomenta a competição e a outra incentiva o crescimento industrial, o que muitas vezes se dá por concentração econômica. Neste sentido CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 177.

Para a formação do mercado comum foi previsto uma série de instrumentos, que estão definidos no artigo 5º., quais sejam: “a) um Programa de Liberação Comercial, que consistirá em reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas da eliminação de restrições não-tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os Estados-partes, para chegar a 31 de dezembro de 1994 com tarifa zero, sem barreiras não-tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário (Anexo I); b) a coordenação de políticas macroeconômicas que se realizará gradualmente e de forma convergente com os programas de desgravação tarifária e eliminação de restrições não-tarifárias, indicados na letra anterior; c) uma tarifa externa comum, que incentiva a competitividade externa dos Estados-partes; d) a adoção de acordos setoriais, com o fim de otimizar a utilização e mobilidade dos fatores de produção e alcançar escalas operativas eficientes”. Esses instrumentos correspondem diretamente aos objetivos previstos no artigo 1º.

Observa-se que o Tratado de Assunção estabelece o caminho, o procedimento, a forma e o controle necessários para que o processo se constitua em um mercado comum. Nesse sentido expressa-se SEITENFUS, para quem ele “Em primeiro lugar, refere-se a construção de uma Zona de Livre Comércio (ZLC) na região, tal como indica a eliminação de tarifas alfandegárias e não-alfandegárias. Em um segundo momento, ambiciona sustentar uma política comercial externa unificada, com relação a outros países, estabelecendo uma Tarifa Externa Comum (TEC), o que caracteriza uma União Aduaneira. Finalmente, objetiva alcançar o patamar superior e derradeiro, da formação de todo o Mercado Comum, com a livre circulação dos bens, do capital, do trabalho e do conhecimento”<sup>20</sup>.

Assim, do próprio Tratado de Assunção nota-se que o Mercosul deseja a construção de um espaço economicamente integrado sob a forma de um mercado comum, etapa prevista para depois do ano de 2006<sup>21</sup>. Para tal, é imprescindível a conformação das liberdades fundamentais.

Para o alcance dos objetivos do Tratado devem ser criadas normas jurídicas correspondentes. Os instrumentos acima vistos parecem ter sido programados para um período provisório<sup>22</sup>. As competências para tanto foram reguladas de forma imperfeita no Tratado<sup>23</sup>. Ele não apresenta nenhum princípio que se refira a uma validade direta das normas nos Estados-partes. Todas elas devem ser transformadas em direito interno primeiramente. Para tanto, devem ser observadas as competências dos legisladores nacionais. Além dos atos jurídicos previstos, o processo legislativo do Mercosul ainda pode valer-se de tratados de direito internacional público que também se submetem à aceitação dos parlamentos nacionais.

---

<sup>20</sup> SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Manual das organizações internacionais*, p. 216.

<sup>21</sup> ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional*, p. 29 e JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 15. Esta data também é vista como o prazo final para a formação da união aduaneira. CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 182 e VAZ, Alcides Costa. *Cooperação, integração e processo negociador: a construção do Mercosul*, p. 236.

<sup>22</sup> SALOMÃO FILHO, C.; SAMTLEBEN, J. *Op. cit.*, p. 1350.

<sup>23</sup> SALOMÃO FILHO, C.; SAMTLEBEN, J. *Der Südamerikanische Gemeinsame Markt: eine rechtliche Analyse des Mercosur (Teil II)*, p. 1390.



O progresso esperado para acontecer durante o período provisório não foi atingido no prazo previsto de 1994<sup>24</sup>. Os avanços institucionais e políticos obtidos durante o período provisório foram constituídos especialmente de esclarecimentos dos presidentes, decisões do Conselho Mercado Comum (CMC), resoluções do Grupo Mercado Comum (GMC) e sugestões de tratados tomadas durante as reuniões do Conselho<sup>25</sup>. Em verdade, conforme SALOMÃO FILHO e SAMTLEBEN, uma análise jurídica do Tratado de Assunção demonstrava que ele também era concebido para um período provisório, pois faltavam em aspectos institucionais e jurídicos claras disposições de como o mercado comum deveria ser finalmente formado. Uma realização dos seus objetivos não seria imaginável sem uma concreta reformulação dos fundamentos nele contidos<sup>26</sup>.

### 3.1.b) O Protocolo de Ouro Preto

O Protocolo de Ouro Preto, surgido naquele ano, em seu preâmbulo, deixa evidente esse não-alcance ao expressar a importância dos avanços atingidos até então e implementar uma união aduaneira como etapa para a construção do mercado comum, que implique na presença de liberdades básicas, quais sejam, a livre circulação de bens, livre circulação de capitais, livre circulação de pessoas, de serviços, e a de análise desse estudo, a liberdade de concorrência<sup>27</sup>. Essas liberdades permitirão que exista uma integração plena entre as sociedades envolvidas. Na, ou para a fase do mercado comum é que elas deverão estar conformadas.

O Protocolo é tido como o encerrador do período provisório, que foi relativamente curto se comparado com os 12 anos previstos para a Comunidade Européia, fase em que se pretendia passar das negociações à implantação<sup>28</sup>, e instaurador da fase de união aduaneira<sup>29</sup>, uma vez que disciplinou as regras sobre a tarifa externa comum. Todavia, o mero estabelecimento de uma tarifa não determina a remoção do sistema de controle de origem. É necessário, ademais, a unificação das regras de aduana, da política de comércio exterior e a harmonização da legislação nacional, relativa a impostos indiretos e normas técnicas. Portanto, o surgimento do Protocolo não significou que um mercado comum tivesse sido realizado.

A partir de sua vigência, o Mercosul passou a ter personalidade jurídica, segundo o disposto no seu artigo 34<sup>30</sup>. Conforme o artigo 35, ele pode tomar todas as medidas necessárias para o alcance de seus objetivos, especialmente firmar tratados, alienar e comprar bens imóveis e móveis, ser parte em tribunais, bem como possuir e transferir patrimônio. Já no exercício dessas funções foi firmado, em dezembro de 1995, o Acordo-quadro Inter-regional de Cooperação com a Comunidade Européia, mais adiante tratado.

---

<sup>24</sup> Previsões anteriores a esta data assim já estipulavam. CASELLA, P. B. *A Comparative Approach to Competition Law in the European Communities and the Mercosul*, p. 34.

<sup>25</sup> Que podem ser detalhadamente conferidos em SAMTLEBEN, J. *Der Südamerikanische Gemeinsame Markt (MERCOSUR) und seine neue Verfassung*, p. 2000-2002.

<sup>26</sup> SALOMÃO FILHO, C.; SAMTLEBEN, J. *Op. cit.*, p. 1391.

<sup>27</sup> Para SILVEIRA, inserida nos princípios gerais fundantes da ordem econômica, ao lado da livre iniciativa. SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 43-45.

<sup>28</sup> CASELLA, P. B. *Soberania e aplicação do direito da concorrência na CE e no Mercosul*, p. 117.

<sup>29</sup> Atingida num prazo considerado recorde. GRATIUS, Susanne. *Der Mercosur im Brennpunkt der Integration*, p. 304.

<sup>30</sup> Sobre a personalidade jurídica do Mercosul ver VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 61 e seguintes.

O Protocolo de Ouro Preto criou novas instituições ao Mercosul e aumentou as responsabilidades dos órgãos existentes desde 1991. A estrutura organizacional é, com isso, dividida em dois claros momentos. Também é possível dizer que ela foi mantida e ampliada. Atualmente os órgãos são em número de sete<sup>31</sup>.

Inicialmente, para o período provisório, foram erigidos dois órgãos, quais sejam o Conselho Mercado Comum e o Grupo Mercado Comum, estrutura que correspondia ao modelo já existente para a relação bilateral entre Brasil e Argentina. Essa estrutura tinha marcadamente um caráter provisório<sup>32</sup>, motivo pelo qual não poderia ser comparada com a estrutura orgânica da Comunidade Européia. A nomeação de representantes dos governos e a necessidade de unanimidade correspondiam à tradição das demais Associações então existentes, cujos órgãos eram dependentes dos governos e com limitadas capacidades práticas de ação. Na interpretação de SALOMÃO FILHO e SAMTLEBEN, essa estrutura também tomava em consideração as experiências positivas obtidas na integração entre os países acima citados<sup>33</sup>. Neste momento a Secretaria Executiva não era um órgão autônomo e a Comissão Parlamentar Conjunta não estava arrolada entre eles, mas sim nas disposições finais do Tratado de Assunção.

Todavia, no Protocolo se sublinhou, uma vez mais, a ausência de supranacionalidade, estabelecido que foi no artigo 2º. que os órgãos com capacidade decisória são de natureza intergovernamental<sup>34</sup>. Ademais, disciplina o artigo 37 que as decisões serão tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados-partes. Uma tal opção, embora muito se tenha falado sobre a adoção de um modelo como o comunitário para a estrutura organizacional, consolida as assimetrias entre os modelos de integração<sup>35</sup>.

Tal decisão conduziu novamente à pergunta sobre a primazia da ordem comunitária sobre a nacional e em que medida uma tal primazia era reconhecida pelas constituições dos Estados-partes. Segundo SAMTLEBEN afirmou na época, “Por um

---

<sup>31</sup> Para uma visão geral das instituições do Mercosul ver ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *Mercosul: manual de direito da integração*, p. 13-26 e VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 85-97. Outros órgãos, criados por normas de direito secundário, podem ser conferidos no *PRIMER Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur: un foco para el proceso de integración regional*, p. 46-47. Sobre as diferentes posições dos Estados-partes, demonstradas por ocasião dos trabalhos preparatórios ao Protocolo de Ouro Preto, quanto à adoção de uma estrutura institucional permanente ver VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 76 e seguintes.

<sup>32</sup> Sobre a estrutura institucional provisória do Mercosul ver VENTURA. *Idem*, p. 47 e seguintes.

<sup>33</sup> SALOMÃO FILHO, C.; SAMTLEBEN, J. *Der Südamerikanische Gemeinsame Markt: eine rechtliche Analyse des Mercosur (Teil I)*, p. 1348.

<sup>34</sup> Há vozes que consideraram a preferência por instituições não burocratizadas como uma demonstração de que o Mercosul sempre foi concebido mais como uma estratégia comunitária de exportação do que perseguidor de um mercado interno, ou mesmo uma opção para não conflitar com a até então atingida dinâmica do processo. GRATIUS, S. *Op. cit.*, p. 305 e 309. Os atuais custos da intergovernabilidade com reuniões giram em torno de 960 mil dólares norte-americanos semestrais. *PRIMER Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur: un foco para el proceso de integración regional*, p. 49.

<sup>35</sup> Sobre muitas outras assimetrias ver VENTURA, D. *Op. cit.*, 694 p. Também para TEPEDINO, “o processo de integração adotado no Mercosul se apresenta completamente diverso da fórmula européia”. TEPEDINO, Gustavo. *Tecnico legislative ed interpretative nell’armonizzazione del diritto privato comunitario: l’esperienza del Mercosul*. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário direito e globalização: a soberania*, p. 264.

lado é de se esperar que a marcadamente forte soberania dos Estados latino-americanos dificulte a necessária execução do direito comunitário nos Estados-partes em grave medida. Por outro lado é de desejar que a dinâmica do processo de integração, como na Europa, seja forte o suficiente para superar estas oposições no nível político, bem como no jurídico-constitucional”<sup>36</sup>. Era de se entender que o processo por si só apresentasse uma dinâmica capaz de superar qualquer impedimento externo.

Como órgãos com poder de decisão, o Protocolo manteve e concretizou o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM). O Conselho é o mais alto órgão hierárquico e a ele está encarregada a condução do processo de integração e a responsabilidade para a observação dos prazos e objetivos contidos no Tratado. Ele é integrado pelos Ministros das Relações Exteriores e pelos Ministros da Economia dos Estados-partes. Sua presidência alterna-se a cada seis meses. Em função desta composição, observa-se com facilidade o caráter político do órgão, já que seus membros são representantes políticos dos Estados-partes<sup>37</sup>. Para o exercício de suas competências, ele dispõe de decisões.

O Grupo é o órgão executivo do bloco. Ele é coordenado pelos Ministros das Relações Exteriores e composto por quatro membros titulares e quatro alternados por país, ou seja, dezesseis titulares e um igual número de alternados. Sua competência foi concretizada em dezembro de 1991, através da emissão de um regulamento interno. Para o seu exercício, ele dispõe de resoluções. As suas funções são velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, propor projetos de decisões ao Conselho, tomar as medidas necessárias ao cumprimento das decisões adotadas pelo Conselho, garantindo o processo de integração, fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do mercado comum, como foi o caso do Cronograma de Las Leñas, manifestar-se sobre propostas ou recomendações que lhe forem submetidas pelos demais órgãos, negociar, por delegação expressa do Conselho, acordos em nome do Mercosul e estabelecer e coordenar subgrupos de trabalho. Com efeito, o trabalho técnico é dividido em dez subgrupos. O de número dez era o responsável pela política de defesa da concorrência, tendo surgido de sua iniciativa a proposta que se tornou a Decisão n. 21/94, a principal precursora do trato das questões de concorrência. Após o Protocolo de Ouro Preto, os subgrupos foram reformados e a eles foram atribuídas outras competências. Outra particularidade do Grupo é a existência sobre si de unidades de trabalho, que não se confundem com órgãos autônomos, chamadas de Seções Nacionais, presentes em todos os Estados-partes. A principal função delas é o recebimento das reclamações dos particulares, endereçadas ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul.

O Conselho e o Grupo do Mercosul, com a estrutura organizacional trazida pelo Protocolo, parecem-se com o Conselho e a Comissão da Comunidade Européia, onde a instituição superior, em ambos os processos o Conselho, é controlada pelos

---

<sup>36</sup> SAMTLEBEN, J. *Op. cit.*, p. 2003.

<sup>37</sup> A experiência européia elucida muito bem o problema de um órgão ser considerado político. Lá, o Conselho funcionou durante muito tempo por meio da unanimidade, até o surgimento da prática francesa da cadeira vazia, que forçou a alteração da forma da votação para a majoritária. CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 201.

Estados-partes e tem o poder de criar regras, e a outra instituição tem o poder de propor e implementar as regras.

A Comissão de Comércio do Mercosul foi reconhecida como órgão apenas pelo Protocolo de Ouro Preto, embora já tivesse realizado trabalhos anteriores. É o mais novo órgão com poder de decisão. A ela está confiado o apoio aos trabalhos do Grupo em sua função executiva e deve ainda executar a política comercial comum dos sócios tanto em relação com terceiros Estados como em caráter intra-regional. Para tanto, ela possui dez comitês técnicos que se dedicam eminentemente ao trato dos aspectos que constituem a sua tarefa principal, como por exemplo aduanas, barreiras comerciais não-tarifárias, defesa do consumidor e normas de concorrência. Não há órgão equivalente na Comunidade Européia. Os atos jurídicos que estão à disposição para a realização das competências a ela destinadas são diretrizes e propostas. É ainda o órgão competente para as medidas comuns no âmbito da união aduaneira. Por tal ela é tida como um órgão-chave para a desejada constituição do mercado comum e o seu papel considerado fundamental. Todavia, a Comissão está subordinada ao órgão executivo. Em verdade, os órgãos com poder de decisão estão hierarquizados em três níveis<sup>38</sup>. Na ponta encontra-se o Conselho, ao qual o Grupo está submetido.

Como órgãos de apoio ao Conselho, sem poder de decisão, prevê o Protocolo a Comissão Parlamentar Conjunta e o Foro Consultivo Econômico e Social. Ambos possuem origens no Tratado de Assunção, são estruturados no modelo da anterior integração entre Argentina e Brasil, mas apenas então atingiram seu caráter autônomo como órgãos do Mercosul. A Comissão Parlamentar representa o ponto de partida para a criação de um futuro parlamento comum no âmbito do Tratado. Para o cumprimento de suas tarefas ela tem à disposição recomendações. O Foro tem competência para os assuntos econômicos e sociais dos quatro Estados-partes. Nessa instância deverão ser discutidas as políticas sociais do processo de integração<sup>39</sup>.

Uma estrutura administrativa não havia sido criada durante o período provisório. Somente o Grupo possuía um secretariado em Montevidéu, ao qual estavam afetas funções técnicas de arquivamento da documentação. Através do Protocolo, a Secretaria Administrativa foi elevada a órgão permanente do Mercosul e é o único que possui um corpo de funcionários. Está sediada em Montevidéu. Sua tarefa é cumprir procedimentos administrativos, entre os quais o arquivamento e tradução de todos os atos jurídicos do Mercosul, a serem publicados posteriormente no Boletim Oficial do Mercosul, e a auxiliar os demais órgãos. Em 2003, através da Decisão n. 30/02 CMC, o órgão ganhou efetividade e plena capacidade operacional com o início das atividades do Setor de Assessoria Técnica<sup>40</sup>.

Por fim, o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, criado pelo Protocolo de Olivos e instalado em 2004, que tem como sede Assunção, tem sido reverenciado como o sétimo órgão. Trata-se de uma instituição quase-judicial<sup>41</sup>. O

---

<sup>38</sup> WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 89-90 e VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 110.

<sup>39</sup> Como observa JAEGER JUNIOR, “o que se questiona é o simples caráter consultivo a que foi relegado o trabalho deste órgão, o âmbito de aplicação, por ser um foro, e a abrangência das questões tratadas”. JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 124.

<sup>40</sup> *PRIMER Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur: un foco para el proceso de integración regional*, p. 5-6.

<sup>41</sup> PORRATA-DORIA JUNIOR, R. A. *Op. cit.*, p. 19.

Mercosul não tem instituições judiciais a exemplo do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias ou do Tribunal de Primeira Instância. As disputas entre os Estados ou envolvendo indivíduos e um ou mais Estados devem ser resolvidas por negociações diretas, resoluções do Grupo ou pela arbitragem, isto é, por um sistema de solução de conflitos, com base no disposto nos Protocolos de Brasília e de Olivos. Este altera o mecanismo previsto no Protocolo de Brasília, tornando as decisões arbitrais apeláveis perante o tribunal por ele criado. Indivíduos com uma queixa contra um Estado-parte, baseada numa sanção ou aplicação de medidas legais ou administrativas que tenham um efeito restritivo, discriminatório ou desleal, podem requerer perante a Seção Nacional do Grupo onde residem. A Seção Nacional receberá a queixa e negociará com a Seção Nacional do Grupo do Estado requerido ou encaminhará sem procedimentos ou recomendações a queixa ao Grupo.

A existência de um oitavo órgão é vista com a previsão do Comitê de Defesa da Concorrência (CDC) pelo Protocolo de Defesa da Concorrência. Ele tem caráter intergovernamental e é composto pelos órgãos nacionais de aplicação do Protocolo em cada Estado-parte. Sua competência geral é a de aplicar, em conjunto com a Comissão de Comércio do Mercosul e com os órgãos de defesa da concorrência nacionais, a legislação comum de defesa da concorrência, bem como foi incumbido da regulamentação do citado Protocolo<sup>42</sup>.

Para a questão da concorrência, são de fundamental importância o Conselho, o Grupo, a Comissão e o Comitê. A competência normativa foi delegada à Comissão, a qual o artigo 3º. da Decisão n. 21/94 havia incumbido de criar proposta para o Protocolo de Defesa da Concorrência. Para tanto, a Comissão criou o Comitê Técnico n. 5. Este Comitê propôs o projeto que posteriormente se tornou a Decisão n. 18/96 CMC. Os órgãos aplicadores das normas da concorrência são a Comissão e o Comitê.

Um outro tema vinculado ao estudo da estrutura orgânica diz respeito aos instrumentos jurídicos dos órgãos e ao processo legislativo. Uma característica fundamental é que o tipo do ato vincula-se ao órgão que o emitiu, e não às suas características de conteúdo<sup>43</sup>. Assim, diferentemente do que passa na Comunidade, não existe uma diferenciação em função do círculo de destinatários, qualitativa ou hierárquica (o que não permite falar em pirâmide de normas), por exemplo<sup>44</sup>.

O processo de constituição de normas para o Mercosul é estruturado de forma simples<sup>45</sup>. Ele em geral inicia no Grupo. Este tem poder de iniciativa, o que lhe dá uma participação ativa no processo legislativo. Após isso, a proposta é remetida ao Conselho. Uma colaboração entre os órgãos, a exemplo da que ocorre na Comunidade, não é prevista. As particularidades desse processo residem no fato da necessidade do consenso, afastando a possibilidade de haver decisões por maioria.

---

<sup>42</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 207.

<sup>43</sup> WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 94. Para a tipologia dos atos normativos do Mercosul ver VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 113-115.

<sup>44</sup> Uma discussão com argumentos prós e contras sobre a existência de uma preferência entre as normas do Mercosul pode ser vista em SAMTLEBEN, J. Der MERCOSUR als Rechtssystem. In: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000*, p. 58-59.

<sup>45</sup> WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 95-96, onde o autor detalha o andamento normal. Ele também está repassado em RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. La toma de decisiones en el Mercosur. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 133-151.

Dessa forma, medidas que não detenham a unanimidade não são tomadas. A isso também está ligado o problema da uniformidade de peso na votação, uma vez que cada Estado, independentemente de sua importância, tem o mesmo poder. Pelo fato de um Estado discordante poder atrapalhar o processo, é possível referir que a ele é conferido um direito de veto<sup>46</sup>. Atribui-se essa característica ao fato de que se não fosse assim, Paraguai e Uruguai não teriam aderido ao projeto de integração. Críticas a esse sistema de consenso observam que essa não foi a melhor solução possível e que isso pode conduzir o processo a uma paralisação<sup>47</sup>.

### 3.1.c) O relacionamento com o exterior

A partir da constituição da união aduaneira em 1995, a problemática do Mercosul esteve centrada quase exclusivamente em definir o alcance e a mecânica do seu relacionamento externo. Em 1996, o processo recebeu dois novos parceiros, na condição de Estados associados, sendo eles o Chile e a Bolívia, através de acordos de associação<sup>48</sup>. Em verdade, tais países sempre possuíram o status de observadores e participaram de todas as reuniões do bloco como potenciais candidatos que eram. O desejo não era torná-los membros plenos dos acordos existentes, mas sim criar relações separadas com eles. Os acordos firmados com os dois países são parecidos. Ambos prevêem objetivos similares e estabelecem a criação de uma área de livre comércio, fundada num programa de gradual e automática redução de tarifas.

Entre os dois, o acordo com a Bolívia prosperou mais<sup>49</sup>. Todavia, não há nada em concreto com vistas à transformação da Bolívia em membro pleno do Mercosul. As negociações são difíceis porque a economia e a infra-estrutura industrial do país são menos adiantadas que as dos outros membros. Já o Chile, que tem uma economia mais desenvolvida, suspendeu em 2001 as negociações com vistas a se tornar membro pleno e estabeleceu relações comerciais mais fortes com os Estados Unidos da América (EUA), o que foi recebido com surpresa e indignação<sup>50</sup>. Um avanço no acordo com este país teria sido muito interessante, mormente pelo acesso ao Oceano Pacífico. O país sempre considerou o processo de integração um mercado com grandes riscos para si, tido como o país latino-americano mais estável. Aquelas

---

<sup>46</sup> WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 97. Sobre o direito ao veto, lembra ALMEIDA que “A administração diária do processo de integração torna-se (...) mais problemática (...), inclusive porque se admite que um país menor – equivalente, digamos, a um bairro da cidade de São Paulo – vete medidas e políticas que se aplicariam a 180 ou 200 milhões de pessoas”. ALMEIDA, P. R. de. *Op. cit.*, p. 111-122. A presença de um direito de veto e da conseqüente necessidade de unanimidade para a aprovação de medidas levam à questão de se o Mercosul é mesmo um processo de integração ou é um processo de cooperação, haja vista serem estas características típicas de um. SILVA, E. R. da. *Op. cit.*, p. 54-55. Não há dúvidas mesmo que um misto de regras como estas torna o Mercosul um processo *sui generis*, como será visto. Sobre as diferentes formas de bloqueio por omissão dos Estados-partes ver VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 143-149.

<sup>47</sup> WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 97.

<sup>48</sup> RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 24-25; DROMI SAN MARTINO, L. *Op. cit.*, p. 299-304; VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 575-581; RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. *Mercosur: Integración y Derecho*, p. 599-608 e JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 53. Com eles, mais 25 milhões de pessoas foram acrescentadas ao mercado consumidor. TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*, p. 283.

<sup>49</sup> Havia mais interesses recíprocos, como o acesso ao mar de parte da Bolívia e o acesso ao gás de parte dos países do Mercosul. GRATIUS, S. *Op. cit.*, p. 311. Sobre o tema gás natural ver HOLANDA, Francisco Mauro Brasil de. *O gás no Mercosul: uma perspectiva brasileira*, 177 p. Sobre as relações entre Bolívia e Mercosul ver QUIROGA OBREGÓN, Marcelo. *MERCOSUR*, p. 107-123.

<sup>50</sup> As razões chilenas para tanto podem ser conhecidas em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 579-581.

relações resultaram em 2003 na assinatura de um acordo de livre comércio. Com isso, o Chile tem atualmente livre acesso ao mercado dos países que também têm acordos de livre comércio com os EUA. Assim, uma vez efetivados os acordos, “Como um Estado associado do Mercosul, os bens do Chile têm acesso preferencial (e eventualmente livre de tarifas) ao mercado do Mercosul, sem terem de se submeter à sua tarifa externa comum. Por outro lado, ele também tem acesso preferencial ao mercado dos Estados Unidos, o seu maior parceiro comercial”<sup>51</sup>.

Outros Estados-partes do Pacto Andino, como Peru e Venezuela demonstraram interesse em formalizar acordos com o Mercosul<sup>52</sup>. Por iniciativa brasileira, as tratativas com a Venezuela iniciaram no ano de 1996. Desde o ano de 2003, comenta-se muito o ingresso do México no bloco comercial. Em 1º de fevereiro de 2004 entrou em vigor no Brasil, pelo Decreto n. 5361, o Acordo de Livre Comércio entre o Mercosul e Colômbia, Equador e Venezuela (ACE-59).

O crescimento econômico e as associações ocorridas fortaleceram a posição do Mercosul perante outros significativos parceiros<sup>53</sup>. Na mesma época da aceitação daqueles Estados associados, o bloco estabeleceu uma forte relação de cooperação com a Comunidade Européia, bem como com numerosas outras organizações e países<sup>54</sup>. As relações com a Comunidade remontam quase ao tempo da sua fundação, pelo que ela foi considerada a madrinha do Mercosul<sup>55</sup>, quando foi celebrado o Acordo de Cooperação Institucional entre a Comissão Européia e o Conselho do Mercosul, durante visita oficial dos ministros de relações exteriores do Mercosul a estes órgãos<sup>56</sup>. O Mercosul recebe desde então da Comunidade assistência técnica e financeira fundamental para ser usada no desenvolvimento de suas instituições<sup>57</sup>, através do Comitê Consultivo Conjunto de Assistência Técnica e Institucional. A Comunidade destinou, por exemplo, para o período de 2000-2006, o montante de 250 milhões de euros para este título, podendo ainda no futuro auxiliar em muito o

---

<sup>51</sup> PORRATA-DORIA JUNIOR, R. A. *Op. cit.*, p. 32.

<sup>52</sup> SALEME, Edson Ricardo. Desafios do Acordo entre Mercosul e Peru. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Direito Internacional e da Integração*, p. 456-460.

<sup>53</sup> SAMTLEBEN, J. “*Das Recht des Mercosur*”: *wichtig für Europa?*, p. 65.

<sup>54</sup> As relações internacionais do Mercosul com os Estados Unidos da América, em função do acordo entre os quatro países do Mercosul e estes, chamado de Rose Garden Agreement ou Acordo 4+1, de 1991, com o Canadá, com o Bloco Asiático, entre outros, podem ser conferidas em RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 25-28; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Introducción al derecho comunitario latinoamericano*, p. 381-390; DROMI SAN MARTINO, L. *Op. cit.*, p. 304-307 e em uma tabela em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 689. Acordos marcos de cooperação específicos da União Européia com a Argentina, Brasil e Chile estão citados em RIVIÈRE MARTI, Juan Antonio. *La política de competencia en América Latina*, p. 80-81. E os concluídos com os países da América Latina estão citados em uma tabela em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 690-692. Uma cronologia das relações entre a União Européia e a América Latina e o Caribe desde 1974 pode ser conferida em *HACIA la III Cumbre Unión Europea – América Latina y el Caribe: Balances y perspectivas*, p. 33-36. A lenta construção das relações Europa-América Latina, antes mesmo da existência do Mercosul, é estudada em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 331-412. A cronologia das relações entre a União Européia e o Mercosul é apresentada em uma tabela em VENTURA. *Idem*, p. 659-661.

<sup>55</sup> A expressão é de VENTURA. *Idem*, p. 413.

<sup>56</sup> WEHNER, U. *Nuevo dinamismo o Estancamiento: El futuro de las relaciones entre el Mercosur y la UE*, p. 64 e VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 322 e 415 e seguintes.

<sup>57</sup> WEHNER, U. *Der Mercosur: Rechtsfragen und Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojektes und die Erfolgsaussichten der interregionalen Kooperation mit der Europäischen Union*, p. 188-190 e VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 416-418 e 452.

fortalecimento dos órgãos. Por tal prontidão de ter sido a primeira organização a ter estabelecido um diálogo político com o Mercosul, a Comunidade angariou respeito.

Posteriormente, em 15 de dezembro de 1995, em Madri, foi celebrado o Acordo-quadro Inter-regional de Cooperação entre a Comunidade Européia e seus Estados-membros por um lado, e o Mercado Comum do Sul e seus Estados-partes por outro lado, que tinha como objetivo primordial a preparação da associação interregional e como principais tarefas a liberalização gradual e progressiva do comércio, ampliar a cooperação econômica e inaugurar um diálogo político regular, entre outras constadas dos seus 37 artigos<sup>58</sup>. Também, como objetivo primaz se encontrava a condução ao fortalecimento do potencial competitivo internacional de ambas as regiões. O instrumento escolhido para o alcance destes objetivos foi o diálogo político, a ser levado a efeito através de instituições como o Conselho de Cooperação e a Comissão Mista de Cooperação<sup>59</sup>, organismos aos quais em 1999 foi acrescentado um Comitê Bi-regional de Negociações como órgão de supervisão e gestão geral das negociações e responsável direto pelas mesmas<sup>60</sup>. O acordo, que entrou em vigor em 1º de julho de 1999, não tem, a bem da verdade, um prazo definido para a sua completa implantação.

Ainda que à América Latina, na visão de VENTURA, tenha sido reservado pela União Européia um lugar marginal, a assinatura do acordo com o Mercosul elevou-o ao posto de beneficiário e interlocutor na nova fase das relações, iniciada com o seu surgimento<sup>61</sup>. Em verdade, as relações sempre foram caracterizadas pela “assimetria: a posição européia é a do doador e do investidor; a posição latino-americana é a do beneficiário de ajuda e investimentos”<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> A natureza jurídica, regras para a entrada em vigor, conteúdo e os objetivos do Acordo podem ser vistos em WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 191-208; WEHNER, U. *Nuevo dinamismo o Estancamiento: El futuro de las relaciones entre el Mercosur y la UE*, p. 62-77; VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 430 e seguintes; PIONER, Patricia. *An analysis of the negotiations for an inter-regional association agreement between the European Union and Mercosur*, p. 97-106; DROMI, Roberto; MOLINA DEL POZO, Carlos. *Acuerdo Mercosur-Unión Europea*, p. 31-63; RUIZ DÍAZ LABRANO, R. *Op. cit.*, p. 563-575 e em REYES, Carolina M. *Breve noticia sobre el “Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros y el Mercado Común del Sur y sus Estados Partes”*, p. 179-186. Ver o texto do Acordo em DROMI, R.; MOLINA DEL POZO, C. *Op. cit.*, p. 269-293. Sobre o Acordo e sobre a evolução histórico-jurídica que a ele conduziu ver ALDECOA LUZARRAGA, Francisco. *El acuerdo entre la Unión Europea y el Mercosur en el marco de la intensificación de relaciones entre Europa y América Latina*, p. 761-792 e DROMI SAN MARTINO, L. *Op. cit.*, p. 293-298. Os montantes envolvidos no primeiro ano de cooperação financeira e técnica e as orientações para os anos seguintes podem ser vistos em RIVIÈRE MARTI, J. A. *Op. cit.*, p. 80-81. Os atuais volumes da negociação entre a Comunidade Européia e o Mercosul podem ser conferidos em HACIA la III Cumbre Unión Europea – América Latina y el Caribe: *Balances y perspectivas*, p. 39-50. Uma visão dos acordos com a União Européia como uma aliança secundária para a Europa mas essencial para o Mercosul é apresentada em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 319 e seguintes.

<sup>59</sup> Até 1998 havia ocorrido três encontros da Comissão Mista de Cooperação sob o âmbito do Acordo, entre outros órgãos, dois em Bruxelas e um em Punta del Este, sem terem resultado em medidas concretas na esfera da liberalização do comércio. WEHNER, U. *Der Mercosur: Rechtsfragen und Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojektes und die Erfolgsaussichten der interregionalen Kooperation mit der Europäischen Union*, p. 204-205.

<sup>60</sup> A primeira reunião ocorreu em Buenos Aires em abril de 2000 e a nona em Bruxelas em março de 2003, a título de exemplo. As rodadas de negociações conduzidas por ele podem ser acompanhadas em VENTURA. *Idem*, p. 521-531.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 413-453 e 511.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 328 e 453.



Com esse acordo entre as duas regiões integracionistas, considerado o primeiro acordo desta natureza no mundo<sup>63</sup>, chamado ainda de acordo de quarta geração<sup>64</sup>, núcleo da relação bi-regional e outorgador de uma nova dinâmica nela<sup>65</sup>, a Comunidade não assegurou apenas o acesso privilegiado ao comércio, mas também uma presença econômica mais forte no continente americano, nas palavras de GRATIUS, vinculada às características de mercado de exportação, praça de investimentos e parceria comercial. Além desta, do ponto de vista político, a estreita vinculação histórica e cultural, reconhecida também a partir dos respectivos sistemas jurídicos<sup>66</sup>, e a menor dificuldade de uma aproximação com a Comunidade do que com os EUA desempenharam um papel importante na decisão<sup>67</sup>.

Por outro lado, uma pesquisa realizada pela Comissão havia chegado à conclusão de que a Europa não poderia no futuro manter o nível de vida da população se dependesse somente dos recursos de seu território. Sob essa perspectiva, é de se referir que a Comunidade estava visando a sua sobrevivência, ao estabelecer tais alianças comerciais, como observa CAMPELLO<sup>68</sup>.

Os interesses comerciais e econômicos eram movidos pelo vasto mercado consumidor, pelos espetaculares aumentos do comércio interregional e com a Comunidade manifestados, bem como pelas associações com outros países e pelas potenciais a ocorrer<sup>69</sup>. Na verdade, a Comunidade via o Mercosul como um grande parceiro com 200 milhões de consumidores. Uma perda do fluxo de comércio com esse parceiro, fosse por uma aproximação com os EUA, o que já havia ocorrido com o México, com a qual a Comunidade perdeu 25 por cento do mercado, fosse pelo surgimento da Área de Livre Comércio das Américas (Alca), era algo não desejado<sup>70</sup>. O período de transição havia sido ultrapassado no final de 1994, como já referido, e encaminhava-se o bloco para o início do período de convergência, no qual os objetivos centrais seriam a concretização da liberdade de circulação interna de bens e da união aduaneira<sup>71</sup>, através dos programas de liberação comercial. Tanto aqui como na Comunidade, observa-se que a livre circulação de bens era a primeira a ser

---

<sup>63</sup> CAMPELLO, D. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>64</sup> Sobre a classificação de acordos em de primeira, segunda e terceira geração ver VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 352-370.

<sup>65</sup> WEHNER, U. *EU und Mercosur: Auf dem Weg zur Freihandelszone?*, p. 371.

<sup>66</sup> *Idem*, p. 373 e WEHNER, U. *Der Mercosur: Rechtsfragen und Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojektes und die Erfolgsaussichten der interregionalen Kooperation mit der Europäischen Union*, p. 183.

<sup>67</sup> GRATIUS, S. *Op. cit.*, p. 304 e 314-315.

<sup>68</sup> CAMPELLO, D. *Op. cit.*, p. 135-136.

<sup>69</sup> WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 175-183.

<sup>70</sup> Para ALMEIDA, “A ‘ameaça’ da ALCA incitou presumivelmente os europeus a se decidirem por avançar na implementação do acordo (...)”. ALMEIDA, P. R. de. O Brasil e o futuro do MERCOSUL: dilemas e opções. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *MERCOSUL: integração regional e globalização*, p. 36. Sobre os interesses recíprocos entre os blocos, demonstrados no Acordo, ver MIDÓN, Mario A. R. *Derecho de la Integración: Aspectos institucionales del Mercosur*, p. 379-397 e DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El derecho internacional privado en las relaciones Mercosur-Unión Europea*, p. 1302-1306. Segundo VENTURA, “Ela viu nele uma porta de entrada privilegiada para seus interesses no continente, um aliado no mínimo promissor quanto ao equilíbrio das relações transatlânticas e um discípulo em potencial de sua empreitada integracionista”. VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 413.

<sup>71</sup> WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 148-149.

implementada. Nessa época, o desenvolvimento das outras duas previstas no Tratado de Assunção não recebia mais do que citações em documentos.

Quanto à questão da concorrência, já era sabido pelas decisões tomadas que o trato não se resumiria à remoção de barreiras tarifárias e não-tarifárias. Abrangeria muito mais falseamentos conduzidos pelos Estados e por empresas privadas com uma vinculação aos tradicionais princípios de livre mercado e livre concorrência. A assinatura do acordo-quadro conduziu o Mercosul a ter um protocolo para a defesa da concorrência em 1996<sup>72</sup>.

O aumento do número de empresas presentes em mais de um continente e a possibilidade de concentrações de dimensão transnacional enseja a intervenção de mais de uma autoridade, a aplicação extraterritorial das normas e a existência de decisões conflitantes. Para coibir esses problemas, surge a cooperação internacional<sup>73</sup>. Como já visto, a Comunidade se valeu de alguns desses acordos para promover a cooperação e a coordenação entre as autoridades responsáveis pela aplicação das regras da concorrência e mesmo para garantir o acesso ao mercado também com o Mercosul. A questão era saber se havia bases para iniciar uma cooperação séria<sup>74</sup>. Com efeito, em novembro de 1999, como observa SANTOS, o Conselho da Comunidade Européia concedeu à Comissão o mandato para negociar o acordo de livre comércio, que deveria incluir regras de concorrência e procedimentos de execução fundados no ordenamento comunitário<sup>75</sup>. A primeira reunião de peritos aconteceu em abril de 2000<sup>76</sup>. Regras de concorrência para esse caso não se diferenciam das regras destinadas a um processo de integração normal. Segundo o mandato recebido pela Comissão, as partes deveriam estabelecer regras jurídicas suficientemente claras que garantissem a transparência e a efetiva aplicação de suas regras de concorrência. As autoridades de concorrência das partes deveriam ainda buscar um instrumento de cooperação que viesse a facilitar a realização de consultas recíprocas e troca de informações<sup>77</sup>. Esses eram os objetivos principais. Atualmente o acordo que a Comunidade mantém com o México pode servir de base para analisar as expectativas que os blocos têm com a assinatura de tais acordos de estabelecimento de zonas de livre comércio que contenham capítulos ou anexos relacionados com a concorrência<sup>78</sup>. O trato regional já foi visto como alternativa a um direito de âmbito internacional.

---

<sup>72</sup> VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 447.

<sup>73</sup> Princípio desenvolvido de forma abrangente em SÁNCHEZ-TARAZAGA Y MARCELINO, Jorge. *La libre competencia en el mercado único europeo y en EE UU: la cooperación internacional en la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia*, p. 37-41. Ver ainda GARCÍA CANO, Sandra. *La Cooperación Internacional en el Ámbito del Derecho de la Competencia: especial referencia a las relaciones euroamericanas*, p. 721-741 e TIZZANO, Antonio. *Quelques observations sur la coopération internationale en matière de concurrence*, p. 75-100.

<sup>74</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Is there a basis for a co-operation between the EU and the Mercosur in the field of restrictive business practices?*, p. 113-124.

<sup>75</sup> SANTOS, Maria Cecília. *Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul*, p. 86-90.

<sup>76</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Wettbewerbsrecht im MERCOSUR*, p. 307.

<sup>77</sup> RIVIÈRE MARTI, J. A. La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea. In: CASES, Luís (Dir.). *Anuario de la competencia 1997*, p. 562-563.

<sup>78</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Is there a basis for a co-operation between the EU and the Mercosur in the field of restrictive business practices?*, p. 113.

Os principais pontos a considerar eram a definição de conceitos, o que se entende por direito da concorrência, a definição das autoridades que iriam atuar, os critérios mínimos a serem preenchidos pelos atos ou comunicações para que sejam comunicados entre as agências competentes, o tratamento da informação, a coordenação de procedimentos entre as agências, a consideração dos interesses da outra parte, a cooperação técnica e o que se chama de *positive comity*, ou seja, a ação positiva quanto ao início de um procedimento sempre que ocorrer restrições da concorrência no território de uma das partes que afeta desfavoravelmente a outra<sup>79</sup>. Segundo esse princípio<sup>80</sup>, cada parte pode formalmente requer que a outra tome ação para parar práticas anticompetitivas que a parte requisitante acredite possam afetar adversamente seus interesses importantes<sup>81</sup>. Também necessitava ser decidido se o acordo se limitaria ao âmbito de aplicação que as regras do Mercosul encontram, isto é, sem um controle de concentrações, ou se ele iria se basear pelo direito comunitário em seu conjunto. Da mesma forma, uma pensada limitação ao processo do Mercosul, que é executado pelas instâncias nacionais, fez BISCHOFF-EVERDING recomendar que essas instâncias também fossem envolvidas no acordo<sup>82</sup>.

O resultado final esperado da relação estabelecida era a formação de uma zona de livre comércio entre os dois blocos de diferentes níveis de desenvolvimento e distantes geograficamente, mas com o objetivo comum de incrementar a multipolaridade econômica no mundo através do fortalecimento dos blocos de integração regional existentes, isto é, a progressiva remoção de barreiras à importação e exportação de produtos que tenham origem em seus territórios, embora, como observa WEHNER, na prática tenha se mostrado meramente um pré-estágio de preparação para tanto. Várias dificuldades impediam o atingimento deste que seria o segundo maior bloco econômico do mundo. A primeira era o pequeno poder de compra detido pela região. A segunda era relacionada ao potencial exportador de

---

<sup>79</sup> SANTOS, M. C. *Op. cit.*, p. 88-90.

<sup>80</sup> Também presente no acordo de cooperação em matéria de concorrência firmado entre a Comunidade Européia e os Estados Unidos da América em 1991. HANSEN, Patricia Isela. *Antitrust in the Global Market: rethinking 'reasonable expectations'*, p. 1613; MATHIJSEN, P. S. F. R. *A guide to European Union law*, p. 300; ARAUJO JUNIOR, José Tavares. *Antidumping e política de concorrência na Alca e no Mercosul*, p. 136-138 e OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*, p. 386. A inserção do princípio do *positive comity* neste acordo é vista como uma exitosa atitude em MONTI, Mario. *The international dimension of competition enforcement*, p. 79. A aplicação de um tal princípio na relação entre Brasil e Argentina estaria sendo impedida pelo Protocolo de Fortaleza, conforme ARAUJO JUNIOR, realidade perante a qual sugere, inclusive, “ignorar temporariamente” o documento. ARAUJO JUNIOR, J. T. *Op. cit.*, p. 139-140. De fato, em 16 de outubro de 2003 o Brasil firmou com a Argentina o Acordo Relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis Concorrenciais, que incorpora o princípio. Ele também está presente no Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América Relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, que entrou em vigor em 25 de março de 2003. Está publicado em *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, jul./set. 2003. p. 292-297. Para ambos os acordos ver OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 387-388, em especial a nota de rodapé número 24. Uma não-introdução de um tal princípio em um acordo desta envergadura é o que a doutrina conhece como *negative comity*. BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 123.

<sup>81</sup> SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Concorrência. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*, p. 474, nota de rodapé número 874.

<sup>82</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Wettbewerbsrecht im MERCOSUR*, p. 309 e BISCHOFF-EVERDING, P. *Is there a basis for a co-operation between the EU and the Mercosur in the field of restrictive business practices?*, p. 122-124.

produtos agrícolas que a região tem, mas isso vinha a conflitar com a política agrícola protecionista da Comunidade, que não é comparável a qualquer outra realizada em nenhum outro âmbito do mercado interno. A recente adesão da Polónia ao bloco, entre outros Estados com forte dependência e produção agrícolas, pode dificultar ainda mais essa relação<sup>83</sup>. A terceira era ocasionada pelo estrito nexo entre concretas concessões comerciais ao Mercosul e os então futuros resultados das negociações na Organização Mundial do Comércio, que afastariam o Mercosul da relação com a Comunidade. Na verdade, a conjugação de interesses era um verdadeiro campo de tensão, sobretudo baseado em questões de política exterior<sup>84</sup>. VENTURA ainda acrescenta como dificuldade os profundos dilemas com os quais o próprio Mercosul se depara e que são capazes de enfraquecer a aliança com a Europa, como a admissão de uma eventual inevitável dissolução dentro da Alca, alargamento, revisão do conteúdo do seu projeto e a escolha entre a verdadeira realização do mercado comum ou o abandono da idéia<sup>85</sup>.

De resto, o que ainda se espera é que tais acordos venham a resultar num melhor ingresso dos produtos do bloco na Comunidade, gerando vantagens a todos os membros<sup>86</sup>, bem como torná-lo mais atrativo ao ingresso de novos<sup>87</sup>. Até o presente momento, como resultado se tem que estes acordos incrementaram substancialmente o diálogo político econômico e comercial entre os signatários e tornaram o Mercosul até mesmo uma atração. Juristas europeus passaram a questionar fortemente se o direito do Mercosul interessava para a Europa e a responder afirmativamente<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> Os entraves que a política agrícola comum comunitária traz à formação de um bloco dos blocos foram estudados em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 459 e seguintes, em particular nas p. 537-542, onde a questão é tratada como um nó, especialmente aqueles opostos a uma abertura comercial, pelos prejuízos que ela traria aos países da Comunidade, e a bem clara posição dos países do Mercosul quanto à inclusão do setor agrícola na ordem do dia. Lembra VAZ que “Ademais do financiamento da produção, os agricultores europeus se beneficiam de uma política de intervenção no mercado altamente paternalista e protecionista. Os preços dos produtos agrícolas são fixados pelas autoridades da União Européia, de maneira a remunerar adequadamente o produtor; se não se alcançam os preços estabelecidos, as entidades oficiais intervêm no mercado e adquirem os produtos, de modo que a colheita a preços remunerativos resta assegurada. Se algum produtor de fora da União Européia tenta introduzir suas mercadorias, a ele são aplicadas sobretaxas que anulam toda a competitividade que poderia ter o produto estrangeiro”. VAZ, I. *Op. cit.*, p. 307-308.

<sup>84</sup> WEHNER, U. *EU und Mercosur: Auf dem Weg zur Freihandelszone?*, p. 374-376; WEHNER, U. *Der Mercosur: Rechtsfragen und Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojektes und die Erfolgsaussichten der interregionalen Kooperation mit der Europäischen Union*, p. 183-187, 219-220 e 239 e WEHNER, U. *Nuevo dinamismo o Estancamiento: El futuro de las relaciones entre el Mercosur y la UE*, p. 67-70.

<sup>85</sup> Estudados em VENTURA, que conclui que os Estados-partes não se submetem mais como outrora aos europeus, mas “também não são capazes de forjar para si mesmos um outro caminho”. VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 549-612 e 612, respectivamente. Opções extremas ao Mercosul, como as de dissolução do processo na Alca ou no Nafta, também são trabalhadas em ALMEIDA, P. R. de. Dilemas da Soberania no Mercosul: Supranacional ou Intergovernamental? In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário direito e globalização: a soberania*, p. 243-251; em ALMEIDA, P. R. de. O Brasil e o futuro do MERCOSUL: dilemas e opções. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *MERCOSUL: integração regional e globalização*, p. 18-25 e em O’KEEFE, Thomas Andrew. Las posibilidades de incorporar el MERCOSUR al NAFTA para crear una zona de libre comercio hemisferia antes del año 2005. In: STAHRINGER DE CARAMUTI, Ofelia (Coord.). *El Mercosur en el nuevo orden mundial*, p. 299.

<sup>86</sup> Uma visão da União Européia como uma aliada decisiva para a continuidade da integração latino-americana é vista em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 455-547.

<sup>87</sup> PORRATA-DORIA JUNIOR, R. A. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>88</sup> SAMTLEBEN, J. *Op. cit.*, p. 65; WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 62-63 e RIVIÈRE MARTI, J. A. *Op. cit.*, p. 555-563.

### 3.1.d) O período do sucesso

Desde a sua fundação, o Mercosul gerou mais ganhos que qualquer organização anterior existente entre os Estados-partes e mais que os esperados<sup>89</sup>. As relações de cooperação e de comércio entre os países foram formalizadas e expandidas. As elites estavam convencidas que a idéia de integração econômica era desejável e exequível. Tornou-se um mercado interessante para os investidores estrangeiros, embora estivesse em um estágio muito distante de um mercado comum. Dispunha, como visto, de uma nova estrutura institucional, advinda com o Protocolo de Ouro Preto.

Até 1997 o comércio entre os países cresceu assustadoramente<sup>90</sup>. Com tais resultados, tornou-se o terceiro mais importante bloco econômico no mundo<sup>91</sup>. O comércio e os investimentos entre o Brasil e a Argentina, por exemplo, quadruplicaram, atingindo assim um grande sucesso econômico com taxas de vinte e dois por cento, comparáveis aos sete por cento do comércio extra-zona<sup>92</sup>. Cerca de noventa por cento dos produtos podiam circular livre de tarifas. Para oitenta e cinco por cento dos bens importados valia uma tarifa externa comum. Regras especiais existiam apenas para produtos sensíveis e setores protegidos. Com isso, desenvolveu-se uma certa interdependência entre as economias. Até mesmo a idéia de uma união monetária chegou a ser pensada<sup>93</sup> e efetivamente proposta pelo governo argentino. Chegou a ser considerado um potencial futuro competidor para a Comunidade Européia e para o North American Free Trade Agreement (Nafta). Parecia estar no caminho para tornar-se o mercado comum do Século 21<sup>94</sup>.

---

<sup>89</sup> SAMTLEBEN, J. *Der Südamerikanische Gemeinsame Markt (MERCOSUR) und seine neue Verfassung*, p. 2005.

<sup>90</sup> JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 54. Para um resumo do sucesso econômico do bloco no período anterior às crises ver MARTINS, Renata. *MERCOSUR: Der Südamerikanische Gemeinsame Markt im Überblick*, p. 851-852 e WEHNER, U. *EU und Mercosur: Auf dem Weg zur Freihandelszone?*, p. 373.

<sup>91</sup> Ou o segundo, atrás do Nafta, como quer GRATIUS. GRATIUS, S. *Op. cit.*, p. 304. Ou ainda o quarto, como quer WEHNER. WEHNER, U. *Der Mercosur: Rechtsfragen und Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojektes und die Erfolgsaussichten der interregionalen Kooperation mit der Europäischen Union*, p. 23.

<sup>92</sup> GRATIUS, S. *Op. cit.*, p. 306. Patamares de exportação e importação intra-zona podem ser conferidos em SAHA, Suranjit Kumar. Mercosul, competitividade e globalização. In: LIMA, Marcos Costa; MEDEIROS, Marcelo de Almeida (Orgs.). *O Mercosul no limiar do século XXI*, p. 82-84.

<sup>93</sup> JAEGER JUNIOR, A. *Temas de direito da integração e comunitário*, p. 94-104 e SANTOS, Diogo Antonio Correa dos. Uma moeda única para o Mercosul. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). *Direito Internacional e da Integração*, p. 793-798. Agora pensada para 2012. MARTINS, R. *Op. cit.*, p. 855 e WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 65. Ou mesmo vista como uma utopia. GRATIUS, S. *Op. cit.*, p. 309. Todavia, em 2003 o então vice-chanceler da Argentina, Martín Redrado, impulsionado pela paridade entre real e peso, apresentou ao governo brasileiro um conjunto de propostas para acelerar a criação de uma moeda única, apelidada em tom de brincadeira de 'patacón do Mercosul'. A primeira etapa seria o aperfeiçoamento do sistema hoje conhecido como Convênio de Crédito Recíproco, que dispensa o uso de dólares nas transações comerciais entre os dois países. O Brasil respondeu que queria construir a integração passo a passo. Os dois governos decidiram impulsionar a criação do Instituto Monetário do Mercosul para aparar o caminho com a nomeação de dois funcionários por cada governo. Uma citação à criação do Instituto pode ser vista no *PRIMER Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur: un foco para el proceso de integración regional*, p. 23, nota de rodapé número 36. Primórdios no fim da década de 80 da idéia de uma moeda que deveria chamar-se gaúcho estão repassados em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 601-605.

<sup>94</sup> PORRATA-DORIA JUNIOR, R. A. *Op. cit.*, p. 2.

Esse período também foi marcado pela tentativa de passagem da etapa da integração baseada nas chamadas medidas de fronteira, como reduções tarifárias, simplificação de procedimentos administrativos e regime comum de cláusulas de salvaguarda, para uma etapa mais avançada da integração, chamada *deep integration*, com o deslocamento do centro de gravidade das negociações para a discussão da elaboração de políticas comuns de comportamento de mercado, tais como políticas regionais de defesa do consumidor, de defesa da concorrência e harmonização das legislações e dos regimes de incentivo às exportações<sup>95</sup>. Vale lembrar que foi durante ele que surgiu uma Comissão Técnica para o tratamento das políticas públicas que distorcem a concorrência e o próprio Protocolo de Defesa da Concorrência.

Nesse momento já era possível afirmar que o Mercosul possuía um ordenamento jurídico, e hoje a doutrina já comenta acerca de uma constituição material<sup>96</sup>. O Tratado de Assunção, os protocolos de Ouro Preto e Brasília, as decisões, resoluções e diretrizes formavam um ordenamento jurídico organizado e estruturado que possuía suas próprias fontes, dotado de órgãos e procedimentos aptos para emití-las, interpretá-las, bem como para constatar e sancionar os casos de não-cumprimento e violações, nas interpretações de DARTAYETE<sup>97</sup> e SAMTLEBEN<sup>98</sup>.

Para essa ordem jurídica é de grande relevância o que se pode considerar de processo civil internacional do Mercosul<sup>99</sup>. Conferências especiais interamericanas de direito internacional privado auxiliaram na formação dessa concepção<sup>100</sup>. O Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e

---

<sup>95</sup> FELDMAN, Guillermo. *Mercosur: los nuevos desafíos para el año 1997*, p. 181.

<sup>96</sup> Sobre o reconhecimento de que existe uma ordem jurídica no Mercosul, mesmo que não do tipo comunitário, ver VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 132. Quanto à questão, ainda é de se referir a doutrina que prega a existência de um direito constitucional do Mercosul, fruto do novo constitucionalismo do Século 21, ante as inovações de supranacionalidade e Estados-região, que tem por base material o Tratado fundacional, os protocolos e os acordos que se seguiram e como convênios e pactos preexistentes o Tratado de Montevidéu de 1960, o Tratado de Montevidéu de 1980 e os tratados de integração entre a Argentina e o Brasil, vista em DROMI SAN MARTINO, L. *Op. cit.*, p. 219-307.

<sup>97</sup> DARTAYETE, M. C. *Op. cit.*, p. 67.

<sup>98</sup> SAMTLEBEN, J. *Op. cit.*, p. 1997.

<sup>99</sup> Também chamado na doutrina argentina de direito internacional privado do Mercosul. MARQUES, C. L. *O "Direito do Mercosul": Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração*, p. 89 e MARQUES, C. L. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*, p. 423. Ver para tanto ainda SAMTLEBEN, J. *Das Internationale Prozeß- und Privatrecht des MERCOSUR: ein Überblick*, p. 1-69; SAMTLEBEN, J. *Ein Gerichtsstandsübereinkommen für den Südamerikanischen Gemeinsamen Markt (MERCOSUR)*, p. 129-132; ARAUJO, Nadia de; SALLES, Carlos Alberto; ALMEIDA, Ricardo R. *Cooperação interjurisdicional no Mercosul: Cartas Rogatórias, Homologação de Sentenças e Laudos Arbitrais e informação do Direito Estrangeiro*. In: BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros*, p. 489-519; ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*, 368 p.; MARQUES, C. L. *Procédure civile internationale et Mercosur: pour un dialogue des règles universelles et régionales*, p. 465-484 e PABST, Haroldo. *Das internationale Zivilprozeßrecht des Mercosul*, p. 76-79.

<sup>100</sup> SAMTLEBEN, J. *Das Internationale Prozeß- und Privatrecht des MERCOSUR: ein Überblick*, p. 9. Sobre as conferências interamericanas de direito internacional privado ver SAMTLEBEN, J. *Die interamerikanischen Spezialkonferenzen für Internationales Privatrecht*, p. 257-320 e SAMTLEBEN, J. *Neue interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht*, p. 1-115. Sobre uma harmonização ou coordenação das convenções sobre processo civil internacional do Mercosul com outras convenções internacionais relativas à matéria, adotadas por organizações regionais ou mundiais, ver MARQUES, C. L. *Idem*, p. 465-484.

Administrativa, chamado de Protocolo de Las Leñas, de 1992, regula a assistência jurisdicional e o reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros<sup>101</sup>. O Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual de 1994 é outro documento que pode ser listado nessa ordem<sup>102</sup>. Ele unifica as regras de competência internacional para demandas de caráter civil e comercial envolvendo contratos no Mercosul. Todavia, são excluídas de seu âmbito de aplicação inúmeras matérias, como falência, família e sucessão. Por fim, um processo do Mercosul ainda conta com o Protocolo de Medidas Cautelares, firmado em Ouro Preto, em 1994, que abrangeu âmbitos deixados em aberto pelo Protocolo de Las Leñas, com o Protocolo de Santa Maria sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo e com o Protocolo de São Luis em matéria de responsabilidade civil emergente de acidentes de trânsito, ambos de 1996<sup>103</sup>.

Apesar do sucesso, o bloco passou a enfrentar nítidos problemas. Alguns foram vinculados à abertura econômica, redução do aparato do Estado e à evolução de problemas sociais como desemprego e miséria<sup>104</sup>. Como lembra SALOMÃO FILHO, “processos de integração regional são dinâmicos – ou se desenvolvem de forma permanente ou tendem a uma involução. Os motivos para isso residem na dinâmica do comércio internacional (...). Tão logo o processo de integração se paralise, há a tendência do predomínio dos interesses particulares dos Estados e se opõem, em função disso, contra o comércio”<sup>105</sup>. Por isso é dito que a estagnação representa um retrocesso. Ainda que não seja tão visível um retrocesso no processo do Mercosul, seguiu-se ao período de sucesso uma forte *merco esclerosis*<sup>106</sup>.

### 3.1.e) Das crises dos Estados-partes à crise do Mercosul

Desde 1999 os Estados-partes vêm enfrentando severas crises econômicas que tiveram fortes reflexos no Mercosul<sup>107</sup>. Primeiro foi o Brasil que precisou desvalorizar

---

<sup>101</sup> Ainda, segundo SAMTLEBEN, é garantidor de um dever de tratamento igualitário do cidadão do Mercosul quanto ao acesso ao tribunal de outro Estado-parte que não o seu, o que o próprio Tratado de Assunção não havia previsto, uma vez que não contém nem proibição de discriminação em geral. SAMTLEBEN, J. *Das Internationale Prozeß- und Privatrecht des MERCOSUR: ein Überblick*, p. 16.

<sup>102</sup> Apresentado detalhadamente e comparado com a Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à competência judicial e ao reconhecimento e execução de resoluções judiciais em matéria civil e mercantil em SAMTLEBEN, J. *Ein Gerichtsstandsübereinkommen für den Südamerikanischen Gemeinsamen Markt (MERCOSUR)*, p. 129-132. Ver ainda SAMTLEBEN, J. *Das Internationale Prozeß- und Privatrecht des MERCOSUR: ein Überblick*, p. 32-45 e ARAUJO, N. de. *Op. cit.*, p. 89-90.

<sup>103</sup> Todos estes documentos integrantes do processo civil internacional do Mercosul são referidos em MARQUES, C. L. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*, p. 423-435; em PABST, H. *Op. cit.*, p. 76 e em SAMTLEBEN, J. *Op. cit.*, p. 9-69. Já como integrantes da constituição material do Mercosul, juntamente com inúmeros outros, são referidos em DROMI SAN MARTINO, L. *Op. cit.*, p. 269-293.

<sup>104</sup> GRATIUS, S. *Op. cit.*, p. 307.

<sup>105</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Der MERCOSUL als Marktregelung. In: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000*, p. 29-30.

<sup>106</sup> Em adaptação do termo *euro esclerosis*, relacionado às crises enfrentadas pela Comunidade Européia, utilizado em BIANCHI, Patrizio. *Construir el mercado: Lecciones de la Unión Europea – el desarrollo de las instituciones y de las políticas de competitividad*, p. 25.

<sup>107</sup> BARRAL, Welber. O Protocolo de Olivos e as controvérsias no Mercosul. In: HOFMEISTER, Wilhelm; TREIN, Franklin. *Anuário Brasil-Europa 2002: solução de controvérsias, arbitragem comercial e propriedade intelectual*, p. 85. A afetação da crise na competitividade dos Estados-partes,

a sua moeda em janeiro em 30 por cento frente ao dólar, passando de um sistema de câmbio fixo para uma regra de livre oscilação. A Argentina demonstrava não ter se adequadado, no prazo previsto, às metas instituídas pelo bloco. Tal inadequação, e a desvalorização do real frente ao dólar, decisão política e econômica, fez com que ela se visse obrigada a instituir cláusulas de salvaguarda<sup>108</sup> frente ao Brasil, especialmente para os setores de calçados, frangos, têxteis e regime automotivo. Tal medida quase desencadeou o rompimento do Acordo Mercosul.

Com efeito, em represália, a Argentina, que também dispunha de um câmbio atrelado, impôs quotas de importação para vários produtos, ademais de cláusulas de salvaguarda<sup>109</sup>. No plano das negociações do Mercosul, a determinação de quotas de importação e exportação de determinados produtos fere o princípio da livre concorrência. As quotas são determinações governamentais praticadas durante certo lapso, no qual somente um valor ou uma quantidade determinada de um produto poderá ou deverá ser comercializada. Representam, por óbvio, um obstáculo à liberdade de concorrência. No mínimo o produtor nacional vê seu produto preterido, tendo por base um acordo, na maioria das vezes político, do qual sequer fez parte, tampouco foi representado. No outro pólo, um consumidor que deseje determinado produto que teve sua quota esgotada, não poderá fazer uso de seu direito de escolha.

Existia a preocupação de que outros países do bloco também viessem a restringir a importação de bens do Brasil<sup>110</sup>, bem como que o Brasil reagisse com novas medidas. Enquanto essas ameaçaram a consistência econômica do bloco, o pedido de ingresso da Argentina na Otan produziu revés político<sup>111</sup>. Também o Brasil firmou acordos econômicos com países andinos<sup>112</sup>. Tais fatos tornaram as relações entre os dois maiores parceiros do bloco extremamente difíceis.

Antes, em nível político, em 24 de julho de 1998, na cidade de Ushuaia, na Argentina, o processo necessitou ver reforçado o seu compromisso democrático com a assinatura da Cláusula Democrática, pela qual as democracias nos países são fundamentais para a manutenção do acordo<sup>113</sup>. Em verdade, o Mercosul “deve ao Paraguai” a concepção desse protocolo, segundo VENTURA, realizado ante o receio de uma recaída autoritária naquele país<sup>114</sup>.

A desvalorização do real provocou desmedida concorrência entre empresas brasileiras e argentinas, essencialmente em dois aspectos: o volume de exportações de produtos brasileiros para o referido país e a importação de empresas inteiras em curso

---

por exemplo, foi evidenciada em MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Competitividade empresarial e Mercosul*, p. 50-70.

<sup>108</sup> Para um compreensão do que seja uma salvaguarda ver FASULINO, Eduardo J. Los problemas de la competencia entre la Argentina y Brasil. In: BALZE, Felipe A. M. de la (comp.). *Argentina y Brasil: enfrentando el siglo XXI*, p. 455-458 e FIGUEREDO, Julio. Derecho de la competencia e integración económica: la situación en el Mercosur. In: *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2*, p. 82-88. Para um esforço de entender as cláusulas de salvaguarda como uma certa previsão de dimensão social ao Mercosul ver JAEGER JUNIOR, A. *Mercosul e a livre circulação de pessoas*, p. 115-116.

<sup>109</sup> Uma enumeração das medidas pode ser vista em SALOMÃO FILHO, C. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>110</sup> MARTINS, R. *Op. cit.*, p. 852.

<sup>111</sup> ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. *O futuro do Mercosul*, p. 223 e MARTINS, R. *Op. cit.*, p. 855.

<sup>112</sup> PORRATA-DORIA JUNIOR, R. A. *Op. cit.*, p. 49 e MARTINS, R. *Op. cit.*, p. 855.

<sup>113</sup> JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 47-48.

<sup>114</sup> VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 183-184 e 438.



entre Argentina e Brasil, ambos em favor desse último. Acontecimento como esse é bom para o Brasil, em análise isolada e não-exaustiva. Mas, devido ao descompasso provocado no crescimento econômico, ruim para o processo de integração.

As alegações recíprocas eram que a Argentina não tinha, em tempo hábil, solucionado a falta de competitividade de suas empresas<sup>115</sup> e que o Brasil não havia consultado ou acertado com os demais parceiros a decisão de desvalorização de sua moeda<sup>116</sup>.

Nos anos seguintes, a Argentina passou a considerar a sua participação no Mercosul como problemática para a sua economia e tornou-se não-cooperativa em matérias que envolvessem o bloco<sup>117</sup>. Houve vozes que até questionavam a manutenção da integração. Neste sentido, BURBRIDGE comenta um artigo do economista argentino Federico Sturzenegger, de título *¿Nos sigue conveniendo el Mercosur?*, no qual ele questiona se vale a pena seguir adiante com a integração, a utilidade da união como vinha sendo desenvolvida com o Brasil para a Argentina e se opunha a algo que parecia ser uma obviedade, que era o grande êxito do processo como gerador de comércio, êxito este tido para ele como de efeito inócuo. O autor responde ao economista, questionando qual a opção mais conveniente que a integração para o enfrentamento da instabilidade financeira que assolava a região e como estaria a Argentina se não existisse o mercado comum perante os investidores estrangeiros, sem que a estes fosse permitido uma associação das economias argentina e brasileira. Por fim, assevera que o Mercosul auxiliou os problemas argentinos a não serem maiores, a reforçar a estabilidade econômica, e que desmantelar o processo de integração seguramente teria para todos um custo muito maior que tentar corrigir os defeitos nele reconhecidos<sup>118</sup>. Em defesa, DROMI, por sua vez, também lança um manifesto que propunha uma “agenda de movimento” para dinamizar a recuperação da integração, no qual não aceitava uma visão apocalíptica e excluía a hipótese de que o Mercosul “não seja”<sup>119</sup>.

Paralelo a todos esses, surgiu a Área de Livre Comércio das Américas (Alca)<sup>120</sup>, que representou ser um perigo mais forte aos projetos de desenvolvimento do Mercosul e mesmo um novo competidor comercial.

Para completar, em dezembro de 2001 a situação da economia argentina se agravou drasticamente<sup>121</sup>. As reações do governo argentino para com esta foram extremas. Elas envolveram a imposição de limites para saques e transferências bancárias, o abandono da paridade cambial, forte desvalorização da moeda e o fechamento dos bancos. Havia fortes previsões de que tal crise se estendesse ao

---

<sup>115</sup> WURCEL, Gabriela. *Argentina tiene que solucionar su falta de competitividad: entrevista a Julio Redecker*, p. 32 e VAZ, A. C. *Op. cit.*, p. 237.

<sup>116</sup> MARTINS, R. *Op. cit.*, p. 855 e LORES, Raúl Juste. *Por que os argentinos estão irados com o Brasil*, p. 186-195.

<sup>117</sup> PORRATA-DORIA JUNIOR, R. A. *Op. cit.*, p. 4.

<sup>118</sup> BURBRIDGE, Martín. *¿Nos sigue conveniendo el Mercosur?*, p. 256-260.

<sup>119</sup> DROMI, Roberto. *Mercosur: reglas para creer y crecer*, 11 p.

<sup>120</sup> Sobre o tema ver GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Alca: a Área de Livre Comércio das Américas*, 138 p. e ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. *Relações internacionais e sua construção jurídica: aspectos históricos, jurídicos e sociais*, 176 p.

<sup>121</sup> Um diagnóstico dos acontecimentos deste ano pode ser visto em ALMEIDA, P. R. de. *O Mercosul em crise: que fazer?*, p. 111-122.

Brasil. Os retrocessos do ano de 1999 já haviam levado os céticos a questionar que futuro teria o Mercosul<sup>122</sup>. Com tudo isso, diminuíram as expectativas de que o bloco viesse a se tornar o mercado comum do Século 21<sup>123</sup>.

Presentemente, no que concerne ao progressivo processo econômico de integração, o Mercosul palmilha numa região nebulosa: entre uma zona de livre comércio no seu interior, ainda não totalmente implementada<sup>124</sup>, e os primeiros passos para o estabelecimento de uma união aduaneira frente a terceiros países, já que apesar do estabelecimento da tarifa externa comum<sup>125</sup> (entre zero e vinte por cento, tendo uma média de 11,3 por cento<sup>126</sup>), ainda se vale de um sistema vinculado a regimes de origem característico de uma zona de livre comércio<sup>127</sup> e fundado em alternativas que

---

<sup>122</sup> ARNOLDI, P. R. C.; MICHELAN, T. C. de. *Op. cit.*, p. 221.

<sup>123</sup> PORRATA-DORIA JUNIOR avalia se esta afirmação seria exata. Para tanto, o autor estuda as instituições postas a serviço do atingimento dos objetivos e a efetividade das normas que a organização criou para atingir isso. Posteriormente, tenta definir o que significa o sucesso de uma organização internacional e o que levaria um país a fazer parte de uma ou a manter-se independente. PORRATA-DORIA JUNIOR, R. A. *Op. cit.*, p. 5-48.

<sup>124</sup> Informações sobre a evolução, situação atual da consolidação da zona de livre comércio e as perspectivas podem ser conferidas no *PRIMER Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur: un foco para el proceso de integración regional*, p. 13-18.

<sup>125</sup> A TEC foi adotada em 1994, durante a Conferência de Ouro Preto, através da Resolução n. 22/94 CMC. ALMEIDA, P. R. de. *Mercosul: fundamentos e perspectivas*, p. 149. Tarifas, para FARIA, “são tributos cobrados sobre o valor de uma mercadoria na sua importação ou exportação, sem que um tributo correspondente incida sobre as mercadorias nacionais, pelo que impostos de importação ou de consumo (impostos indiretos) não se incluem na mesma categoria, eis que incidem também sobre o produto nacional”. FARIA, J. A. E. *Op. cit.*, p. 28. Ainda que imperfeita, essa fase foi iniciada no Mercosul, em 1º de janeiro de 1995. VAZ, A. C. *Op. cit.*, p. 339. Para SANTOS “A criação de uma Tarifa Externa Comum por si só não determina o estabelecimento da união aduaneira. É preciso o estabelecimento de mecanismos e órgãos encarregados de gerenciamento de uma política comercial comum, frente a terceiros Estados, e outros Blocos Econômicos”. SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades*, p. 104. De acordo com o artigo 5º., do Tratado de Assunção, a TEC é um dos principais instrumentos para a constituição do mercado comum, a última fase prevista para o Mercosul. Assim, “a partir do momento em que os Estados-Partes aceitaram a livre circulação não só dos produtos originários de qualquer um deles, mas ainda de produtos importados de terceiros Estados, ao concordarem com a tarifa externa comum, perderam a faculdade de negociar acordos comerciais e de tentar controlar o seu convênio externo através dos instrumentos tradicionais. Conseqüentemente, cada Estado renuncia a uma política comercial externa autônoma, o que implica na necessidade de elaborar uma política comercial comum, aos cuidados da Comissão de Comércio do Mercosul”. ALMEIDA, E. A. P. de. *Op. cit.*, p. 64. Neste mesmo sentido FARIA, para quem os Estados “perdem a faculdade de condução unilateral de sua política comercial para com terceiros países, enquanto permanecerem na união”. FARIA, J. A. E. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>126</sup> RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>127</sup> Semelhante ao que foi empregado no Benelux. MARQUES, C. L. *Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul: primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor*, p. 83 e MARQUES, C. L. Liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços no Mercosul: Instrumentos Legislativos sobre Formação de Recursos Humanos. In: MOROSINI, Marília (Coord.). *Mercosul/Mercosur: Políticas e Ações Universitárias*, p. 29. Sobre uma comparação entre os órgãos daquele processo e os do Mercosul, na tentativa de ver quais deles se adaptariam ao processo mercosulista, ver BAPTISTA, Luiz Olavo. As instituições do MERCOSUL: comparações e prospectiva. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Coord.). *O MERCOSUL em movimento*, p. 59-62. Sobre as constantes referências ao Benelux na doutrina sobre o Mercosul, aquele um processo bem sucedido apesar da ausência da supranacionalidade, ver VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 53-54; TEPEDINO, G. Tecniche legislative ed interpretative nell’armonizzazione del diritto privato comunitario: l’esperienza del Mercosul. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário direito e globalização: a soberania*, p. 264 e TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*, p. 284.

se constituem na negação do próprio processo de integração<sup>128</sup>. Na visão de SALOMÃO FILHO, o Mercosul é uma “Zona de livre comércio incompleta porque ainda existem muitas barreiras tarifárias e não-tarifárias no comércio entre os Estados-partes e uma união aduaneira imperfeita porque ainda existem numerosas exceções para a tarifa externa e com isso regulamentações diferentes para a circulação de bens provenientes de terceiros Estados dentro do Mercosul”<sup>129</sup>. Todavia, com cerca de 220 milhões de habitantes<sup>130</sup> e um território de 12 milhões de quilômetros quadrados, ambos indicadores que representam aproximadamente 50 por cento do sub-continente, é o maior mercado latino-americano.

As perspectivas para a zona de livre comércio giram em torno do avanço do programa de liberação de barreiras não-tarifárias. Já para a união aduaneira, ancorada em um saldo positivo de negociações com terceiros, em especial impulsionado pelos acordos firmados com a Comunidade Andina e com a União Européia, as perspectivas são de manutenção ao Paraguai e ao Uruguai de uma série de medidas especiais, mas também de estabelecimento de um cronograma para a eliminação dos regimes de origem. Mas paira um certo nível de incerteza quanto ao futuro da união aduaneira como meio para conduzir o processo de integração<sup>131</sup>.

A idéia de um relançamento constou dos estudos científicos da Cúpula de Buenos Aires em junho e da de Florianópolis de dezembro de 2000 e mesmo uma Decisão n. 25/2000 CMC foi tomada com esse intuito. Para tanto, espera-se uma troca paradigmática na estrutura do processo<sup>132</sup>. Um relançamento era, em verdade, um antídoto para a crise. Lembra VENTURA que negar a existência de uma crise enfraquece as tentativas de superá-la<sup>133</sup>. SABIDO RODRÍGUEZ observa que o ano de 2000 foi o que marcou o início do novo impulso que se pretende dar ao processo de integração, fundado no fortalecimento institucional do Mercosul, no qual, por exemplo, a Comissão Parlamentar Conjunta passaria a se configurar como um Parlamento e ostentaria o poder legislativo, sob um regime supranacional. Um segundo aspecto deste novo impulso estaria ligado à incorporação das normas emanadas dos órgãos do Mercosul, cuja vigência atualmente só se produz quando todos os Estados-partes tenham incorporado-as aos seus respectivos ordenamentos jurídicos, conforme a disciplina das legislações nacionais<sup>134</sup>, para o que não há prazos estipulados. Já um terceiro aspecto envolveria o sistema de solução de controvérsias advindo com o Protocolo de Olivos<sup>135</sup>, mais adiante detalhado.

---

<sup>128</sup> Informações sobre a evolução, situação atual da consolidação da união aduaneira e as perspectivas podem ser conferidas no *PRIMER Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur: un foco para el proceso de integración regional*, p. 18-22 e em VAZ, A. C. *Op. cit.*, p. 227-246.

<sup>129</sup> SALOMÃO FILHO, C. *Op. cit.*, p. 33. Para a atual situação do processo de integração ver também SILVA, E. R. da. *Op. cit.*, p. 40-44.

<sup>130</sup> TEPEDINO, G. *Op. cit.*, p. 283.

<sup>131</sup> *PRIMER Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur: un foco para el proceso de integración regional*, p. 7 e 21.

<sup>132</sup> Para mais detalhes sobre a idéia de um relançamento ver PORRATA-DORIA JUNIOR, R. A. *Op. cit.*, p. 58-61 e FIGUEREDO, J. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>133</sup> VENTURA, D. *Op. cit.*, p. xxvi.

<sup>134</sup> SABIDO RODRÍGUEZ, M. *Op. cit.*, p. 559-562.

<sup>135</sup> ARGERICH, Guillermo. *Noveno laudo arbitral del MERCOSUR: en los umbrales de la entrada en vigencia del Protocolo de Olivos*, p. 246.

Apesar da crise, em fevereiro de 2002, em Olivos, os governos dos Estados-partes renovaram as intenções de criação de um mercado comum<sup>136</sup>. Brasil e Argentina voltaram a estabelecer relações amistosas e cooperativas um com o outro e no contexto do Mercosul<sup>137</sup>. O processo tem uma agenda para o futuro e está trabalhando na sua implementação. Os inúmeros ganhos institucionais e econômicos<sup>138</sup> adquiridos desde a fundação do processo não deveriam ser desperdiçados.

Recentes problemas enfrentados pelo processo de integração referem-se à denominada Guerra das Geladeiras e à limitação ao tráfego de mercadorias entre Brasil e Chile imposta pela Argentina. Em julho de 2004, a 26<sup>a</sup>. Reunião de Cúpula dos Presidentes dos Países do Mercosul terminou sem avanços significativos e comprometida pelo ressuscitar de práticas comerciais que se esperavam sepultadas pela integração. A Argentina, alegando que o Brasil permitiu a invasão do mercado argentino com seus produtos, impôs restrições às exportações de eletrodomésticos da chamada linha branca (geladeira, fogões e máquinas de lavar), fundadas no cancelamento da licença automática para importação, e, através da Resolução 463, impôs uma tarifa de 21,5 por cento sobre os televisores produzidos na Zona Franca de Manaus. Além disso, pela Resolução 436 da Secretaria de Transportes da Argentina, tomada no mesmo dia, a Argentina limitou o transporte rodoviário entre o Brasil e o Chile a uma única rota. Isso representava um acréscimo de quase 2 mil quilômetros na distância entre os centros industriais do Brasil e Santiago do Chile. As rodovias do referido itinerário tinham problemas de conservação e passavam pelo Deserto de Atacama, onde as temperaturas variam de 50 graus Celsius durante o dia para - 20 durante a noite. Posteriormente, pressionada, a Argentina desistiu da imposição da barreira<sup>139</sup>.

### 3.1.f) A não-aceitação da supranacionalidade

Proposta que faz eco na maioria dos autores que tratam do Mercosul<sup>140</sup>, anunciada especialmente durante as situações de crise<sup>141</sup>, é a criação de entidades

---

<sup>136</sup> BAARS, Alf; BISCHOFF-EVERDING, Peter. *Antidumping und Ursprungsregime: das Schiedsverfahren im Mercosur wird zu einer festen Größe*, p. 329-330.

<sup>137</sup> PORRATA-DORIA JUNIOR, R. A. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>138</sup> SANGMEISTER promove um balanço intermediário de forte caráter econômico após a crise de 1999 e conclui que o Mercosul é altamente positivo, ainda que não tenha sido transposta completamente a união aduaneira. SANGMEISTER, Hartmut. *Der MERCOSUR als Wirtschaftsraum*. In: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000*, p. 103. O reconhecimento do alcance histórico, econômico e político do bloco não é diminuído nem por análises críticas quanto ao funcionamento dele. VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 317.

<sup>139</sup> BAHIA, Carolina. Integração não é um país absorver o outro. *Zero Hora*, Porto Alegre, 14 jul. 2004, p. 11 e SFREDO, Marta; MACIEL, Mauro. Pressionada, Argentina desiste de barreira. *Zero Hora*, Porto Alegre, 13 jul. 2004, p. 16.

<sup>140</sup> E mesmo nas anteriores propostas de integração latino-americana. Sobre a compatibilidade das constituições de então com uma transferência de competências a órgãos supranacionais para a realização de um então futuro mercado comum latino-americano ver PELLEGRINO, Carlos Roberto Mota. *Construire le marché commun latino-américain: la supranationalité e la question constitutionnelle*, p. 4-26.

<sup>141</sup> Como na última grande ocorrida entre o Brasil e a Argentina, em julho de 2004, quando o embaixador da Argentina no Brasil, Juan Pablo Lohlé, diplomata, político e professor universitário, em entrevista a um jornal, dada por ocasião da 26<sup>a</sup>. Reunião de Cúpula dos Presidentes, declarou que “O ideal seria a criação de uma instituição supranacional para resolver o problema da integração”, que “O mercado da integração não é para vender entre nós, mas para encontrar terceiros mercados” e que

supranacionais<sup>142</sup> para assegurar o cumprimento das normas<sup>143</sup>. Uma defesa veemente de um Tribunal de Justiça do Mercosul supranacional para que a associação logre êxito, de característica permanente, com competências exclusivas e concorrentes e com jurisdição exclusiva, inclusive com a apresentação de um anteprojeto sobre a natureza jurídica, estrutura, composição do corpo de juízes e do secretariado, organização administrativa e regime lingüístico para tanto, que o prevê composto pela Corte Comunitária do Mercosul e pelo Juizado Comunitário do Mercosul, foi feita por LOMBARDI, ainda que o autor acredite na coexistência desse sistema com um arbitral como a melhor alternativa<sup>144</sup>.

Os membros das instituições são representantes dos governos dos Estados-partes e estão sujeitos à autoridade e direcionamentos deles. Em função disso, possuem poderes limitados. Ademais, na via optada pelo bloco basta tão-somente que um país discorde da opinião dos demais para que uma medida não seja adotada. Segundo PORRATA-DORIA JUNIOR, dois efeitos emergem dessa carência: a ausência de uma ‘guardiã da agenda’ torna o progresso do processo de integração irregular e a carência de um órgão ‘guardião dos tratados’ não compele os Estados ao

---

“Integração não é um país substituir ou absorver o outro, mas complementar o outro”. BAHIA, C. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>142</sup> A doutrina vê numerosos aspectos positivos nesta opção, chegando inclusive a declarar certa dificuldade em identificar aspectos negativos. Entre estes, todavia, são lembrados a dificuldade de independência dos juízes do Tribunal comunitário, uma vez que nomeados pelos Estados-membros, o que dificultaria o abandono do sentimento patriótico e poderia impossibilitar votos contrários aos seus Estados originários, e a não-divulgação dos votos dissidentes, o que constitui uma exceção ao sistema tradicional de julgamento por órgãos colegiados. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). *Direito Comunitário do MERCOSUL*, p. 175-176.

<sup>143</sup> CASELLA, P. B. Direito da Concorrência na UE e no Mercosul. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Mercosul: das negociações à implantação*, p. 351; CASELLA, P. B. *Soberania e aplicação do direito da concorrência na CE e no Mercosul*, p. 143; KERBER, Gilberto. *Mercosul e a supranacionalidade*, p. 99 e KLEINHEISTERKAMP, Jan. Seguridad jurídica en el Mercosur: La interpretación uniforme del derecho comunitario. In: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Globalización y Derecho*, p. 360-361. Segundo LORENTZ, “Observou-se que os autores brasileiros, majoritariamente, são favoráveis à supranacionalidade no Mercosul, salientando, sobretudo, a necessidade da criação de um Tribunal de Justiça supranacional. Apresentam diversas razões para tais, tais como: a continuidade do processo integracionista, a credibilidade do mesmo e a interpretação e a aplicação uniformes das normas do Mercosul. No entanto, apesar da consistência dos seus argumentos, os governos brasileiros apresentam entendimento contrário à supranacionalidade, e favorável à intergovernabilidade no Mercosul”. LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. *Supranacionalidade no Mercosul: a doutrina, os governos, a Constituição Federal e os Tratados de Integração*, p. 105. Ver também sobre a diversidade de posicionamentos entre governos e doutrinadores brasileiros a p. 16. Ademais, um extenso rol de doutrinadores favoráveis e contrários à supranacionalidade pode ser visto na p. 35-36, da mesma obra. MARTINS tem a adoção da supranacionalidade como uma necessidade urgente. MARTINS, E. M. O. *Defesa da Concorrência, Supranacionalidade e Mercosul*, p. 183. Sobre a necessidade de uma supranacionalidade em si, não necessariamente vinculada a um tribunal, ver CASELLA, P. B. *A Comparative Approach to Competition Law in the European Communities and the Mercosul*, p. 52 e D’ANGELIS, Wagner Rocha. *Mercosul: da intergovernabilidade à supranacionalidade?*, p. 181 e seguintes.

<sup>144</sup> LOMBARDI, Luciano. Un Tribunal de Justicia para el Mercosur. In: *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica I*, p. 117-180. Ver ainda sobre um tribunal permanente de caráter supranacional LOCATELLI, Cláudia Cinara. *Mercosul: tribunal arbitral ou permanente?*, p. 117 e seguintes.

cumprimento das normas<sup>145</sup>. Tal ausência de caráter supranacional estaria até mesmo afetando as negociações com vistas ao ingresso de novos membros<sup>146</sup>. A presença de um órgão com essa característica poderia ser a alternativa para o bloco que reúne países que notória e historicamente não têm tradição de arbitragem comercial internacional enfrentar os momentos nos quais os problemas econômicos são mais graves, segundo a doutrina aqui reverenciada.

Outra questão vinculada à aceitação da supranacionalidade é a ausência de um sistema efetivo de solução de disputas e um órgão para aplicar as decisões. O incremento do comércio entre os parceiros e a edição de inúmeras normas destinadas à liberação do comércio passou a exigir um órgão ou um sistema efetivo para a interpretação<sup>147</sup> e execução destas<sup>148</sup>. PORRATA-DORIA JUNIOR considera o procedimento de solução de disputas por um tribunal *ad hoc* de arbitragem simplesmente inadequado. O processo não é transparente, o mecanismo para a execução das decisões é fraco e, em si, foi usado somente em um número limitado de situações. A ausência de um tribunal não dá garantias aos Estados-partes para a proteção de seus interesses dentro da instituição. E a sua conclusão é que um processo que não possa obrigar o cumprimento efetivo de suas normas e resolver as disputas originadas não será efetivo<sup>149</sup>. A solução desses problemas é algo imperioso, segundo o autor. Isso fortaleceria o processo, atrairia novos membros e permitiria uma posição mais vantajosa nas negociações da Alca.

SAMTLEBEN apresenta a experiência comunitária, que é supranacional, e questiona se ela poderia servir de modelo ao Mercosul<sup>150</sup>. Todavia, não acreditava, em função das diferenças entre os processos serem muito grandes, que o sistema de solução de controvérsias viesse a seguir o exemplo do Tribunal comunitário. Um sistema de ações como o existente do direito comunitário não seria adequado a um regime intergovernamental, por exemplo. Mas, pelo contrário, julgava que o procedimento de interpretação prejudicial poderia servir de ponto de referência. Para o funcionamento de um mercado comum seria crucial que as normas fossem aplicadas de maneira uniforme e o sistema jurídico do Protocolo de Ouro Preto parecia propício

---

<sup>145</sup> Segundo PORRATA-DORIA JUNIOR, “Parece haver uma lacuna substancial entre os acordos sobre políticas no Mercosul e a implementação destas políticas pelos Estados-membros”. PORRATA-DORIA JUNIOR, R. A. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>146</sup> *Idem*, p. 69.

<sup>147</sup> Sobre métodos clássicos de interpretação e um esboço de uma interpretação uniforme do direito no Mercosul, onde o método de direito comparado, como o recurso às raízes do direito comunitário, é um dos instrumentos mais valiosos de interpretação, ver KLEINHEISTERKAMP, J. *Op. cit.*, p. 363-379.

<sup>148</sup> Hipóteses de executoriedade dos laudos arbitrais, pois feitas antes do surgimento de algum, fundadas em convenções internacionais, nas próprias disposições do Protocolo e nas da Decisão n. 5/92 CMC – Protocolo de cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, podem ser conferidas em SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 165-171.

<sup>149</sup> PORRATA-DORIA JUNIOR, R. A. *Op. cit.*, p. 63-64.

<sup>150</sup> Ela, como modelo para o caso específico da concorrência, foi considerada em CARBAJALES, Mariano. *Derecho de la Competencia en la Unión Europea: un ejemplo para el Mercosur*, p. 136-144; INSTITUTO Torcuato Di Tella. Propuesta de convergencia en política de competencia entre Argentina y Brasil. In: *EL MERCOSUR: un desafío*, p. 130-132; PASSOS, Fernando. *O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul?*, p. 19-48; PALMA, Maria João. Direito da concorrência na Comunidade Européia: perspectivas para o Mercosul. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade*, v. 2, p. 301-312 e em SANTOS, M. C. de A. *Direito comunitário da concorrência: perspectivas para o Mercosul*, p. 74-109. Como modelo para a implementação de políticas para o desenvolvimento de zonas menos favorecidas do território foi considerada em BIANCHI, P. *Op. cit.*, 260 p.

para adaptar tal procedimento. Contudo, não com o sistema do Protocolo de Brasília, mas com uma corte supranacional<sup>151</sup>.

Uma corte com essa característica não existe. Como visto, no Protocolo de Ouro Preto se sublinhou a ausência de supranacionalidade, estabelecido que foi no artigo 2º. que os órgãos com capacidade decisória são de natureza intergovernamental. Por isto, a solução de controvérsias apresentou outras características, que são trazidas na seqüência.

### 3.1.g) A solução de controvérsias

Em um processo de integração econômica como o do Mercosul são de fundamental importância os mecanismos de solução de controvérsias<sup>152</sup>. Obstáculos constitucionais e demais objeções de outros sistemas perante as constituições dos Estados-partes<sup>153</sup> tornaram como única opção possível um sistema arbitral<sup>154</sup>. Para tanto surgiu no Mercosul o Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991, que foi o primeiro a ser assinado durante a vigência do Tratado de Assunção. Ele entrou em vigor em 22 de abril de 1993. Dedicou-se à criação de um sistema de solução de controvérsias, embora possuísse um caráter de transitoriedade. O seu artigo 34 disciplinava a criação de um mecanismo permanente de solução de controvérsias, previsto para ter acontecido até 31 de dezembro de 1994.

Assim, como para várias outras matérias, um dos temas mais importantes para o direito da concorrência é o que trata dos mecanismos adotados para a solução de controvérsias. Isso foi objeto de disposições do Tratado de Assunção e do Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias, entre outros mecanismos surgidos posteriormente perante a Comissão de Comércio do Mercosul e o Comitê de Defesa da Concorrência. Aquelas disposições faziam inicialmente parte do conjunto normativo a ser aplicado durante a fase transitória, como já visto. Porém, o Protocolo de Ouro Preto limitou-se, ao invés de instituir um órgão permanente, a manter o mecanismo do de Brasília em seu artigo 43. A isso foi acrescentada a criação de uma nova possibilidade de queixa perante a Comissão de Comércio do Mercosul.

---

<sup>151</sup> SAMTLEBEN, J. *Perspectivas para uma Corte do Mercosul e a experiência européia*, p. 264-267.

<sup>152</sup> Amplamente sobre o tema no Mercosul ver ARAUJO, Nadia de. *Solução de Controvérsias no Mercosul*. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *MERCOSUL: integração regional e globalização*, p. 99-141; RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. II parte: El Protocolo de Brasília. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 365-371; FARIA, Werter R. Os sistemas de solução de controvérsias no Mercosul. In: STAHRINGER DE CARAMUTI, Ofelia (Coord.). *El Mercosur en el Siglo XXI*, p. 199-217; LOMBARDI, L. *Op. cit.*, p. 122-131; PIMENTEL, Luiz Otávio; DREYZIN DE KLOR, Adriana. O Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul. In: DREYZIN DE KLOR, Adriana *et alli*. *Solução de Controvérsias: OMC, União Européia e Mercosul*, p. 141-233; LOCATELLI, C. C. *Op. cit.*, p. 40-52; VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 225 e seguintes e PIRES, Alice; FONSECA, Amanda; CROSHERE, Indira. *Soluções de controvérsias no Mercosul*, 182 p.

<sup>153</sup> Sobre a conformidade da união aduaneira, das instituições e do direito do Mercosul com a Constituição brasileira ver MARTINS, R. R. de M. *Op. cit.*, p. 137-185; ALMEIDA, J. G. A. de. *Op. cit.*, p. 333-335 e DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. O MERCOSUL perante o sistema constitucional brasileiro. In: BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros*, p. 102-116.

<sup>154</sup> BAPTISTA, L. O. *Op. cit.*, p. 68-69.

Dois tipos de processos, com diferentes características, são previstos, assim os que envolvem Estados-partes e os que dizem respeito às pessoas naturais e jurídicas. Várias outras possibilidades de disputas, como as envolvendo os próprios órgãos do Mercosul, as entre os funcionários do Mercosul e os seus órgãos, os conflitos normativos entre o ordenamento jurídico do Mercosul e o ordenamento jurídico de cada Estado-parte e as controvérsias entre um Estado-parte e o Mercosul ou um de seus órgãos foram simplesmente excluídas do trato<sup>155</sup>.

O primeiro deles limita-se à solução de controvérsias que surjam entre os Estados-partes, que são caracterizadas como reclamações dos Estados<sup>156</sup>. O primeiro nível de tentativa de solução da controvérsia é o trato de forma direta entre as partes. Uma vez não composto o problema, os Estados têm a possibilidade de levar o caso para o Grupo. Novamente contando com insucesso, forma-se um tribunal arbitral. Deste emerge um laudo, ao qual os Estados estão submetidos sem possibilidade de exceção<sup>157</sup>. Caso mesmo assim as determinações não sejam cumpridas pelo Estado perdedor da causa, assiste ao outro a possibilidade de conduzir retaliações e medidas semelhantes às que lhe são dirigidas.

O segundo tipo de processo é o dirigido às reclamações de particulares<sup>158</sup>. Além das controvérsias entre os Estados-partes, as únicas também possíveis de serem solucionadas segundo o texto do Tratado de Assunção, o Protocolo de Brasília já servia para dirimir as controvérsias entre os particulares e os Estados-partes, mas não entre particulares, motivados pela sanção ou aplicação de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal que violem o Tratado, as decisões do Conselho, as resoluções do Grupo ou as diretivas da Comissão de Comércio do Mercosul. Nesses casos é que o particular pode iniciar procedimento arbitral contra o Estado-parte. O início do procedimento ocorre diante do ato formal de reclamação perante a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado-parte onde tenha sua residência habitual ou a sede de seus negócios. O acesso não é direto. O particular é apenas o provocador do procedimento, já que, depois do momento inicial, ele não possui participação ativa significativa<sup>159</sup>. A Seção Nacional poderá entabular contatos diretos com a Seção do Estado-parte a que se atribui a violação ou enviar a reclamação, sem maior exame, ao GMC, e depois o caso ainda pode seguir ao tribunal arbitral *ad hoc*.

Mesmo em meio aos períodos de crise, que desencadearam inúmeras medidas protecionistas e de represálias, o sistema de solução de controvérsias atingiu um relativo significado. As quatro primeiras controvérsias aceitas para ir ao tribunal

---

<sup>155</sup> LOMBARDI, L. *Op. cit.*, p. 122.

<sup>156</sup> O detalhamento do processo dos Estados-partes pode ser visto em SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 160-162; em WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 100-103 e em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 233 e seguintes.

<sup>157</sup> WEHNER vê nesta disposição um certo elemento supranacional (*ein Stück Supranationalität*), que todavia não afasta a forma intergovernamental do Mercosul. WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 128-129.

<sup>158</sup> O detalhamento do processo dos particulares pode ser visto em SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 162-165; em WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 104-107 e em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 249 e seguintes.

<sup>159</sup> LORENTZ, A. C. M. O acesso dos particulares ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul: do Tratado de Assunção ao Protocolo de Olivos. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Direito Internacional e da Integração*, p. 616-621.



arbitral *ad hoc* e que não resultaram em um acordo intermediário<sup>160</sup> foram entre Brasil e Argentina<sup>161</sup>.

A primeira decisão do Tribunal Arbitral surgiu apenas em abril de 1999<sup>162</sup>. Com efeito, seis anos após a entrada em vigor do Protocolo de Brasília, durante os quais permaneceu como letra morta<sup>163</sup>, e do começo das críticas a ele dirigidas, bem como alguns meses após a sua regulamentação<sup>164</sup>, veio à tona o primeiro laudo arbitral, envolvendo uma questão que remontava ao ano de 1997. Ela versava sobre se regulamentações do controle de importação do Brasil infringiam o sistema de livre comércio do Mercosul. Brasil e Argentina estavam na disputa presidida por um uruguaio e com trabalhos realizados na sede do Mercosul, em Montevideu. Segundo a posição argentina, as medidas do Brasil representavam uma piora da situação até então existente, uma vez que a importação de determinados produtos passou a ter de cumprir específicos requisitos. Isso, juntamente com a cobrança de uma taxa, dificultava o acesso ao mercado brasileiro. O Brasil alegou que a eliminação de barreiras não-tarifárias era apenas um objetivo programático do Tratado em vista do futuro mercado comum. Segundo a decisão do Tribunal, o Brasil deveria eliminar o requisito das licenças não-automáticas para os produtos argentinos, uma vez que tal procedimento desrespeitava o Tratado<sup>165</sup>.

A verdade é que o caso representou uma esperança e um sinal de que questões envolvendo comércio pudessem vir a encontrar resultados satisfatórios, mesmo com o procedimento arbitral. Até uma primazia do direito do Mercosul em função desta decisão foi aviltada. Apesar de o laudo não se referir expressamente a um tal princípio, isso decorreria do reconhecimento das normas do Mercosul por ele. A inexistência de normas de caráter supranacional não obsta a que a intervenção dos instrumentos internacionais se realize tendo em conta os fins, objetivos e princípios do sistema de integração, manifestou. Assim, estaria dizendo que os Estados não podem aplicar normas internas contrárias ao direito do Mercosul. E isso é o mesmo que dizer que as

---

<sup>160</sup> Sobre outros casos que colocaram em funcionamento o mecanismo mas não chegaram à etapa final ver PEROTTI, Alejandro Daniel. *Breves Apuntes sobre el Primer Laudo Arbitral del Mercosur*, p. 122. Cerca de 450 consultas à Comissão de Comércio do Mercosul atingiram resultados satisfatórios e vieram a evitar o recurso ao procedimento arbitral. VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 240.

<sup>161</sup> Para um resumo dos laudos de ns. 1 a 3 ver ETCHEVERRY, Raul Anibal; ETCHEVERRY, Gabriela Maria. *Mercosur: negocios y empresas – historia y futuro de la integración americana*, p. 383-435 e RIMOLDI DE LADMANN, E. I. III parte: Los Laudos Arbitrales. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 381-394. Para um breve relato dos laudos de ns. 1 a 8 ver MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa. La Seguridad Jurídica en el Mercosur: el aporte del Protocolo de Olivos y la creación del Tribunal Permanente de Arbitraje. In: DROMI, Roberto (dir.). *Sistema Comunitario I*, p. 271-292. E sobre o nono ver ARGERICH, G. *Op. cit.*, p. 230-246. Para um balanço geral dos laudos ver VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 271 e seguintes.

<sup>162</sup> O texto pode ser consultado em [www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm](http://www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm).

<sup>163</sup> VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 228.

<sup>164</sup> Decisão n. 17/98 CMC, de dezembro de 1998.

<sup>165</sup> A descrição e o desenvolvimento do processo podem ser vistos em SAMTLEBEN, J. *Erster Schiedsspruch im Mercosur: wirtschaftliche Krise als rechtliche Herausforderung?*, p. 77-80; EKMEKDJIAN, M. A. *Comentario al primer laudo dictado por el Tribunal Arbitral del Mercosur*, p. 390-405, em caráter crítico; MIDÓN, M. A. R. *El debut jurisdiccional en el Mercosur: a proposito del primer laudo arbitral a la luz del Protocolo de Brasília*, p. 1245-1253; BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000*, p. 231-237 e mais resumido em LEHMANN, Julia. *Neues von der Schiedsgerichtsbarkeit des Mercosur: ein Integrationsmotor à la Luxemburg?*, p. 623.

normas do Mercosul teriam primazia sobre o direito interno dos Estados-membros. Seria a construção e elaboração de um princípio, como fez o Tribunal de Justiça das Comunidade Européias várias vezes. Lá na Comunidade o Tratado também não falava em uma primazia. Algumas outras possíveis interpretações de argumentações fundadas em direito internacional público e direito comunitário, encontradas no laudo, conduzem a pensar que ele construiu uma primazia do direito do Mercosul. Uma ausência de supranacionalidade e falta de efeito direto das normas não impediria atribuir primazia às suas normas. Embora o tema não seja garantido perante as Constituições, o laudo trouxe um sinal nesse sentido. Seguindo essa interpretação, a elaboração do princípio de primazia teria sido o eixo central do laudo, embora nunca mencionado, mas presente no seu conteúdo<sup>166</sup>.

Doce ilusão, pois em 1999 mesmo ambos os países se envolveram novamente no emprego recíproco de medidas não-tarifárias, o que deixava transparecer que a situação era de instabilidade incontrolável. De fato, esse caso e os futuros tinham mais a ver com a situação de crise do que com uma independência jurisdicional do sistema de solução de controvérsias<sup>167</sup>.

O segundo laudo arbitral<sup>168</sup> surgiu no mesmo ano, cinco meses após o primeiro. A matéria envolvida versava sobre a existência de subsídios por parte do Brasil à produção e exportação de carne de porco. O Tribunal julgou improcedentes os argumentos levantados pela Argentina, exceto o de que o programa brasileiro de financiamento às exportações constituía um incentivo<sup>169</sup>. O ganho para o sistema de solução de controvérsias foi que o laudo analisou e tomou posição para cada ponto levantado. Outras conquistas foram de segurança jurídica, uma vez que o tribunal não aceitou posterior argumentação da Argentina sobre a situação atual dos fatos, que tinha se alterado desde a fase diplomática da solução, e, ao recusar um pedido também dela, deu importância para a necessidade de apresentação de provas do fato alegado e do dano sofrido pelos Estados-partes, o que não havia sido feito, mesmo que tal exigência não constasse expressamente do Protocolo de Brasília. Vale ressaltar que o Protocolo de Defesa da Concorrência não foi utilizado como base para o laudo, uma vez que a matéria de subsídios estatais não é abrangida por ele. Como será visto mais adiante, trata-se de sua grande ausência.

Já no começo de 2000 surgiu o terceiro laudo<sup>170</sup>. Desta vez foi o Brasil que acionou a Argentina, motivado por uma disputa sobre a legalidade de cláusulas de proteção envolvendo produtos têxteis. A crise que também atingiu o setor têxtil havia tornado a prática difícil de ser completamente eliminada da relação comercial entre os países. Desde o primeiro momento da tomada da Resolução 861/99 pela Argentina, o Brasil passou a agir contra, inclusive com medidas perante a OMC. Uma solução só

---

<sup>166</sup> Pensamentos neste sentido podem ser vistos em DALLA VIA, Alberto Ricardo. *El primer laudo arbitral del Mercosur*, p. 106 e 108; PEROTTI, A. D. *Op. cit.*, p. 124-125; RÚA BOIERO, Rodolfo R. *EL Primer Laudo Arbitral del MERCOSUR: Game Over*, p. 456-459; LOMBARDI, L. *Op. cit.*, p. 142-145 e 174 e em NOODT TAQUELA, María Blanca. *La primacía del Derecho del Mercosur en su primer laudo arbitral*, p. 295-299. Em posição contrária, sobre a ausência de primazia do direito da integração, ver VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 133 e seguintes.

<sup>167</sup> LEHMANN, J. *Op. cit.*, p. 625.

<sup>168</sup> O texto pode ser consultado em [www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm](http://www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm).

<sup>169</sup> Ver detalhes em LEHMANN, J. *Op. cit.*, p. 623-624 e em BASEDOW, J.; SAMTLEBEN, J. (Hrsg.). *Op. cit.*, p. 261-269.

<sup>170</sup> O texto pode ser consultado em [www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm](http://www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm).

veio a ser tomada pelo tribunal arbitral que, ao observar que o direito do Mercosul não continha autorização que comportasse tais medidas, determinou que as salvaguardas impostas pela Argentina eram ilegais e deveriam ser suspensas. Importante é que já era possível vislumbrar um caráter de precedência entre o segundo e o terceiro laudo em relação ao primeiro<sup>171</sup> e que, diferentemente do acontecido nos julgamentos anteriores, a decisão foi tomada levando em conta rigorosamente os argumentos apresentados pelas partes<sup>172</sup>.

No ano de 2001 foram emitidos dois laudos arbitrais sobre conflitos em negociações comerciais<sup>173</sup>. Um, de 21 de maio, envolvia aplicação de medidas antidumping pela Argentina aos frangos provenientes do Brasil, cuja disputa remontava ao ano de 1997. Nela foi afirmado que a falta de uma regra específica sobre medidas antidumping no Mercosul<sup>174</sup>, apesar da vasta atividade legislativa deste processo, e mesmo a não-ratificação do Protocolo de Defesa da Concorrência não significava que os Estados pudessem agir completamente de forma autônoma dentro do mercado. A decisão, no sentido de que as discutidas medidas antidumping eram compatíveis com o direito do Mercosul, motivo da improcedência do pedido do governo brasileiro, não parece ter sido satisfatória, pois observou-se que a porta permanecia aberta para o surgimento de novos laudos sobre a matéria<sup>175</sup>.

A outra decisão foi a primeira a não envolver os dois maiores países do bloco, mas sim o Uruguai e a Argentina. A questão referia-se a dúvidas sobre a autenticidade dos certificados de origem de bicicletas guarnecidas. A Argentina foi condenada a permitir o livre acesso ao mercado interno, como mercadorias intrazona, às bicicletas que tenham certificado de origem uruguaio<sup>176</sup>. É importante observar, ainda, que esta

---

<sup>171</sup> LEHMANN, J. *Op. cit.*, p. 625. Expectativas de que os resultados do primeiro laudo viessem a ser citados nas decisões seguintes já tinham sido levantadas em PEROTTI, A. D. *Op. cit.*, p. 123, 125 e 126. Também temores de que os tribunais que se seguiram ao primeiro viessem a optar por outros princípios e mesmo contraditórios foram manifestados em EKMEKDJIAN, M. A. *Op. cit.*, p. 405. Sobre a não-garantia de que uma decisão arbitral pronunciada por um tribunal que não se repetirá possa constituir um precedente para as seguintes ver VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 274 e seguintes. Sobre a não-repetição dos juízes ver ARAUJO, N. de. *O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul e as opiniões consultivas: análise dos laudos arbitrais, sua ligação com a common law e algumas idéias para o futuro*, p. 12.

<sup>172</sup> BASEDOW, J.; SAMTLEBEN, J. (Hrsg.). *Op. cit.*, p. 310.

<sup>173</sup> Os textos podem ser consultados em [www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm](http://www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm).

<sup>174</sup> FIGUEREDO, J. *Op. cit.*, p. 71-72. A específica questão do dumping, no laudo referido, foi analisada em BAARS, Alf; BENKE, Rafael Tiago Juk. *Antidumping no Mercosul: o Quarto Laudo Arbitral*, p. 24-37. A questão da existência de normas antidumping e da relação delas com a política da concorrência nos processos de integração do Mercosul e da Alca foi referida em ARAUJO JUNIOR, J. T. *Op. cit.*, p. 133-141 e em FASULINO, E. J. *Op. cit.*, p. 450-486. O dumping, no GATT, pode ser conhecido em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. El derecho fundamental de las relaciones comerciales internacionales. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 17-21.

<sup>175</sup> BAARS, A.; BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 332 e MARQUES, C. L. *O "Direito do Mercosul": Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração*, p. 99.

<sup>176</sup> FONTOURA, Jorge. A evolução do Sistema de Solução de Controvérsias: de Brasília a Olivos. In: *SOLUÇÃO de controvérsias no Mercosul*, p. 275. A descrição e o desenvolvimento do processo podem ser vistos em BAARS, A.; BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 333-334.

decisão mencionou preceitos do segundo laudo arbitral, anteriormente referido, tendo contribuído para a formação de uma jurisprudência no processo de integração<sup>177</sup>.

Além das aqui detalhadas, outras se seguiram<sup>178</sup>.

As iniciativas tendentes a dar um impulso à integração<sup>179</sup> pretenderam superar as deficiências derivadas da carência de um órgão que garantisse a interpretação uniforme do Tratado e tivesse capacidade para constatar e sancionar as violações às disposições emanadas dos órgãos do Mercosul. Assim, uma decisão de 18 de fevereiro de 2002 aprovou o Protocolo de Olivos<sup>180</sup> que derogou o Protocolo de Brasília e a Decisão n. 17/98 CMC, o seu regulamento de aplicação, de dezembro de 1998, mas não o procedimento do Protocolo de Ouro Preto. Ele entrou em vigor em 1º de janeiro de 2004, juntamente com a Decisão n. 37/03 CMC, que é o seu regulamento de aplicação<sup>181</sup>. A elaboração do referido documento foi impulsionada pela necessidade de adaptar o sistema de solução de controvérsia ao estágio atual da integração. Necessitava-se fortalecer a estrutura institucional.

Através deste Protocolo, integrado por 56 artigos, se pretende garantir a correta aplicação, interpretação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de integração e do conjunto normativo do Mercosul, introduzindo, para consolidar a segurança jurídica no processo, as modificações necessárias em relação ao Protocolo de Brasília.

A possibilidade de recurso ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, segundo o artigo 17, instalado solenemente em 13 de agosto de 2004 e que tem como sede Assunção, é o principal avanço em relação ao sistema estabelecido anteriormente<sup>182</sup>. As diferenças se referem, fundamentalmente, aos efeitos das decisões adotadas. As de um tribunal permanente têm caráter obrigatório, com efeito de coisa julgada em relação às partes implicadas na controvérsia, a partir do trânsito em julgado. Com isto, parte-se do princípio de que os laudos devem ser cumpridos. Um não-cumprimento expõe o Estado à medidas compensatórias. Ademais, a criação de um tal órgão enseja a competência sobre a interpretação e aplicação uniforme do direito da integração. Até então o sistema de solução de controvérsias do Mercosul não dispunha de uma instância recursal, o que proporcionava situações como o recurso do Brasil a um tribunal da OMC para a solução de uma disputa com a Argentina em meados de 2001, a seguir vista.

---

<sup>177</sup> Sobre a constituição, pouco a pouco e de forma integrada, de um conceito incipiente de direito comunitário do Mercosul e de um sistema de precedentes, o que se assemelha à tradição da *common law*, ver ARAUJO, N. de. *Op. cit.*, p. 12-15.

<sup>178</sup> Como já referido, para um breve relato dos laudos de ns. 1 a 8 ver MOYA DOMÍNGUEZ, M. T. *Op. cit.*, p. 271-292. E sobre o nono ver ARGERICH, G. *Op. cit.*, p. 230-246.

<sup>179</sup> SABIDO RODRÍGUEZ, M. *Op. cit.*, p. 564-567.

<sup>180</sup> Para críticas e propostas ao Protocolo de Olivos ver MOYA DOMÍNGUEZ, M. T. *Op. cit.*, p. 308-347. A aprovação do Protocolo de Olivos se deu sem debate interno, que não o desenvolvido no plano diplomático. VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 597. Mais sobre o tema ver em ARAUJO, N. de. *Op. cit.*, 28 p.; em FONTOURA, J. *Op. cit.*, p. 271-278 e em BARRAL, W. *Op. cit.*, p. 83-96, que também às páginas 94-96 trata das dúvidas remanescentes.

<sup>181</sup> Mais sobre esta última norma ver em PIMENTEL, L. O.; DREYZIN DE KLOR, A. *Op. cit.*, p. 218-222.

<sup>182</sup> BAARS, A.; BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 335 e BARRAL, W. *Op. cit.*, p. 91.

Outra inovação é a que consta do artigo 1º, n. 2, que faculta a submissão de controvérsias ao sistema de solução de controvérsias da OMC ou a outro sistema específico de comércio em que sejam partes individuais os Estados-partes do Mercosul. Este parágrafo também introduz uma vedação. Assim, uma vez iniciado um procedimento de solução de controvérsias de acordo com essa regra, nenhuma das partes poderá recorrer aos mecanismos estabelecidos nos outros foros, para a mesma questão<sup>183</sup>. É o que se pode considerar a determinação da competência do órgão regional frente aos multilaterais por uma cláusula de eleição de foro. Tal regra impede o Brasil de proceder como fez no caso do Quarto Laudo Arbitral do Mercosul, na questão dos frangos com a Argentina. Nele, após ser proferida uma sentença favorável à Argentina pelo Tribunal Arbitral do Mercosul, o Brasil resolveu ir discutir a mesma questão junto ao mecanismo de solução de controvérsias da OMC, fundado em parecer favorável desta<sup>184</sup>. Brasil e Argentina, como membros, estão sujeitos ao sistema vigente no âmbito daquele organismo. O Brasil, inconformado com a decisão do Tribunal *ad hoc*, também pelo fato de o sistema do Mercosul não ter possibilidade de apelação, agora igualmente criada pelo artigo 17 do Protocolo de Olivos, teria se valido do sistema da OMC como para garantir uma tal possibilidade<sup>185</sup>. Por isso se entende que o novo procedimento de revisão vem ao encontro do interesse dos Estados-partes, que queriam ter esta possibilidade perante às decisões do Tribunal *ad hoc*. De fato, controvérsias podem ser levadas ao foro da OMC, mas com o advento do Protocolo de Olivos isso deverá acontecer de modo alternativo e nunca concomitante ou sucessivamente.

Já o artigo 3º se refere à novidade que possibilita ao Tribunal, mediante requisição dos Estados-partes, emitir opiniões consultivas sobre o direito da integração<sup>186</sup>. Segundo ARAUJO, será nesta tarefa que o Tribunal “retomará o estilo, já consagrado nos laudos do Mercosul, de estabelecer o fio condutor da integração entre os textos normativos aprovados e a realidade diária que surge na sua

---

<sup>183</sup> *Idem*, p. 92-93 e ARAUJO, N. de. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>184</sup> Tendo assim agido, na visão de LORENTZ, o Brasil “demonstrou ser um mal perdedor”. LORENTZ, A. C. M. Controvérsias no âmbito do Mercosul e da OMC: a vedação trazida pelo Protocolo de Olivos. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org.). *Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI*, p. 36. Neste mesmo sentido está VENTURA, para quem “a cada disputa comercial entre a Argentina e o Brasil, o governo brasileiro não hesita em anunciar à mídia internacional que reclamará junto à OMC. Isso demonstra a sua descortesia em relação a um sócio com o qual pretende construir um mercado comum”. VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 299.

<sup>185</sup> Para mais informações sobre o caso, bem como sobre o Protocolo de Olivos em si, ver LORENTZ, A. C. M. *O processo integracionista do Mercosul: um estudo sobre os principais aspectos trazidos pelo Protocolo de Olivos (2002)* e MORAES, Henrique Choer. *O regime de subsídios intrazona no Mercosul*, p. 187-192. Por outro lado, não é simples determinar quando um mesmo caso é levado a âmbitos regionais e multilaterais. Os critérios para estabelecer a *causa petendi* na litigância internacional ainda não são desenvolvidos pela doutrina, segundo MORAES. MORAES, H. C. *O novo sistema jurisdicional do Mercosul: um primeiro olhar sobre o Protocolo de Olivos*, p. 66, nota de rodapé número 19. Críticas ao fato do Protocolo de Olivos ter abordado o tema do recurso a outros mecanismos e não ter resolvido o problema principal, que é uma não-escolha pelas partes do sistema do Mercosul ou uma escolha em momento posterior à uma decisão tida em um outro mecanismo, podem ser vistas em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 300 e seguintes.

<sup>186</sup> BARRAL, W. *Op. cit.*, p. 93-94.

aplicação”<sup>187</sup>. A expectativa é que o instrumento sirva a uma interpretação uniforme das regras do Mercosul e a uma confiança na sua arquitetura judicial<sup>188</sup>.

Mais uma novidade a ser citada refere-se às fases do procedimento<sup>189</sup>, já que as partes poderão passar das negociações diretas diretamente para o procedimento arbitral, sem, necessariamente, percorrer a fase que envolve o Grupo Mercado Comum, como o Protocolo de Brasília apresentava. Assim, segundo artigo 6º., a intervenção do Grupo passou a ser opcional<sup>190</sup>.

Uma última característica é que o Tribunal de Apelação pode ser acionado diretamente depois da primeira fase do procedimento, isto é, depois das negociações diretas, mediante acordo, segundo o artigo 23<sup>191</sup>. Nessa hipótese, os laudos serão igualmente obrigatórios, mas sem a possibilidade de recurso. De fato, o Tribunal tem como objetivo julgar os recursos de revisão dos laudos dos tribunais *ad hoc* apresentados pelos Estados-partes e também atuar como única instância a critério das partes em conflito, ditar medidas cautelares e de urgência e responder a consultas dos Estados.

O Protocolo não apresenta, todavia, ganho algum em relação às reclamações de particulares, que continuam sem poder acessar diretamente as instituições<sup>192</sup>. Pelo contrário, Olivos eliminou uma consulta que deveria ser feita ao particular pela Seção Nacional<sup>193</sup> e, com isso, tornou obrigatória uma das fases do procedimento, antes facultativa, segundo o Protocolo de Brasília. Lá, a Seção Nacional do Estado ofendido, mediante consulta ao particular, podia entrar em contato com a Seção do Estado a que se atribui a violação ou elevar a reclamação diretamente ao GMC, sem maior exame. Aqui não há mais estas faculdades. A Seção Nacional do Estado ofendido deverá proceder a consultas junto à Seção do Estado ofensor. Todo o procedimento ocorre somente entre Estados e eventual decisão punitiva do Tribunal, como já era no Protocolo de Brasília, gerará obrigação ao Estado de fazer cumprir as regras de defesa da concorrência, por exemplo, contra o infrator nele estabelecido, inclusive a imposição de sanções. A diferença é que essa decisão poderá ser recorrida perante o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Em verdade, o Tratado de Assunção não contemplou tal acesso, e os Protocolos que seguiram o fizeram de forma restrita.

---

<sup>187</sup> ARAUJO, N. de. *Op. cit.*, p. 5, que observa que o instrumento recebeu franca inspiração do reenvio prejudicial existente na Comunidade Européia.

<sup>188</sup> *Idem*, p. 23 e 26.

<sup>189</sup> Que se encontram esquematizadas em BARRAL, W. *Op. cit.*, p. 90-91.

<sup>190</sup> FONTOURA, J. *Op. cit.*, p. 276. Esta redução da distância institucional parece estar disponível também aos procedimentos iniciados sob o sistema do Protocolo de Ouro Preto. Com o acionamento direto do Tribunal, desvia-se o Grupo Mercado Comum, o que representa uma relativa diminuição da interferência política na solução de controvérsias e um aumento no grau de legalização. MORAES, H. C. *Op. cit.*, p. 58-60.

<sup>191</sup> FONTOURA, J. *Op. cit.*, p. 276.

<sup>192</sup> BARRAL, W. *Op. cit.*, p. 83 e 95. Sobre as dificuldades de acesso dos particulares, fato visto como uma limitação do sistema e que faz com que apenas um laudo arbitral tenha sido provocado por demanda de um deles, ver VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 255-258 e 310.

<sup>193</sup> LORENTZ, A. C. M. O acesso dos particulares ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul: do Tratado de Assunção ao Protocolo de Olivos. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Direito Internacional e da Integração*, p. 616-621.

Uma terceira alternativa de solução de conflitos adveio com o Protocolo de Ouro Preto e é a executada perante a Comissão de Comércio do Mercosul<sup>194</sup>.

O sistema do Protocolo de Brasília chegou a receber manifestações favoráveis, uma vez que teria evitado uma hipertrofia administrativa<sup>195</sup>, outrora já prejudicial a outros processos sul-americanos de integração, e consagrado instrumentos modernos de resolução de conflitos no direito das gentes ao utilizar-se de arbitragem comercial internacional<sup>196</sup> e ao possibilitar aos particulares acorrerem a essas instâncias, segundo SILVEIRA, embora pecasse por seu caráter provisório<sup>197</sup>. Mas essa mesma possibilidade dada aos particulares serve também às críticas, já que eles não podem agir diretamente. Para WEHNER a não-criação de um mecanismo permanente não foi nenhum descuido, mas sim o resultado das peculiaridades estruturais do Mercosul, ou seja, da sua opção. Um sistema como tal exigiria demais do processo de então. Uma instalação acelerada não teria trazido aplicações práticas. Para o autor, era melhor deixar a questão aberta para o futuro e ressaltar a característica de flexibilidade encontrada<sup>198</sup>.

Críticas também não faltaram. Na concepção de PORRATA-DORIA JUNIOR, o sistema então existente era extremamente fraco. Ele não era adequado para ser um mecanismo com o qual o Mercosul pudesse exigir o cumprimento das normas que ele emite. Para o autor, era necessário um sistema melhor<sup>199</sup>. Também não era esperado que o sistema gerasse um cabedal jurisprudencial mínimo necessário para a interpretação e aplicação das regras comunitárias. Para MARTINS, o sistema de tomada de decisões e de solução de litígios era frágil e obsoleto<sup>200</sup>.

É indiscutível que a grande maioria dos autores oferece críticas ao sistema de solução de controvérsias, quando não a tudo e às dessemelhanças que se apresentam

---

<sup>194</sup> O tema da resolução de conflitos na Comissão de Comércio pode ser conferido em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 234 e seguintes. Está citado também em SAMTLEBEM, J. A solução de controvérsias na União Européia e no Mercosul. In: HOFMEISTER, Wilhelm; TREIN, Franklin. *Anuário Brasil-Europa 2002: solução de controvérsias, arbitragem comercial e propriedade intelectual*, p. 69.

<sup>195</sup> BARRAL, W. *Op. cit.*, p. 86.

<sup>196</sup> A arbitragem comercial como uma alternativa encontrada pelo Mercosul foi estudada em FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia. El arbitraje comercial: Una luz para la solución de disputas en materia de derecho de la competencia. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 403-430. Por JAYME foi apontada como um dos instrumentos para favorecer a integração em mercados como o Nafta e a Alca. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, p. 70. O estágio atual de desenvolvimento do instituto jurídico pode ser conferido em KANO, Melissa Carvalho. Arbitragem nos países do Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *MERCOSUL: integração regional e globalização*, p. 481-514. Leituras mais profundas são encontradas em NOODT TAQUELA, M. B. *Arbitraje Internacional en el Mercosur*, 287 p. e nos artigos A arbitragem internacional nos contextos interamericano e brasileiro e O acordo de arbitragem comercial do Mercosul e o direito internacional privado brasileiro: a reserva ao artigo 10 e a autonomia privada em ARAUJO, N. de. *Contratos internacionales: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*, p. 301-335 e 337-352, respectivamente.

<sup>197</sup> SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 159 e BARRAL, W. *Op. cit.*, p. 86.

<sup>198</sup> WEHNER, U. *Der Mercosur: Rechtsfragen und Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojektes und die Erfolgsaussichten der interregionalen Kooperation mit der Europäischen Union*, p. 110.

<sup>199</sup> PORRATA-DORIA JUNIOR, R. A. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>200</sup> MARTINS, Alexandre Marques da Silva. O Direito da Concorrência no MERCOSUL após o Protocolo de Fortaleza. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *MERCOSUL: integração regional e globalização*, p. 592-593.

com o processo comunitário<sup>201</sup>, invariavelmente tido como maravilhoso, fascinante e fantástico, ainda que VENTURA tenha observado que “Assumir (...) diferenças seria a primeira etapa do processo que permitiria superar os desafios que elas engendram”, fundada em manifestações que observam que o debate atualmente “não gira mais em torno da antiga oposição entre supranacionalidade e intergovernamentalismo”<sup>202</sup>, mas sim da adaptação dos meios aos objetivos integracionistas fixados, até porque o exemplo comunitário “demonstra que é possível associar estas duas técnicas”<sup>203</sup>. Dificilmente a doutrina o defende. As dificuldades de implementação de normas, alcance dos objetivos e de uma liberdade de concorrência estariam relacionadas com os problemas acima apontados<sup>204</sup>. Neste sentido MARTINS, para quem “A falta de uma estrutura supranacional dificulta não somente a aplicação e interpretação uniformes dos tratados e demais atos jurídicos, mas determina, além disso, que a integração seja dependente da vontade política dos governos nacionais”<sup>205</sup>.

Não apenas o sistema de solução de controvérsias, mas a ordem jurídica como um todo recebe considerações. A fragilidade institucional e jurídica<sup>206</sup> do Mercosul é incontestável, embora possa agir no plano internacional. As decisões dos órgãos chegam a vir paralelamente na forma de acordos de direito internacional público, como uma tentativa de garantir a eficácia<sup>207</sup>. Essa inconsistência pode vir a prejudicar o seu futuro ou ao menos conturbar a sua evolução. Como observa MARQUES, sob nenhum dos três pressupostos, com os quais a visão jurídica da integração econômica avalia a firmeza e a seriedade de um processo (supranacionalidade, autonomia dos órgãos e criação de mecanismos de controle e garantia de segurança jurídica<sup>208</sup>), poderia o Mercosul ser classificado como uma verdadeira integração<sup>209</sup>.

---

<sup>201</sup> Uma comparação com o sistema comunitário foi feita em SAMTLEBEM, J. *Op. cit.*, p. 69-81.

<sup>202</sup> As discussões sobre as opções podem ser vistas em D'ANGELIS, W. R. *Op. cit.*, 280 p.; em BARRAL, W. *Op. cit.*, p. 85-88; em ALMEIDA, P. R. de. O Brasil e o futuro do MERCOSUL: dilemas e opções. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *MERCOSUL: integração regional e globalização*, p. 13-38 e em ALMEIDA, P. R. de. Dilemas da Soberania no Mercosul: Supranacional ou Intergovernamental? In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário direito e globalização: a soberania*, p. 239-261.

<sup>203</sup> VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 608, 599 e 101 respectivamente.

<sup>204</sup> SABIDO RODRÍGUEZ, M. *Op. cit.*, p. 558-559.

<sup>205</sup> MARTINS, R. *Op. cit.*, p. 851 e 855.

<sup>206</sup> Visões da fragilidade institucional podem ser vistas em MARQUES, C. L. Prefácio. In: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de direito da integração e comunitário*, p. 11-20; MARQUES, C. L. *Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor: Crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor*, p. 56-58; MARQUES, C. L. O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e o MERCOSUL. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*, p. 97-98; MARQUES, C. L. Liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços no Mercosul: Instrumentos Legislativos sobre Formação de Recursos Humanos. In: MOROSINI, Marília (Coord.). *Mercosul/Mercosur: Políticas e Ações Universitárias*, p. 25-26 e 38-46; MARQUES, C. L. *O “Direito do Mercosul”: Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração*, p. 83-87; MARQUES, C. L. *Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul: primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor*, p. 82-83; MARQUES, C. L. *Direitos do Consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse*, p. 920-921 e em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 108 e 589-601.

<sup>207</sup> MARQUES, C. L. Prefácio. In: JAEGER JUNIOR, Augusto. *Temas de direito da integração e comunitário*, p. 16.

<sup>208</sup> A importância da segurança jurídica para o sucesso da integração econômica, para as decisões relativas a investimentos e para a competitividade da região pode ser vista em KLEINHEISTERKAMP, J. *Op. cit.*, p. 351.

<sup>209</sup> MARQUES, C. L. *O “Direito do Mercosul”: Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração*, p. 75-76.



Essa estrutura frágil é ainda elemento de um dos paradoxos atuais do processo. Mesmo não tendo uma base jurídica sólida, o Mercosul já atua e mesmo legisla um modelo novo de direito, segundo MARQUES. Ocorre que da leitura do direito primário não fica claro se o Mercosul está ou não legitimado a impor estas leis nas ordens jurídicas internas e a controlar a sua execução, embora as normas sejam obrigatórias para os Estados-partes<sup>210</sup>.

Em verdade, um cenário de reformas imaginárias, que passaria pelo surgimento de um organismo permanente de decisões, havia sido apresentado pela Secretaria Administrativa do Mercosul no *PRIMER Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur: un foco para el proceso de integración regional*, em julho de 2004. As alternativas seriam reformar o Protocolo de Ouro Preto para criar um novo órgão decisório, dotado de caráter permanente, a atribuição de caráter permanente a um órgão já existente, ou a emanção ou desmembramento de uma formação permanente vinculada a um órgão decisório já existente. Isso implicaria no abandono do esquema transitório previsto no Tratado de Assunção e no Protocolo de Ouro Preto. O resultado seria a substituição do intergovernamentalismo embrionário pela noção de intergovernamentalismo responsável, “inspirada no tradicional conceito de responsabilidade política que corresponde a todo poder decisório no plano interno”<sup>211</sup>.

Ao lado da defesa do modelo de solução de controvérsias, já vista, há uma defesa do modelo institucional em BAPTISTA. Do ponto de vista político e econômico, instituições com poderes supranacionais semelhantes aos daquelas da Comunidade seriam inadequadas ao Mercosul, ademais de enfrentarem obstáculos de ordem constitucional<sup>212</sup>. Por tal, prega o autor o “prosseguimento do processo de integração no modelo cooperativo em uso, que tem dado bons resultados”<sup>213</sup>. Todavia, alguns temas, como o direito de concorrência, hidrovias e propriedade intelectual e industrial, seriam especialmente indicados para estarem afetos a um regime supranacional. Tal idéia representa uma sugestão de adoção de uma flexibilidade, no sentido de criar alguns organismos especializados com tais poderes<sup>214</sup>.

---

<sup>210</sup> MARQUES, C. L. *Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul: primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor*, p. 83. O reflexo deste direito na prática dos tribunais superiores brasileiros, onde já há casos julgados envolvendo-o, inclusive como fundamento de pedir no judiciário, mas pelos quais se observa que o Supremo Tribunal Federal manteve a tradição dualista, pode ser visto em MARQUES, C. L. *O “Direito do Mercosul”: Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração*, p. 91-99. A obrigatoriedade das normas consta dos artigos 9, 15 e 20 do Protocolo de Ouro Preto. Referências a esta utilização do direito do Mercosul também são feitas no *PRIMER Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur: un foco para el proceso de integración regional*, p. 9.

<sup>211</sup> *Idem*, p. 10 e 50-53.

<sup>212</sup> Que, como já referido, em relação ao Brasil podem ser conferidos em MARTINS, R. R. de M. *Op. cit.*, p. 137-185; em ALMEIDA, J. G. A. de. *Op. cit.*, p. 333-335 e em DALLARI, P. B. de A. *Op. cit.*, p. 102-116.

<sup>213</sup> BAPTISTA, L. O. *Op. cit.*, p. 70 e 74.

<sup>214</sup> *Idem*, p. 73-74. O desejo de uma autoridade supranacional ao menos para a questão da concorrência é visto ainda em MARTINS, E. M. O. *Competitividade empresarial e Mercosul*, p. 60; MARTINS, E. M. O. *Defesa da Concorrência, Supranacionalidade e Mercosul*, p. 180; FIGUEREDO, J. *Op. cit.*, p. 95; BISCHOFF-EVERDING, P. *Is there a basis for a co-operation between the EU and the Mercosur in the field of restrictive business practices?*, p. 122; VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. La defensa de la competencia en la Unión Europea y en Mercosur. In: VELASCO SAN PEDRO, Luis

Como visto, há uma parte da doutrina que tem por elogiável a experiência supranacional, mas que também acredita ser adequado o Mercosul restringir-se, no presente momento e estágio da integração, ao modelo intergovernamental. Assim CACHAPUZ DE MEDEIROS, para quem é “Forçoso reconhecer (...) que o sistema atual de solução de controvérsias do Mercosul é apropriado, pois condiz com o estágio de integração em que se encontram os Estados-membros. Futuramente, dependendo da marcha do processo integracionista, é lícito pensar em um tribunal supranacional para o Mercosul, que não precisará ser cópia exata do modelo europeu, pois existem importantes diferenças entre os dois espaços”<sup>215</sup>. Da mesma forma se expressa COSTA e SILVA, para quem “cabe ao Mercosul primeiramente viabilizar-se como projeto integracionista sub-regional, para depois pensarmos na criação de instituições mais complexas, mais caras e mais burocratizadas para a integração (...), evitando, no momento, órgãos de caráter supranacional”<sup>216</sup>.

Uma defesa mais veemente parece vir do exterior. WEHNER fala da funcionalidade de um novo tipo de projeto de integração (*Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojektes*), ao escrever sobre o Mercosul. Disso pode se depreender muitas coisas, como por exemplo que esse é o processo que se tem, assim foi escolhido, que pode funcionar e que com ele é devido viver. E é um novo tipo, que tem suas particularidades, que o diferencia de todos os outros automaticamente comparáveis. A primeira apontada é a facilidade e simplicidade da estrutura<sup>217</sup>, cunhada na flexibilidade do Tratado<sup>218</sup>, o que é por sinal um dos seus princípios<sup>219</sup>, na transitoriedade, simplicidade do processo normativo, e ainda que tudo isso durante bom tempo nem funcionários exigiu. A segunda é o caráter de *top-down-integration*, assim o de uma integração que venha de cima para baixo, isto é, dos governos ou de seus representantes. A terceira envolve diferenciações com o modelo comunitário, como a impossibilidade de comparação de seus órgãos, a então ausência de um tribunal permanente e a opção pela intergovernabilidade. Por fim, vê o autor diferenciações (*Unterschiedlichkeit der Mercosur-Methode*) ao compará-lo com outras tentativas sul-americanas. As críticas colecionadas por WEHNER na doutrina são as já conhecidas e não se afastam da debilidade institucional e da ausência de supranacionalidade, motivo pelo qual não serão reproduzidas.

---

Antonio (Coord.). *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, p. 190-191 e em PASSOS, F. *Op. cit.*, p. 44-45.

<sup>215</sup> CACHAPUZ DE MEDEIROS, A. P. *Op. cit.*, p. 176. Neste estágio da integração, uma Corte ao modelo comunitário também é considerada de inutilidade prática, com fundamento na não ou na pouca utilização do próprio sistema arbitral no Mercosul e em outros processos de integração. BAPTISTA, L. O. *Op. cit.*, p. 69.

<sup>216</sup> COSTA e SILVA, Eugênio da. *A concorrência no Mercosul: considerações preliminares*, p. 51. Neste mesmo sentido está PASSOS, F. *Op. cit.*, p. 44-45.

<sup>217</sup> Também para TEPEDINO a formulação institucional do Mercosul “é muito pragmaticamente simples”. TEPEDINO, G. *Tecnica legislative ed interpretative nell’armonizzazione del diritto privato comunitario: l’esperienza del Mercosul*. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário direito e globalização: a soberania*, p. 265.

<sup>218</sup> Assim também para VENTURA, para quem “a flexibilidade foi muitas vezes apresentada como a chave do sucesso do Mercosul. Com efeito, o fato de não ter atingido bruscamente um mercado comum pode ter permitido sua sobrevivência em meio a sucessivas crises econômicas vividas pelos Estados que o compõem”. VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>219</sup> Sobre os princípios de flexibilidade, gradualidade, equilíbrio e reciprocidade no Mercosul ver FARIA, J. A. E. *Op. cit.*, p. 2-24.

O mérito do levantamento feito está na avaliação deste novo método, tido como *sui generis*<sup>220</sup>. Inicia ele por perguntar, ao promover uma nova avaliação do método de integração (*Neubewertung der Integrationsmethode*), se as desconfianças com o processo também em casos concretos teriam fundamento. Lembra que o ponto de partida dos processos Mercosul e Comunidade Européia e a realidade econômica dos países são diferentes, que era sabido que o processo não atingiria um mercado comum em apenas quatro anos, que o termo no contexto em que foi citado representava mais um desejo político que um termo técnico, e que os regimes presidencialistas dos países têm seus reflexos na condução da integração, motivos pelos quais, ademais dos culturais, sociais e econômicos, nem sempre uma comparação com a Comunidade pode ser feita. Além disso, que modelos tentados mais parecidos com a Comunidade, como o Pacto Andino, também não são plenos de sucesso<sup>221</sup>. Eles poderiam conduzir à criação de instituições e burocratização (*Mercocracia*, em alusão à *Eurokratie*) ao invés de avanços na integração. Antes pelo contrário, a estrutura intergovernamental utilizada na relação bilateral entre Brasil e Argentina anterior ao Mercosul apresentou sucesso comercial expressivo, tendo inclusive conduzido em termos finais à assinatura do Tratado de Assunção, ainda que um processo sem estruturas sólidas seja sensível e suscetível. Para fugir daquilo, vê aqui flexibilidade e orientação para as necessidades (*Flexibilität und Bedarfsorientiertheit*)<sup>222</sup>. E mesmo que o processo, no momento de sua análise, não apresentaria uma maturidade para um sistema de solução de controvérsias permanente.

Logo após observa que o processo tem as opções abertas, ao invés de rigidez. E mesmo um caráter de irreversibilidade (*Unumkehrbarkeit; point of no return*<sup>223</sup>). Parece sempre que se não existisse a Comunidade Européia, isto é, se não existisse um modelo de comparação, o método escolhido aqui não seria tão criticado pela doutrina<sup>224</sup>. Esse suposto caráter de irreversibilidade, que lhe empresta funcionalidade, retira dele a alternativa de não crescer, de não se desenvolver<sup>225</sup>.

---

<sup>220</sup> Assim também visto em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. xli e 317.

<sup>221</sup> Sobre este processo de integração ver JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 34-37. WEHNER observa que os processos anteriores sem estrutura supranacional, como a Alalc e a Aladi não obtiveram sucesso, mas que processos com estrutura complexa, em parte amplamente comparável com a estrutura comunitária, como o Pacto Andino, também não, o que deixa parecer que a solução possivelmente não reside aí. WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 46 e 58-59. De fato, segundo VENTURA, “O fracasso da integração andina dever-se-ia, portanto, à rigidez do modelo adotado e o sucesso do Mercosul só poderia ser obtido graças à flexibilidade e à maleabilidade institucionais”, elementos que são justamente considerados “como um trunfo, não como desvantagem” do processo. VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 85 e 55-56, respectivamente.

<sup>222</sup> Assim também parece ser deduzido da leitura de VENTURA. *Idem*, p. 101, 599 e 608.

<sup>223</sup> Expressão, em outro contexto, também usada em ALMEIDA, P. R. de. O Brasil e o futuro do MERCOSUL: dilemas e opções. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *MERCOSUL: integração regional e globalização*, p. 27.

<sup>224</sup> ALMEIDA refere-se a um “fantasma da UE”. ALMEIDA, P. R. de. *O Mercosul em crise: que fazer?*, p. 111-122.

<sup>225</sup> WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 130-144 e 169-171, onde fundamenta a irreversibilidade no sucesso parcial atingido em determinados objetivos, no seguimento do plano de liberação comercial e na existência de metas então futuras, como o Programa de Ação do Mercosul para o ano de 2000 – Decisão n. 9/95. Uma outra posição parece ter VENTURA, para quem “A irreversibilidade do Mercosul é mais do que nunca um mito” e “ele não passa de uma idéia em vias de materialização”. VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 549 e xxxv, respectivamente.

Enfim, o método escolhido colhe consentimentos. Para WEHNER, “É e foi aberto com ele sobretudo um caminho relativamente não complexo para a transposição do desejo de integração existente. (...) o projeto Mercosul é realizável em poucos anos, mas também destrutível em poucos segundos. Fundamento para isso é, em primeira linha, a forte dependência do avanço da integração dos respectivos quereres presidenciais”<sup>226</sup>. Não é possível negligenciar que as palavras acima proferidas foram antes da crise que se abateu no final do século e, não fosse isso, muitos anos para um mundo em tão rápida evolução já se passaram desde então. Mas foi uma demonstração de confiança, de crença, ou, pelo menos, de não-adversidade com o modelo existente. Em meio a tantas críticas ofertadas, os motivos das defesas devem ao menos ser referidos. Ainda neste contexto, diz que “A solução institucional minimal do Mercosul não deve ser entendida, no conjunto, como uma fraqueza institucional; ela é muito mais produto (*Ausfluß*) de flexibilidade e pragmatismo”<sup>227</sup>.

### 3.1.h) A harmonização das legislações nacionais

Como não é possível dizer que o Mercosul apresenta um direito comunitário<sup>228</sup>, nem referir-se ao seu ordenamento jurídico como direito comunitário do Mercosul<sup>229</sup>, ao que seria necessário a supranacionalidade e um tribunal<sup>230</sup>, uma efetivação das políticas de integração do Mercosul ocorre por meio de harmonização das legislações nacionais envolvidas<sup>231</sup>. Ao não optarem pela construção do mercado comum com a supranacionalidade, tinham os Estados-partes consciência de que a integração dependeria da harmonização de suas legislações<sup>232</sup>. Essa tarefa, segundo VAZ, “pode ser comparada ao trabalho de criação de um novo Estado, com todas as regulamentações que isto implica em termos de ordenamentos e instituições

---

<sup>226</sup> WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 143. Uma tentativa de ver como base e legitimação para o crescimento conjunto no âmbito do Mercosul as ordens constitucionais, a tradição comum dos países em direito privado ou a tradição latino-americana de unificação do direito internacional privado não foi confirmada, pois concluiu que o mesmo é vinculado ao querer político dos dirigentes. SILVA, E. R. da. *Op. cit.*, p. 56-64.

<sup>227</sup> WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 238. Sobre o caráter minimal da estrutura institucional do Mercosul ver VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 3 e seguintes.

<sup>228</sup> Todavia, são conhecidas e difundidas obras e capítulos de obras com esta denominação, como por exemplo VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). *Direito Comunitário do MERCOSUL*, 336 p.; DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A.; RIVERA, Julio C. *Derecho Comunitario*, 671 p. e GONZALEZ-OLDEKOP, Florencia. *La integración y sus instituciones: los casos de la Comunidad Europea y el Mercosur*, p. 199-220, bem como proposta de criação de tal disciplina nas faculdades de direito, vistas em LARA, Antonio Rubens Costa de; SAMPAIO, Carlos Eduardo Andrade. Criação da disciplina de “direito comunitário” nas faculdades de direito dos países integrantes do Mercosul. In: LATTUCA, Ada; CIURO CALDANI, Miguel A. *Economia Globalizada y Mercosur*, p. 257-262 e em ARAUJO, N. de. O Mercosul e o Ensino Jurídico: Propostas para inserção no atual currículo de ensino. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário direito e globalização: a soberania*, p. 317-324.

<sup>229</sup> Porque trata-se de um equívoco conceitual. COSTA e SILVA, E. da. *Op. cit.*, p. 46-47.

<sup>230</sup> SAMTLEBEN, J. Der MERCOSUR als Rechtssystem. In: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000*, p. 76 e OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur. In: BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros*, p. 66-76.

<sup>231</sup> GIMENES, Rafael Urbano. Regime de concorrência das empresas binacionais no MERCOSUL. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *MERCOSUL: integração regional e globalização*, p. 421 e DARTAYETE, M. C. *Op. cit.*, p. 68.

<sup>232</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. *Defesa da concorrência no Mercosul*, p. 119. Para as normas autorizadas e os órgãos responsáveis por uma harmonização no Mercosul ver SILVA, E. R. da. *Op. cit.*, p. 77-82.

sociais”<sup>233</sup>. Mecanismos de harmonização, neste contexto, não são demérito algum. Basta observar os efeitos da harmonização na Comunidade Européia, amplamente já abordados neste estudo, especialmente pela sua função de instrumento de realização do mercado comum, para o que tal tarefa foi de fundamental relevância.

Todavia, a harmonização legislativa no Mercosul<sup>234</sup>, a qual tem a tarefa de apoiar a integração, não tem sido fácil. Em função da fraqueza institucional e jurídica do processo de integração se recorre para tanto ao direito internacional público clássico<sup>235</sup>. O próprio Tratado não permite outras alternativas, como medidas semelhantes às do artigo 95 TCE. A obrigação dos Estados-partes em harmonizar as suas legislações não passa de moral<sup>236</sup>. Os atuais problemas em termos de harmonização<sup>237</sup> dizem respeito à ausência de normas nacionais a harmonizar, em alguns países, bem como às características bastante diferentes das leis editadas por Brasil e Argentina, que foram sob enfoque completamente diverso.

A harmonização das regras da concorrência, diferentemente do que ocorre com outras matérias, não é conquistada pela negociação de concessões. Outros fatores são mais essenciais<sup>238</sup>. Enquanto a lei brasileira preocupa-se com aspectos de política econômica, regulamentação dos mercados e implementação de políticas públicas, a lei argentina limitava-se a estabelecer sanções penais às práticas restritivas da concorrência<sup>239</sup>. Nem toda a doutrina, como já visto, concorda que as leis tenham caráter diferente. A majoritária, por exemplo, tem que a similitude das leis é um elemento a favor de uma futura harmonização<sup>240</sup>, mesmo mundial<sup>241</sup>. Outros âmbitos que já contam com avanços em harmonização serão vistos agora.

---

<sup>233</sup> VAZ, I. *Op. cit.*, p. 302.

<sup>234</sup> Também referida como uniformização jurídica em PABST, H. *Mercosul: direito de integração*, p. 93-148 e diferenciada de aproximação das legislações em FARIA, Werter R. 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*, p. 143.

<sup>235</sup> SILVA, E. R. da. *Op. cit.*, p. 82-84 e MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 75-76.

<sup>236</sup> SILVA, E. R. da. *Op. cit.*, p. 66 e 177.

<sup>237</sup> Sobre uma crise da técnica legislativa e das fontes ver TEPEDINO, G. *Op. cit.*, p. 267-269. A dificuldade reside em “encontrar uma norma homogênea, capaz de conciliar as profundas diferenças étnicas, culturais e econômicas (...)”, “frente à tensão entre as duas forças divergentes, uma para a unificação do sistema jurídico e a outra em sentido oposto, dirigida à reafirmação da identidade cultural”. *Idem*, p. 269 e 275, respectivamente. Também sobre a problemática das formas contemporâneas de produção das normas jurídicas ver ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário direito e globalização: a soberania*, p. 23-51. Por todos, sobre as tensões recentes do mundo, especialmente a vontade de integração econômica e, em lado oposto, a manutenção da identidade cultural da pessoa, ver JAYME, E. *Op. cit.*, p. 33-37 e 246-264, que apresenta quatro valores da cultura pós-moderna no direito - pluralismo, comunicação, narração e *retour des sentiments*, sendo o *Leitmotive* da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos -, a influenciar o desenvolvimento do direito e da solução dos conflitos de leis e de jurisdições, como o fio condutor da produção normativa contemporânea. Ver ainda MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, p. 162-165.

<sup>238</sup> PASCAR, Norma. Legislación sobre Defensa de la Concurrencia/Competencia en la Unión Europea y Ley Argentina. In: PIMENTEL, Luiz Otavio (org.). *Direito da Integração: estudos em homenagem a Werter R. Faria*, p. 212.

<sup>239</sup> GIMENES, R. U. *Op. cit.*, p. 422, ainda em referência à antiga lei argentina.

<sup>240</sup> MARTINS, E. M. O. *Op. cit.*, p. 180-181 e ETCHEVERRY, Raul Anibal. Derecho de la competencia y Mercosur: visión desde Argentina. In: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (Coord.). *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, p. 220. Os esforços

Com efeito, harmonizações em outras matérias passaram a ser exigidas também com o crescimento das relações transfronteiriças. O Mercosul adotou duas medidas de harmonização relativas a investimentos estrangeiros, quais sejam o Protocolo de Colônia para a promoção e recíproca proteção de investimentos no Mercosul (Decisão n. 11/93) e o Protocolo de Buenos Aires relativo à promoção e proteção de investimentos provenientes de países não-participantes do Mercosul (Decisão n. 11/94). Através do Protocolo de Colônia, os Estados-partes se obrigam a tratar os investidores dos outros parceiros de igual forma que tratam os seus nacionais. Esse Protocolo segue em estrutura e conteúdo o modelo dos mais modernos acordos de proteção a investidores<sup>242</sup>. Através do de Buenos Aires são protegidos os investidores de países não-pertencentes ao bloco<sup>243</sup>.

No âmbito da política de proteção da propriedade industrial, em agosto de 1995 os quatro países firmaram um Protocolo de harmonização de normas sobre propriedade intelectual em matéria de marcas, certificados de procedência e denominações de origem (Decisão n. 8/95). Nesse aspecto ainda é de ser referido que os quatro países são signatários das mais importantes convenções internacionais. E também que as legislações nacionais têm se aproximado das normas do *Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs) e entre si. Devido ao seu caráter de documento de direito internacional público, não estão em vigor os 28 artigos do Protocolo para todos os Estados-partes. Da mesma forma se encontra o Protocolo de harmonização de normas sobre desenho (Decisão n. 16/98)<sup>244</sup>.

---

de harmonização do direito que tutela a liberdade de concorrência podem ser acompanhados em XAVIER BASALDÚA, Ricardo. *Mercosur y derecho de la integración*, p. 217-228 e no seguimento deste estudo.

<sup>241</sup> A doutrina mercosulista também coaduna com a idéia de uma unificação a nível mundial, ao dizer que “a concorrência é uma matéria a ser unificada no mundo no futuro, porque resulta um elemento chave em um sistema de liberdade de mercados e globalização. Esta tendência responde a um elemento de simplificação, unidade ou concentração do direito, que, além da harmonização, caminha para uma unificação material, isto é, para materializar-se em uma concentração normativa”. ETCHEVERRY, R A. *Op. cit.*, p. 207-208. Interessante é notar que a globalização estaria conduzindo as leis a uma normativa única. Com efeito, os efeitos da globalização são melhor vistos na teoria de JAYME, que merece ser aqui repetida. Segundo o autor, a globalização está fazendo com que os Estados cedam grande parte de seus poderes aos mercados, onde “As regras da concorrência determinam a vida e o comportamento dos seres humanos. A existência de um mercado global permite fusões de grandes empresas, resultando em um poder econômico gigantesco, que deixa aberta a questão da proteção do indivíduo que gostaria de manter seu posto de trabalho, proteção tradicionalmente fornecida pelo Estado. Para preencher este vazio legal, os juristas reclamam a criação de um sistema mundial de proteção contra as práticas anti-concorrenciais”. JAYME, E. *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*, p. 20.

<sup>242</sup> SAMTLEBEN, J. *Der Südamerikanische Gemeinsame Markt (MERCOSUR) und seine neue Verfassung*, p. 1998.

<sup>243</sup> Para mais detalhes ver ROWAT, Malcolm; LUBRANO, Michele; PORRATA JUNIOR, Rafael. *Competition Policy and MERCOSUR*, p. 98-100 e DRONI SAN MARTINO, L. *Op. cit.*, p. 282-283.

<sup>244</sup> Sobre o sistema de propriedade industrial no Mercosul, bem como para acesso ao texto e comentários do Protocolo referido, ver DARTAYETE, M. C. *Op. cit.*, p. 68-80. Também de forma abrangente sobre propriedade industrial no Mercosul, onde as decisões citadas são referidas, ver HASSEMER, Michael. *Gewerbliche Schutzrechte im MERCOSUR*. In: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000*, p. 121-141 e, resumidamente, ver FIGUEREDO, J. *Op. cit.*, p. 88-90.

Há doutrinas também sobre uma harmonização no direito dos contratos internacionais<sup>245</sup>. E harmonizações na área de processo civil internacional do Mercosul, tais como o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, chamado de Protocolo de Las Leñas, de 1992, o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual de 1994, o Protocolo de Medidas Cautelares, firmado em Ouro Preto, em 1994, o Protocolo de Santa Maria e como o Protocolo de São Luis, ambos de 1996, já foram referidas.

Impossível é não reportar a discussão tida com a tentativa de harmonização da proteção dos consumidores<sup>246</sup>. A principal questão referiu-se a combater a adoção de uma legislação que viesse a diminuir a proteção já garantida em alguns países, como Argentina e Brasil, com o Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor, de 29 de novembro de 1997, e, do contrário, a elaborar um documento tópico e limitado que conduzisse o Uruguai e o Paraguai a apresentarem avanços no tema, sob pena de o processo vir a tornar-se um depósito de produtos inseguros, produtos ou serviços em dumping ou de má-qualidade<sup>247</sup>. A idéia de uma harmonização vinda de baixo

---

<sup>245</sup> ARAUJO, N. de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*, p. 12-14 e 204.

<sup>246</sup> XAVIER BASALDÚA, R. *Op. cit.*, p. 231 e seguintes e INCHAUSTI, Juan Ignacio. Protección de los derechos del consumidor en la Unión Europea y en el Mercosur. In: *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2*, p. 155-171, que apresenta um panorama da legislação nacional dos Estados-partes nas p. 155-164.

<sup>247</sup> Previsões de que o Mercosul seguisse o modelo da Comunidade e se tornasse um grande legislador para a proteção do consumidor foram feitas ainda durante o período provisório em MARQUES, C. L. O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e o MERCOSUL. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*, p. 107. Uma harmonização afastaria o viés da existência de legislação de proteção dos direitos do consumidor em uns países (vista como uma conquista social) e em outros não (desigualdade legislativa), que é a provável restrição à entrada e ao consumo de mercadorias e serviços oriundos dos países do mercado comum que não possuam igual nível de preocupação com a qualidade, informação e a segurança dos produtos, que é a extensão do limite à autonomia privada imposto ao nacional, em função da necessidade de adaptação às exigências legais. Com efeito, “um conjunto de normas legais dedicadas à tutela dos consumidores de um determinado país pode funcionar como uma barreira, neste caso barreira não-tarifária, à liberdade de circulação de produtos e serviços (...)”. *Idem*, p. 98-99. Um estudo específico do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) como lei discriminatória e limitadora ao livre comércio no Mercosul pode ser conferido em MARQUES. A autora entende que havia diversas definições possíveis para caracterizar a lei como barreira ou não. As alternativas eram o retrocesso do direito brasileiro, a manutenção dele ou a elevação dos direitos dos demais países a um mesmo patamar de proteção, o que exigiria uma legislação harmonizada, ou ainda a validade da regra do país de origem. A experiência europeia do trato da questão mostrava a preocupação com a harmonização das legislações. A conclusão foi de que a lei não impedia o comércio recíproco nem a entrada de produtos importados, mas apenas impunha responsabilidades e deveres de informação e de indenização, caso os produtos ou serviços não atingissem a qualidade exigida ou fossem comercializados através de práticas comerciais abusivas e proibidas no mercado. Outra argumentação neste sentido é que as normas se destinam à proteção da vida e da saúde das pessoas, o que não pode ser considerado como barreira não-tarifária. A irreduzibilidade dos juristas nacionais quanto a não diminuir o patamar de proteção atingido pela lei brasileira deixava como alternativa remanescente o apoio a processos de harmonização, mesmo que mínimos. *Idem*, p. 107-114. Ver ainda FEKETE, Elisabeth Kasznar. *A proteção ao consumidor como instrumento de aperfeiçoamento da integração econômica no Mercosul*, p. 114-115 e TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*, p. 288-301. A interpretação dos demais países de que a legislação brasileira importava em barreiras comerciais ao Mercosul pode ser vista ainda em INCHAUSTI, J. I. *Op. cit.*, p. 166. Após o período provisório, quando a Argentina já possuía também uma legislação (Lei 24.240/93), o Mercosul foi novamente visto como legislador da proteção do consumidor, ainda que um poder geral de fazer leis não tivesse sido transferido pelo Tratado de Assunção nem pelo Protocolo de Ouro Preto. Este poder era, todavia, deduzido de uma competência considerada implícita na sua própria

também é presenciada no Mercosul<sup>248</sup>, especialmente no âmbito da legislação de proteção ao consumidor, em um raciocínio referente à lei argentina que trata dessa matéria.

Outros âmbitos com chances de sucesso em termos de harmonização seriam o fiscal<sup>249</sup>, o direito do trabalho<sup>250</sup>, a liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços<sup>251</sup> e o direito de sociedades<sup>252</sup>.

---

criação com finalidade integracionista (*implied power; Kompetenz-Kompetenz*). Uma harmonização sem consciência e discussão democrática, que não fosse baseada em pautas básicas e mínimas, no caso a que resultaria do projetado Regulamento comum de defesa do consumidor, poderia provocar o retrocesso e a destruição das duas garantias legais já conquistadas e tornaria os mercados depositários de produtos inseguros, produtos ou serviços em dumping ou de má-qualidade. A idéia era que a norma do Mercosul representasse um avanço nas legislações do Paraguai e Uruguai e não um retrocesso nas demais. MARQUES, C. L. *Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul: primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor*, p. 79-82. Sobre a renúncia do Mercosul à teoria dos poderes implícitos ver VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 105-109. Um extenso levantamento de normas oriundas da atividade legislativa do Mercosul em matéria de consumo e direito do consumidor pode ser acompanhado em MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 95-102 e em MARQUES, C. L. *Direitos do Consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse*, p. 921-925. Novas ameaças às garantias legais de Brasil e Argentina foram identificadas com o Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor, de 29 de novembro de 1997, texto que foi posteriormente recusado pela delegação brasileira na Comissão de Comércio. MARQUES, C. L. *Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor: Crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor*, p. 53-76. No mesmo sentido de que a tendência integracionista pudesse vir a representar, para o consumidor brasileiro, eventual retrocesso em seus direitos e garantias conquistados está a doutrina em LUCCA, Newton de. *Globalização, mercados comuns e o consumidor de serviços: os processos de integração comunitária e a questão da defesa dos consumidores*, p. 154-158. O projeto de protocolo foi abandonado e os esforços recomeçaram em abril de 1998, de forma tópica e limitada. MARQUES, C. L. *Direitos do Consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse*, p. 922-923. A evolução das tentativas frustradas de unificação e harmonização das normas materiais de proteção do consumidor no Mercosul, como o surgimento da Declaração Presidencial de 2000, pode ser acompanhada em MARQUES, C. L. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*, p. 405-422. E em TEPEDINO, no artigo *O Mercosul e as Relações de Consumo: o papel das normas constitucionais na construção de um direito privado comunitário*, compreendido nas p. 281-301, onde observa que “A adoção pelos demais países de legislações de proteção ao consumidor que tomam por base a legislação brasileira resultou numa harmonização espontânea da legislação de consumo no âmbito do Mercosul (...)”. TEPEDINO, G. *Op. cit.*, p. 295. De fato, atualmente, Paraguai e Uruguai possuem as leis 1.334/98 e 17.250/2000, respectivamente, para o trato da proteção do consumidor.

<sup>248</sup> SILVA, E. R. da. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>249</sup> XAVIER BASALDÚA, R. *Op. cit.*, p. 208-217.

<sup>250</sup> A ratificação de um determinado número de Convenções da Organização Internacional do Trabalho é vista como alternativa para a ausência de dimensão social no Mercosul em JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 111-129, em especial a p. 120 e a nota de rodapé número 33, onde estão listadas as Convenções sugeridas. Sobre o assunto ver também NASCIMENTO, Amauri Mascaro. MERCOSUL e Direito do Trabalho. In: BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros*, p. 446-448; PAZ, Vânia Beatriz Rey. *Mercosul: a impossibilidade de harmonizar as legislações sindicais*, 152 p e CALVETE, Carla da Silva. *Acordos coletivos e dimensão social na União Européia e no MERCOSUL*. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *MERCOSUL: integração regional e globalização*, p. 175-203.

<sup>251</sup> MARQUES, C. L. Liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços no Mercosul: Instrumentos Legislativos sobre Formação de Recursos Humanos. In: MOROSINI, Marília (Coord.). *Mercosul/Mercosur: Políticas e Ações Universitárias*, p. 38-46.

<sup>252</sup> Uma visão dos âmbitos jurídicos já adaptados e dos com perspectivas de o serem no futuro pode ser vista em SILVA, E. R. da. *Op. cit.*, p. 87-98. Sobre a possibilidade de harmonização do direito societário interno dos países do Mercosul, em especial o das sociedades anônimas, ver FARIA, Guiomar T. Estrella. *As sociedades comerciais e a formação dos blocos econômicos de nações*. In:



Porém, um estudo conduzido por SILVA sobre as perspectivas de harmonização do direito de estabelecimento de sociedades no Mercosul à luz da experiência da Comunidade Européia aponta que a harmonização desse direito nem é citada, quanto menos inicialmente existente, e nem o direito é assegurado. A liberdade a ele relacionada resulta apenas da interpretação do termo fatores produtivos, cuja livre circulação é assegurada pelo Tratado de Assunção. Para a formação de um mercado comum todas as barreiras jurídicas que obstaculizam uma sociedade a transferir a sua sede para um outro Estado-parte ou a se fundir com uma sociedade dele devem ser eliminadas. Já no Tratado de Roma tal direito estava previsto, todavia ainda hoje não completamente conformado. Somente em 1999, o Tribunal, com sua decisão Centros<sup>253</sup>, precisou as condições para o exercício da liberdade de estabelecimento no mercado comum. Uma harmonização também tem sido tentada por outros mecanismos, como diretivas<sup>254</sup>, ou mesmo pelo Regulamento n. 2157/2001 do Conselho, de 8 de outubro de 2001, para disciplinar uma forma original de organização, a *Societas Europaea*<sup>255</sup>. A evolução da harmonização comunitária na questão da liberdade de estabelecimento de sociedades não é transferível nem recomendável ao Mercosul, pois aqui os órgãos não são supranacionais e o direito não é diretamente aplicável. Como alternativas parciais para a mobilidade de sociedades no Mercosul, cita a autora propostas de uma *Societas Europaea* também para o Mercosul, que contudo não vê como transportável, além de questionar a real utilidade desta, e o esforço pela ampliação dos acordos sobre as empresas binacionais<sup>256</sup> aos demais países do bloco, hipótese que considera a mais adequada<sup>257</sup>.

Já na área de política de falências, ainda que as transfronteiriças tenham se tornado um fenômeno crescente, não houve um engajamento nem no exame, nem na criação de alguma iniciativa de harmonização.

### 3.1.i) Liberdades fundamentais no Mercosul

Estudos específicos sobre o que se tem e sobre propostas para as liberdades fundamentais tradicionais no Mercosul já foram realizados<sup>258</sup>. Por tal motivo, o seguimento deste será centrado somente na liberdade de concorrência<sup>259</sup>.

---

BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros*, p. 211-241.

<sup>253</sup> Caso Centros, EuGH, Slg. 1999, p. I-1459.

<sup>254</sup> Sobre soluções encontradas pelo direito europeu ver FÁRIA, G. T. E. *Op. cit.*, p. 228-238.

<sup>255</sup> A necessidade de um tal ordenamento desde longa data havia sido apontada em HOMMELHOFF, Peter. *Konzernrecht für den Europäischen Binnenmarkt*, p. 125-126 e em CAPELLI, Fausto. *Die Vollendung des Europäischen Binnenmarktes*, p. 22-23.

<sup>256</sup> Sobre empresas binacionais e sobre como conciliá-las sob a proteção constitucional brasileira e legislativa argentina ver FRADERA, Véra; GRANADOS, Ernesto. Empresas binacionales. In: GHERSI, Carlos Alberto (Director). *Mercosur: perspectivas desde el derecho privado*, p. 127-150.

<sup>257</sup> SILVA, E. R. da. *Op. cit.*, p. 99-179. Também é possível ver sobre o reconhecimento de sociedades fundadas no estrangeiro nos países do Mercosul e a necessidade de uma harmonização no âmbito do direito societário, onde não existem grandes diferenças entre as legislações que tornariam uma harmonização através da emissão de leis nacionais impossível, em MANÓVIL, Rafael Mariano. Das Unternehmensrecht im MERCOSUR. In: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000*, p. 151-157.

<sup>258</sup> RUIZ DÍAZ LABRANO, R. *Op. cit.*, p. 279-348; ALMEIDA, J. G. A. de. *Mercosul: manual de direito da integração*, p. 27-112; JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, 190 p.; LEBEDICH SICHIK, Jorge Mario. *A livre circulação de trabalhadores no Mercosul: possibilidade jurídica de implementação*, 126

Entre objetivos particulares que o conceito de mercado comum abrange e que deveriam estar efetivados até o final do período transitório está a garantia de condições de concorrência adequadas entre os Estados-partes, através de coordenação de suas políticas setoriais e globais nas áreas de comércio exterior, agricultura, indústria, impostos, entre outras.

Assim, a concorrência, melhor expressa na liberdade de concorrência que deve ser assegurada aos participantes do mercado, vem tutelada pelo direito da concorrência. Este pode ser aqui novamente definido como o corpo de leis e

---

p.; MÂNICA, Eliseu. *Os critérios de habilitação do advogado nos Estados Partes do Mercosul*, 154 p.; VIEIRA, Debora Cristina. O exercício da advocacia no Mercosul frente à livre circulação de serviços e trabalhadores. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*, p. 113-132; MUNDET, Eduardo R.; MUNDET, Marcelo J. *Pautas para el diseño de un sistema de reconocimiento de títulos extranjeros en un proceso de integración regional*, p. 46-57; FARIA, J. A. E. *Op. cit.*, p. 76-121, especialmente sobre os primeiros encaminhamentos da liberdade de circulação de mercadorias; GOBBO, Edenilza. *O Mercosul e a livre circulação de mercadorias*, 200 p.; PUGLIESI, Fábio. A livre circulação de mercadorias no Mercosul. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Mercosul: das negociações à implantação*, p. 174-186; OLIVEIRA, Celso Maran de. *Mercosul: livre circulação de mercadorias*, 351 p.; WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 147-171, especialmente sobre a liberdade de circulação de bens; SILVA, E. R. da. *Op. cit.*, que, além da obra como um todo ter por objeto o direito do estabelecimento de sociedades, apresenta um quadro-geral da situação atual das demais na p. 40-41; AGUINIS, Ana Maria M. de. *Actualidad Societaria: La libertad para establecer sociedades en los países del Mercosul*, p. 337-346; MARQUES, C. L. *Op. cit.*, p. 25-46; KRONBERG, Helcio. *A livre circulação de capitais no Mercosul*, 311 p. e BALART, Laura; NAJURIETA, Maria Susana. Libre circulación de sentencias en un espacio integrado. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (Coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional*, p. 82-89.

<sup>259</sup> Contudo, não é inoportuno referir alguns últimos avanços. Uma livre circulação de cidadãos do Mercosul ou mesmo de trabalhadores não é ainda assegurada e apenas prevista para o futuro. Por isso, remanescem exigências de visto e a necessidade de autorizações laborais. O princípio de não-discriminação válido é determinado pela Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho, que todos os Estados-partes ratificaram. Apenas recentemente foi oficializada a Carteira de Identidade do Fronteiriço, através da ratificação de um acordo que institui um documento de identidade único para os moradores da área de fronteira, chamados de *dobles chapas*. Todavia, a abrangência do acordo é apenas para a fronteira entre o Uruguai e o Brasil, e ainda somente para os municípios que tenham cidades-irmãs, isto é, regiões que apresentam uma fronteira viva. A expressão está em VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 209. O documento permite a livre circulação dos fronteiriços na região, além de garantir direito à residência e acesso ao mercado de trabalho e ao regime de previdência e aos serviços de educação do país vizinho. Ademais, permite a abertura de empresas, de contas bancárias e a aquisição de imóveis. O acordo ainda prevê a cooperação mútua em serviços de investigação e prevenção de crimes na fronteira, pois apara arestas burocráticas que atrapalhavam a colaboração entre as instituições, o que não permitia a eficácia na coibição de crimes internacionais. SCHAFFNER, Fábio; AMARAL, Luís Eduardo. Nação 'dobles chapa' ganha identidade. *Zero Hora*, Porto Alegre, 15 abr. 2004. p. 4-5 e OFICIALIZADA carteira de fronteiriço. *Correio do Povo*, Porto Alegre, 15 abr. 2004. p. 20. Outros avanços na efetivação desta liberdade, como a Iniciativa para a Integração da Infra-estrutura Regional Sul-americana (IIRSA), podem ser conferidos no *PRIMER Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur: un foco para el proceso de integración regional*, p. 26-27. Para a liberalização dos serviços foi acordado em 1997 o Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços. WEHNER, U. *Op. cit.*, p. 157-158. O tema teve sua evolução com a Decisão n. 16/2003 CMC, que aprovou o Acordo para a Criação do Visto Mercosul, que tem por desejo facilitar a circulação temporária de pessoas físicas prestadoras de serviços, e com a Decisão n. 25/2003 CMC, sobre a outorga de licenças temporárias aos prestadores de serviços profissionais. Para a liberdade de circulação de capitais há a Decisão n. 8/93 CMC. É o que se tem de novo, além dos avanços na de bens, que é a mais visualizável.

regulamentos que governa as práticas negociais (acordos horizontais ou verticais entre empresas, abuso de posição dominante, monopólios, fusões e aquisições)<sup>260</sup>.

Para um mais rápido estabelecimento do mercado comum, tem-se pregado a necessidade de consolidação desse direito. Para que este venha a ser efetivamente consolidado, já que existem as regras no Mercosul, oferece-se a visão da liberdade a ser tutelada por ele como sendo a quinta liberdade econômica fundamental. Essa elevação tornaria o direito mais ainda imprescindível e, com a sua efetivação, atingível o mercado comum.

A visão da liberdade de concorrência como sendo a quinta liberdade econômica fundamental foi o estudo desenvolvido no primeiro capítulo. O próximo passo do presente capítulo é averiguar o direito da concorrência a ser consolidado no Mercosul. Primeiro, é imperiosa uma rápida passagem sobre os direitos nacionais respectivos à defesa da concorrência, pois representam o fundamento modelar para aquele. O regramento integracionista não pode se afastar da experiência nacional, que é fundada na teoria do abuso<sup>261</sup>, e efetivamente não o fez. Também na Comunidade o regramento buscou inspiração em sistemas nacionais, especialmente o alemão, devido à excelência de suas soluções<sup>262</sup>, e mesmo no norte-americano, como já mencionado. Na seqüência serão estudados os direitos nacionais dos países do Mercosul.

---

<sup>260</sup> ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. viii.

<sup>261</sup> SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 60-61.

<sup>262</sup> FRADERA, V. M. J. de. *Op. cit.*, p. 94.

### 3.2. A REGULAMENTAÇÃO DA CONCORRÊNCIA NOS ESTADOS-PARTES

Em regra, os países do Mercosul não têm grande tradição no incentivo à concorrência. A experiência é muito recente, assim como em toda a América Latina<sup>1</sup>, nessa questão<sup>2</sup>. Durante longos anos as normas que estavam à disposição serviram muito mais como instrumentos governamentais para o controle da distribuição e dos preços do que para controlar a concentração econômica, punir o abuso de posição dominante ou as práticas concertadas<sup>3</sup>. Não faz muito tempo que a política econômica dos países tornou-se mais liberal, tendo sido a concorrência incrementada pela abertura comercial, pelo ingresso de novas empresas no mercado, pelos movimentos de privatização entre outros acontecimentos. Uma cultura de concorrência (*Wettbewerbskultur, competition advocacy*)<sup>4</sup>, todavia, ainda não é claramente delineada<sup>5</sup>, se é que se possui a cultura básica de uma integração no seio das nações.

Daqueles, os únicos países que dispõem de uma história legislativa acerca da defesa da concorrência são a Argentina e o Brasil, o que não significa uma ausência de preocupação nos demais<sup>6</sup>, pois suas constituições consagram disposições a respeito. No Brasil a lei vigente data de 1994 e na Argentina de 1999. Apenas recentemente o Uruguai legislou a matéria e ainda de forma conjunta com outros assuntos. E no Paraguai, onde até agora não existem normas especiais para a proteção da concorrência, o estudo concentra-se em projetos governamentais<sup>7</sup>. Os documentos partem do mesmo referencial e são muito parecidos sistematicamente. Os órgãos de aplicação buscam não uma concorrência perfeita<sup>8</sup>, mas sim uma concorrência efetiva<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> Uma lista das legislações dos países da América Latina pode ser vista em RIVIÈRE MARTI, Juan Antonio. La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea. In: CASES, Luís (Dir.). *Anuario de la competencia 1997*, p. 556-557 e os objetivos de treze legislações, entre outros aspectos, em CURIEL LEIDENZ, Claudia. *La necesaria discusión de los regímenes de libre competencia en América Latina*, p. 71-82.

<sup>2</sup> TINEO, Luis. *Políticas de competencia en América Latina*, p. 85. No caso em específico da Argentina lembra FRADERA que o país tem muita tradição em matéria de normas sobre monopólio, mas a não-aplicação delas caracteriza uma dissuetudo na matéria. FRADERA, Vera Maria Jacob de. *A integração europeia e o Mercosul: confronto atual (direito da concorrência e integração em perspectiva comparatista)*, p. 94.

<sup>3</sup> CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, p. 127.

<sup>4</sup> Iniciativas para o desenvolvimento de uma cultura de concorrência no Brasil foram listadas em CONSIDERA, Claudio Monteiro; ARAÚJO, Mariana Tavares de. *Competition advocacy in Brazil: recent developments*, p. 72-78. Em específico, o Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica, publicado pela Secretaria de Desenvolvimento Econômico, em 9 de março de 2004, é referido em ANDRADE, Maria Cecília; VIEIRA, Caroline Sanselme; PASTORE, Ricardo Ferreira. *A responsabilidade dos administradores perante a Lei de Defesa da Concorrência e o Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica: "ISO Antitruste"*, p. 57-60.

<sup>5</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 128

<sup>6</sup> CARVALHO, Evandro Menezes. *A integração econômica e o controle das ajudas estatais: uma evolução do direito da concorrência nos países do Mercosul*, p. 94.

<sup>7</sup> O uso de políticas de concorrência por estes dois últimos Estados-partes como uma ferramenta de equalização pode ser conferido em DIOS KOSTIANOVSKY, Olga E. *Paraguay and Uruguay in Mercosur: using competition policies as an equalizing tool*, p. 95-111.

<sup>8</sup> Conceitos e caracterização para uma concorrência perfeita podem ser vistos em CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, p. 9-12; CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 18-19; FARIA, Werter R. *Disciplina da concorrência e controle das concentrações de empresas no Mercosul*, p. 24, nota de rodapé número 15; INCHAUSTI, Juan Ignacio.

O método utilizado é possuir uma cláusula geral abrangente que proíbe determinados comportamentos que conduzam à limitação da concorrência e uma outra norma com um catálogo de exemplos. Essas regras são filiadas à teoria do abuso e se valem da utilização do princípio da *rule of reason*. Os países conhecem tanto o controle *ex ante* como o *ex post*. Todas as leis têm como requisito de aplicação a participação na vida econômica e não prevêm a exceção de determinados ramos econômicos. As legislações conhecem o princípio da extraterritorialidade das normas e, por tal, não coíbem os cartéis de exportação. Ainda sobre o assunto, o Brasil assinou em 1999 um acordo de cooperação entre as autoridades de concorrência com os EUA<sup>10</sup>, reconhecendo até o princípio da *positive comity*, e funcionários de alguns países do Mercosul participam ativamente de grupos de trabalho na OMC, promovendo inclusive pareceres sobre a situação do direito de defesa da concorrência em seus países<sup>11</sup>. Na seqüência, em rápidas observações, vem a disciplina interna desses países e, na outra parte, a disciplina do Mercosul<sup>12</sup>. Chile<sup>13</sup> e Bolívia, ainda que Estados associados do Mercosul, não serão investigados<sup>14</sup>.

---

Protección de los derechos del consumidor en la Unión Europea y en el Mercosur. In: *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica* 2, p. 115 e em SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, p. 56-57. Motivos de sua inaplicabilidade no atual estágio de desenvolvimento econômico podem ser vistos em CAMPELLO, D. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>9</sup> Assim também o ordenamento do Mercosul. LOPRETE, Marcelo. *El Derecho de la Competencia en el Mercosur: la asignatura pendiente*, p. 1-3 e DROMI, Roberto. *Código del Mercosur: Tratado, Protocolos, Acuerdos, Declaraciones, Decisiones, Resoluciones, Directivas, Recomendaciones*, p. 203.

<sup>10</sup> Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América Relativo à Cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas Leis de Concorrência, que entrou em vigor em 25 de março de 2003. Está publicado em *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, jul./set. 2003. p. 292-297. Ver OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*, p. 387-388, nota de rodapé número 24.

<sup>11</sup> BISCHOFF-EVERDING, Peter. *Wettbewerbsrecht im MERCOSUR*, p. 40-52.

<sup>12</sup> O recurso doutrinário de apresentar a disciplina da defesa da concorrência nos países e depois no Mercosul tem sustentação em obras como BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 53 e seguintes; CAMPELLO, D. *Op. cit.*, p. 59 e seguintes e 301 e seguintes; CARVALHO, E. M. *Op. cit.*, p. 94 e seguintes; CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 127 e seguintes e ROWAT, Malcolm; LUBRANO, Michele; PORRATA JUNIOR, Rafael. *Competition Policy and MERCOSUR*, p. 20 e seguintes e em artigos como ETCHEVERRY, Raul Anibal. *Derecho de la competencia y Mercosur: visión desde Argentina*. In: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (Coord.). *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, p. 208-227; INSTITUTO Torcuato Di Tella. *Propuesta de convergencia en política de competencia entre Argentina y Brasil*. In: *EL MERCOSUR: un desafío*, p. 84-138; PASCAR, Norma A.; TAJAN DE SAA, Guillermina. *Impacto de las políticas sobre defensa de la competencia en los mercados integrados*. In: *LA SOCIEDAD comercial ante el tercer milenio*, p. 557-575 e PASCAR, N. A.; TAJAN DE SAA, G. *La sociedad comercial ante el Tercer Milenio*, p. 244-261.

<sup>13</sup> Um estudo sobre a legislação do Chile pode ser visto em BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 200-230; em PASCAR, N. A.; TAJAN DE SAA, G. *Las políticas de competencia en la Argentina y Chile: reflexiones sobre su alcance en el Acuerdo Mercosur-Chile*. In: MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz; FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.). *Negócios societários, concursales y de la integración de Argentina y Chile*, p. 621-624 e em LEÓN URRUTIA, Rodrigo. *El régimen de defensa de la libre competencia en Chile: breve análisis*, p. 74-93. Em vigor está o Decreto-lei 211, de 1973, com modificações determinadas pelo Decreto-lei 2760 em 1979 e outras em 1999, bem como é recente a Lei 19.911, de outubro de 2003, que cria o Tribunal de Defesa da Livre Concorrência. Um quadro comparativo entre as legislações da Argentina (todavia a antiga), Brasil e Chile é encontrado em PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. *Defesa da concorrência no Mercosul*, p. 123-128. As assimetrias com a legislação chilena residem no seu enfoque essencialmente de direito penal-econômico, já que visa punir os responsáveis pela infração à ordem econômica, inclusive com penas privativas de liberdade, e no fato de ela também regular a intervenção do Estado na economia. *Idem*, p.

### 3.2.a) Brasil

Em amplo estudo assinado pelo Banco Mundial, ROWAT, LUBRANO e PORRATA JUNIOR apresentam dados econômicos dos quatro países do Mercosul, introduzem o regramento da concorrência, mas a base principal é uma análise da competitividade dos países<sup>15</sup>, bem como das demais matérias econômicas que interferem numa ordem ou num sistema concorrencial, tais como política de proteção ao consumidor<sup>16</sup>, regras antidumping e medidas compensatórias, política de propriedade industrial, política de investimentos estrangeiros, tratados de investimentos bilaterais, e ainda regras sobre a falência. Numa segunda parte, os autores trazem os esforços e o potencial de harmonização das regras envolvendo estes aspectos já realizados, em especial os relacionados à política de concorrência. O estudo também tinha o objetivo, como de fato cumprido, de apresentar sugestões de reformas, algumas levando em consideração as experiências da Comunidade Européia e do Nafta, em todas as matérias acima declinadas, pois possuem um relativo impacto na concorrência<sup>17</sup>.

O referido estudo, datado de 1997, observa que a economia brasileira, pelo menos nos trinta anos precedentes àquele momento, foi caracterizada por uma dominação do setor público, protecionismo<sup>18</sup>, extensiva regulação da indústria

---

120-121. A questão da concorrência no Acordo Mercosul-Chile de junho de 1996 é referida em PASCAR, N. A.; TAJAN DE SAA, G. *Op. cit.*, p. 630-631.

<sup>14</sup> A defesa da concorrência frente à incorporação de novos sócios ao Mercosul é tema em RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. Análisis jurídico: El derecho de la competencia en el Mercosur. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 176-177.

<sup>15</sup> Um conjunto de estratégias que podem vir a proporcionar um maior poder de competitividade para o Mercosul, como uma base endógena integrada de produção, prioridade ao setor agrícola, estratégia diferenciada para o segmento das grandes propriedades rurais capitalistas, articulação das políticas com a gerência dos investimentos externos e um melhor desenvolvimento de recursos humanos, foi sugerido em SAHA, Suranjit Kumar. Mercosul, competitividade e globalização. In: LIMA, Marcos Costa; MEDEIROS, Marcelo de Almeida (Orgs.). *O Mercosul no limiar do século XXI*, p. 86-89. O papel da política da concorrência para a promoção da competitividade na América Latina foi estudado em DE LEÓN, Ignacio. *The role of competition policy in the promotion of competitiveness and development in Latin America*, p. 57-71. A competitividade empresarial em si foi vista em MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Competitividade empresarial e Mercosul*, p. 50-70.

<sup>16</sup> Sobre a indivisibilidade da análise de regras de concorrência e de proteção ao consumidor no Mercosul ver SALOMÃO FILHO, Calixto. Der MERCOSUL als Marktregelung. In: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000*, p. 44-46 e DUTOIT, Bernard. *O direito da concorrência desleal e a relação da concorrência: uma dupla indissociável? Uma perspectiva comparativa*, p. 28-42.

<sup>17</sup> ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, 110 p. Outro estudo de caráter marcadamente econômico, também envolvendo questões de competitividade, mas com sérios questionamentos sobre os rumos da globalização, foi realizado por SAHA, S. K. *Op. cit.*, p. 55-91. Já uma proposta referente ao trato das questões de dumping, dentre uma análise dos principais problemas econômicos contra os quais deve lutar a política de defesa da concorrência, foi apresentada em FASULINO, Eduardo J. Los problemas de la competencia entre la Argentina y Brasil. In: BALZE, Felipe A. M. de la (comp.). *Argentina y Brasil: enfrentando el siglo XXI*, p. 470-487 e em ARAUJO JUNIOR, José Tavares. *Antidumping e política de concorrência na Alca e no Mercosul*, p. 133-141.

<sup>18</sup> O que não era um fato isolado. Em verdade, em toda a América Latina o esquema protecionista vinculado à barreiras tarifárias e para-tarifárias isolava as empresas da concorrência estrangeira. Di BIASE, Hector N. *Regime Jurídico da Concorrência*, p. 66. Ainda, “representava uma espécie de ‘isolamento’ dos Estados sul-americanos em relação à concorrência externa. Esta afirmação pode ser comprovada pelo reduzido número de casos de aplicação de regras sobre concorrência, e em

privada, alta concentração e pela utilização de controle de preços como um mecanismo de controle da concorrência e dos ataques crônicos da inflação. Os envolvimento estatais na economia impediram a concorrência. Assim, a criação e a manutenção de monopólios controlados pelo Estado, os fomentos governamentais à industrialização e à substituição de importações<sup>19</sup> e o estímulo a algumas práticas concentracionistas, com vistas a competir contra importações e adquirir economia de escala, podem ser tidos como fatores limitadores e corrosivos do alcance de um nível de competitividade desejável<sup>20</sup>.

Todavia, reformas iniciadas no final daquele período interromperam em muito o ciclo e estabeleceram condições para uma economia mais dinâmica e competitiva. O retorno da democracia e a nova Constituição contribuíram para o estabelecimento de mudanças na economia, medidas de liberação comercial, privatizações e desregulamentações<sup>21</sup>. Ademais, vale referir o surgimento de uma nova lei de concorrência em 1994. Nesse contexto, a estabilidade de preços se mostra como uma pré-condição para o abandono da mentalidade de controle de preços e aquisição de confiança na política da concorrência e na eficiência dos mercados, muito embora os níveis de concentração industrial se mantivessem altos<sup>22</sup>.

A história da regulamentação da concorrência no Brasil pode ser dividida em quatro fases<sup>23</sup>. A primeira, marcada pelas Constituições de 1824 e 1891, especialmente em seus respectivos artigos 179 e 72, é caracterizada pela existência de um mercado livre de interferências do Estado<sup>24</sup>.

Em momento posterior, o Estado deixou de ser simples garantidor da livre atuação das empresas no mercado para reger a conduta das mesmas. Assim, a Constituição de 1934 dispôs, no artigo 115, que a ordem econômica deveria ser organizada pelo Estado. Ela refletia a falta de uma real economia de mercado. Até então o parque industrial era extremamente fraco, predominando a economia baseada na exportação de bens agrícolas. E a de 1937 atribuiu ao Estado a tarefa de coordenar os fatores de produção.

No período que pode ser considerado como a terceira fase, o Estado passou a figurar como agente de equilíbrio e partícipe do mercado, adquirindo muitas

---

conseqüência, da falta de precedentes jurisprudenciais na matéria". FRADERA, V. M. J. de. *Op. cit.*, p. 87.

<sup>19</sup> Na base teórica que existe por trás deste princípio residem os fundamentos da Alalc e das organizações que a ela seguiram, motivo pelo qual o modelo era adotado por grande número de países e as afetações na competitividade neles foram comuns. WEHNER, Ulrich. *Der Mercosur: Rechtsfragen und Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojektes und die Erfolgsaussichten der interregionalen Kooperation mit der Europäischen Union*, p. 43-44.

<sup>20</sup> ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 48. Sobre as reformas ocorridas no Brasil e as oportunidades de negócios que foram criadas ver HACIA una nueva relación en la construcción de un espacio competitivo común, p. 141-173.

<sup>22</sup> Característica que levou representantes de indústrias privadas a se oporem às leis antitruste. ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>23</sup> Ou em três. BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 53. Uma visão geral do sistema brasileiro dada pelo ex-presidente da autoridade responsável pela defesa da concorrência Gesner Oliveira pode ser vista em OLIVEIRA, Gesner. *Competition policy in Brazil and Mercosur: aspects of the recent experience*, p. 471-474. A evolução legislativa pode ser conferida em OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 17-24 e em BAPTISTA, Luiz Olavo. *Origens do direito da concorrência*, p. 18-26.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 17.

empresas<sup>25</sup>. O enorme vulto dos investimentos necessários fazia com que ele próprio assumisse funções de agente econômico. Nesse ínterim surgiu o Decreto-lei n. 7.666, de 22 de junho de 1945, mais conhecido como Lei Malaia, que fez referência aos atos contrários à ordem moral e econômica e estabeleceu a repressão administrativa aos trustes, aos cartéis e a todas as combinações que objetivassem dominar o mercado nacional<sup>26</sup>. Por meio deste decreto, criou-se a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, antecessora do atual Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Logo o decreto foi fortemente criticado, especialmente por sua contrariedade a investidores estrangeiros, e mesmo revogado pelo surgimento do artigo 148 da Constituição de 1946, a qual introduziu no ordenamento nacional o conceito de abuso do poder econômico, marcando a mudança de rumo na percepção da concentração econômica<sup>27</sup>. Demonstrou assim, ainda que revogando a lei vigente, reconhecer a necessidade da defesa da concorrência. Segundo CUNHA, “Com a introdução deste conceito, procura-se não mais punir o monopólio por si só, mas sim o abuso que pode cometer”<sup>28</sup>.

Uma modernização da economia nacional, com orientação para uma economia de mercado, o Brasil só veio a ter no final da década de 50. Neste momento é que surgem os primeiros questionamentos de como deveria ser enfrentado o problema da concentração econômica. O artigo 148 da Constituição de 1946 é regulamentado pela famosa Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, que, todavia, em seus mais de trinta anos de vigência, não teve grande aplicação<sup>29</sup>.

A lei de 1962, também conhecida como Lei Agamenom Magalhães, verdadeiramente a primeira lei antitruste brasileira, obteve clara inspiração no Sherman Act norte-americano. Todavia, não adotou o conceito de ilícitos *per se*, tendo preferido a doutrina européia do abuso do poder, que era o que a Constituição já disciplinava<sup>30</sup>. Ela continha 85 artigos e especificava as respectivas formas pelas quais as pessoas ou empresas poderiam perturbar a ordem econômica. Em seu artigo 8º., criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão encarregado de fiscalizar e apurar as infrações cometidas contra a ordem econômica e aplicar as devidas sanções<sup>31</sup>.

---

<sup>25</sup> Para saber mais sobre as posições assumidas pelo Estado brasileiro em relação ao mercado ver MARTINS, Alexandre Marques da Silva. O Direito da Concorrência no MERCOSUL após o Protocolo de Fortaleza. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *MERCOSUL: integração regional e globalização*, p. 570 e INSTITUTO Torcuato Di Tella. *Op. cit.*, p. 112-114.

<sup>26</sup> Detalhes da referida lei podem ser conferidos em RAMOS, Dante Marcelo. *Das Wettbewerbsschutz-Protokoll des Mercosur: eine Darstellung anhand der Wettbewerbsordnungen Argentiniens und Brasiliens und im Vergleich mit der Europäischen Gemeinschaft*, p. 38-39.

<sup>27</sup> OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>28</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 130.

<sup>29</sup> RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 48 e OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 20. Esta carência é atribuída à falta de independência do órgão aplicador numa época onde a política de desenvolvimento favorecia a concentração industrial. ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 50. Outros motivos, especialmente a não-regulamentação de aspectos importantes, podem ser vistos em BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 56-57 e em OLIVEIRA, G. *Globalização e Defesa da Concorrência*, p. 110. Detalhes da referida lei podem ser conferidos em RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 43-47.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>31</sup> OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 20.



Os posteriores rumos tomados pela política e pela economia durante essa terceira fase conduziram o país a uma forte concentração empresarial nos mais variados setores industriais, à intervenção estatal e ao fechamento ao comércio mundial, o que contribuiu para um baixo nível de competição entre as empresas.

O atual sistema constitucional brasileiro, instaurado pela Constituição Federal de 1988, consubstancia e garante a existência de um direito constitucional econômico fundado no trabalho humano, na livre iniciativa e na liberdade de concorrência, na função social da propriedade, na defesa do consumidor e na redução das desigualdades regionais sociais, assegurando a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, salvo nos casos previstos em lei<sup>32</sup>. Como manifestação legítima da liberdade de iniciativa surge a livre concorrência. Esta foi elevada à princípio constitucional, como se acha consagrada no artigo 170, inciso IV. Dentro desse objetivo de proteção à livre concorrência, o artigo 173, parágrafo 4º., adota princípio referente à repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros<sup>33</sup>. Isto é, a Constituição não condena de *per se* determinadas práticas, mas sim o abuso que possa impedir a iniciativa dos outros.

Para que se configure uma livre concorrência, em que os agentes econômicos atuem sem a interferência do Estado e protegidos contra os atos de seus concorrentes, que possam diminuir sua capacidade de competir no mercado, fez-se imperiosa a existência de leis que assegurem a presunção de que a livre iniciativa promove a desejada realização do bem comum<sup>34</sup>. Visando atingir esses objetivos, é que surgiram as primeiras leis de tutela da concorrência sob a nova ordem. Com efeito, o surgimento da constituição deu imediata inspiração para outras leis, como a de n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, sobre crimes contra a ordem econômica, e a de n. 8.176, de 8 de dezembro de 1991, sobre crimes na distribuição de combustíveis<sup>35</sup>.

Na verdade, com o início do processo de privatização e da liberalização da economia no final da década de 80, o entendimento ideológico sustentador da terceira fase se viu desprestigiado. O Estado deixava cada vez mais de ser agente econômico e as privatizações garantiam à iniciativa privada o acesso a setores até então reservados a ele. Também por isso é que se fez necessária a criação de uma nova lei, que recebeu o n. de 8.884, de 11 de junho de 1994<sup>36</sup>, inaugurando a quarta fase, a do Estado como agente normativo e regulador. Essa lei segue os princípios estabelecidos na Constituição de 1988.

Se bem que o regime legal tenha sua origem na Lei n. 4.137/62, foi a partir da de n. 8.884/94 que foram introduzidos padrões legais e administrativos próprios das

---

<sup>32</sup> Em momento oportuno a Constituição Federal de 1988 optou pela livre iniciativa e pela não-intervenção do Estado na economia. Segundo MAGALHÃES e SAMPAIO, “os longos anos de prática intervencionista deixaram marcas profundas que a Nação resolveu apagar (...)”. MAGALHÃES, José Carlos de; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. *A concentração de empresas e a competência do CADE*, p. 32.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 32-33 e OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>34</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito de concorrência*, p. 5.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>36</sup> O texto legal pode ser conferido em OLIVEIRA e RODAS. *Idem*, p. 513 e seguintes.

legislações mais avançadas<sup>37</sup>. Não sem motivo, mas para disciplinar a atuação dos integrantes de um mercado eminentemente competitivo, como se tornou o brasileiro. Ela possui nove títulos e se constitui no atual diploma legal que contempla a proteção da concorrência no Brasil e disciplina o controle de fusões. A lei, para tanto, reconfigurou órgãos importantes, como a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Fazenda (SDE) e transformou em autarquia federal o CADE, bem como dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Essa lei é aplicável às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado. A função reguladora do Estado passou a ter fundamental importância por causa da diminuição da esfera pública e do conseqüente aumento da esfera privada.

O status de entidade autônoma, determinado ao CADE, foi uma inovação sob a lei brasileira. Tal posição tinha como objetivo provê-lo de independência. A ele cabe decidir pela existência ou não de ilícitos contra a concorrência, aplicar multas, ordenar a cessação das infrações, entre outras competências. Também nas questões relativas à concentração econômica, o órgão desempenha papel de julgador, aprovando ou rejeitando os atos<sup>38</sup>.

Outro órgão de influência na defesa da concorrência é a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), o terceiro dos “três guichês da concorrência”<sup>39</sup>. A ela cabe auxiliar na instrução dos processos administrativos, podendo manifestar-se nas matérias de sua competência. Ela também ajuda na instrução dos processos de concentração econômica, emitindo pareceres sobre os assuntos.

As principais características da lei são a apresentação de uma clara definição do alcance jurisdicional, tendo se filiado à doutrina dos efeitos<sup>40</sup>, previsão de investigações a serem desenvolvidas pela SDE, reorganização do CADE, a sua aplicação a indivíduos, companhias privadas e entidades públicas, definição do que seja posição dominante, inclusão de uma lista de práticas consideradas violações à

---

<sup>37</sup> Ainda que tenha sido dito que a legislação brasileira de concorrência versa sobre a defesa da concorrência, e não pelo estímulo a ela, ao não ter acolhido a teoria da concorrência em potencial, aplicada para estimular e não para defender a concorrência, pois em última análise ela pretende que a empresa interessada em participar de um mercado novo o faça individualmente, por si própria, ou mediante a constituição de uma subsidiária, com o que acirrará a concorrência local, e nem a teoria alemã da criação ou fortalecimento de posição dominante no mercado, que gira em torno do conceito de criação de posição dominante ou seu reforço. FONSECA, José Júlio Borges da. *Disciplina da concorrência nas operações de concentração empresarial*, p. 33-34. Ver referências à primeira teoria em MAGALHÃES, J. C. de; SAMPAIO, O. C. de A. *Op. cit.*, p. 40-44.

<sup>38</sup> Para o regime jurídico do órgão ver FONSECA, J. J. B. da. *Análise do regime jurídico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE*, p. 25-32. Para conhecer a evolução normativa da sua previsão e a atual atuação ver STUBER, Walter Douglas; NOBRE, Lionel Pimentel. A atual atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Brasil). *In: CORREA, Carlos María (Dir.). Derecho de la competencia*, p. 195-210.

<sup>39</sup> OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>40</sup> O âmbito territorial de validade da lei antitruste brasileira é circunscrito ao território brasileiro. Contudo, ela adotou o princípio da territorialidade objetiva ao considerar o alcance dos efeitos decorrentes das práticas restritivas, conforme se observa do artigo 2º. Assim, basta que possam surgir efeitos no território nacional para que se aplique a lei brasileira. Uma lei ser baseada na doutrina dos efeitos significa coibir atividades que produzam ou que possam produzir efeitos dentro do país, mesmo vindos de concentrações ou aquisições de empresas que tenham ocorrido totalmente fora do Brasil. Importante é, pois, que o impacto tenha ocorrido no mercado brasileiro, como já visto. Ver mais sobre a aplicação extraterritorial da legislação antitruste em OLIVEIRA e RODAS. *Idem*, p. 375-384.

liberdade de concorrência, proibição de preços arbitrários e previsão de sanções criminais para os violadores, autorização do CADE para a imposição de penas e penalidades administrativas, submissão de práticas concentracionistas que possam afetar a concorrência a um procedimento de revisão perante o CADE, e, ainda, a classificação das decisões do CADE como instrumentos extrajudiciais passíveis de serem executadas perante as cortes nacionais<sup>41</sup>.

As condutas caracterizadas como infração da ordem econômica estão genericamente delineadas no artigo 20 da lei. São considerados ilícitos, independentemente de culpa, os atos de qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam limitar, falsear ou de qualquer outra forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante. Essa previsão reforça a vinculação da lei com a teoria do abuso.

O artigo 21, por sua vez, traz rol exemplificativo das condutas que podem constituir prática abusiva, podendo haver outras, ainda que não arroladas, mas também ilícitas desde que enquadradas no artigo 20. Como lembra CUNHA, “as práticas mencionadas no artigo 21 da lei não constituem ilícitos *per se*. Somente se enquadram como ilícitos caso tenham como objetivo perseguir os fins do artigo 20. Este é o artigo principal (...)”<sup>42</sup>. O rol envolve acordos horizontais, como os relativos a preços e condições de venda<sup>43</sup>, verticais, como a imposição de preços de revenda, quantidades mínimas e máximas e margem de lucro a distribuidores<sup>44</sup>, e abusos de posição dominante, como o resultante de venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo (*underselling*)<sup>45</sup>.

O poder econômico não é punido, mas sim o abuso. Portanto, uma posição dominante, assim como na Comunidade, é permitida. O próprio artigo 20, parágrafo 1º, autoriza-a quando resultado de uma maior eficiência perante os concorrentes. Tal posição, todavia, é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20 por cento do mercado relevante.

Uma dominação de mercado só pode ser avaliada a partir da definição de mercado relevante. A lei da concorrência não inclui uma definição precisa do mesmo. Aguarda-se que esta definição possa ser encontrada dentre os casos julgados ou que venha a constar de documentos e regulamentações emitidos pelo CADE. Este vem se valendo do teste do monopolista hipotético<sup>46</sup> e da regra da substituíbilidade para tanto.

O controle das concentrações está previsto no artigo 54 da lei, bem como a definição do que sejam atos de concentração<sup>47</sup>. Concentrações de empresas estão até constitucionalmente garantidas, mas os objetivos perseguidos com elas devem ser

---

<sup>41</sup> Sobre a revisão judicial das decisões administrativas do CADE ver RAGAZZO, Carlos. *The standing of the competition administrative authorities: the judiciary in Brazil*, p. 37-39; OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 309-335 e PROENÇA, J. M. M. *Op. cit.*, p. 161-182.

<sup>42</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 140. Neste mesmo sentido BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>43</sup> Comentados em OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 33 e seguintes.

<sup>44</sup> Comentados em OLIVEIRA e RODAS. *Idem*, p. 49 e seguintes.

<sup>45</sup> Comentados em OLIVEIRA e RODAS. *Idem*, p. 57 e seguintes.

<sup>46</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 91.

<sup>47</sup> Na doutrina ver o tema em FONSECA, J. J. B. da. *Disciplina da concorrência nas operações de concentração empresarial*, p. 26-27 e em GRINBERG, Mauro. *Merger Control in Brazil*, p. 48-49.

adequados à lei<sup>48</sup>. Para que haja esse controle, a empresa ou grupo de empresas deve ter 20 por cento ou mais do mercado relevante (critério relativo) ou qualquer dos participantes deve ter registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a quatrocentos milhões de reais (critério absoluto) e praticar atos que visem 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<sup>49</sup>. Estes patamares são considerados parâmetros para que um ato seja submetido aos órgãos competentes, mas não representa um marco fixo e rigoroso. Prova disso foi o Caso AmBev, cuja presença no mercado envolvia patamares de 73 por cento<sup>50</sup>. Nesse sentido CUNHA, para quem “pode ser aprovada a concentração, desde que proporcione aumento na produtividade, melhoria na qualidade dos bens e serviços, eficiência ou desenvolvimento tecnológico ou econômico. Do choque entre o predomínio da concorrência e os benefícios da concentração, desde que provados, prevalecem os últimos”<sup>51</sup>. Esta é justamente a disciplina dos parágrafos 1º. e 2º. do artigo em estudo, no qual estão os pressupostos que permitem ao CADE aprovar atos de concentração. Esses, assim como na Comunidade, podem ser divididos em positivos e negativos. O patamar de 20 por cento para que o ato seja submetido à apreciação do CADE corresponde ao usado para a presunção de posição dominante.

Interessante é que, como observa a doutrina, na análise das empresas participantes do ato de concentração, o CADE não só requer informações do mercado brasileiro, mas engloba informações do Mercosul, e até mesmo mundiais, solicitando o faturamento no último exercício nestes três mercados, bem como o perfil das operações neles realizadas nos últimos três anos<sup>52</sup>.

A investigação e o processo estão a cargo da SDE e do CADE<sup>53</sup>. A qualidade das investigações preliminares da SDE é determinante para permitir ao CADE encontrar decisões objetivas nos processos administrativos<sup>54</sup>.

A previsão de sanções também é fundamental para a garantia da eficácia de uma proteção jurídica<sup>55</sup>. Infrações contra a concorrência são de responsabilidade objetiva, segundo o artigo 20. A lei brasileira apresenta a possibilidade de firmação de um compromisso de cessação do ato<sup>56</sup>, inspirado no *consent decree* norte-americano,

---

<sup>48</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 97.

<sup>49</sup> Os mecanismos do controle podem ser conferidos em FONSECA, J. J. B. da. *Op. cit.*, p. 27-37. Uma análise do fenômeno concentracionista e da reorganização de empresas eminentemente brasileira, em especial das suas formas (transformação, fusão, incorporação, cisão, joint venture, terceirização) e das suas fases (protocolo, justificação, contrato, direito de recesso, abuso de maioria e reembolso, além do direito de continuar sócio aos que restam detentores de menos de uma ação), pode ser vista em JAEGER JUNIOR, Augusto. *O novo Código Civil Brasileiro e a reorganização de empresas*, p. 53-77.

<sup>50</sup> A resenha do caso pode ser vista em OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 440-444.

<sup>51</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 142.

<sup>52</sup> *Idem*, *ibidem* e RIMOLDI DE LADMANN, E. I. Análisis del sistema en Paraguay. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 312.

<sup>53</sup> Ver detalhadamente as regras em ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 52-53 e em OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 167 e seguintes.

<sup>54</sup> Sobre a revisão administrativa das decisões do CADE ver OLIVEIRA e RODAS. *Idem*, p. 287-307.

<sup>55</sup> Mais sobre o assunto é encontrado em OLIVEIRA e RODAS. *Idem*, p. 219 e seguintes.

<sup>56</sup> Ver o tema em PROENÇA, J. M. M. *Op. cit.*, p. 143-160 e em OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 267 e seguintes.

como também a lei argentina e a mercosulista. Multas podem ser aplicadas a uma numerosidade de casos envolvendo infrações à concorrência e inobservância de prazos. A nulidade dos atos jurídicos não está prevista.

A Lei n. 8.884/94 revogou<sup>57</sup> expressamente a Lei n. 4.137/62, que foi a primeira a regular a repressão ao abuso do poder econômico, a Lei n. 8.158/91, que tinha por fundamento as normas para a defesa da concorrência<sup>58</sup>, e a Lei n. 8.002/90, que dispôs sobre a repressão de infrações atentatórias contra os direitos do consumidor. Manteve em vigor o art. 36 da Lei n. 8.880, de 27 de maio de 1994, bem como a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e a Lei n. 8.176, de 08 de dezembro de 1991, sobre crimes na distribuição de combustíveis, ademais de disciplinas sobre a estrutura e competência do CADE e da SDE, em complemento à Lei n. 8.884/94<sup>59</sup>. Com efeito, o Brasil tem ainda disposição concorrencial na Lei n. 8.137/90, que apresenta os atos contrários à ordem econômica como comuns, define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Essa lei é aplicável às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado. Sua finalidade é a proteção da coletividade – titular dos bens jurídicos protegidos – através da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica<sup>60</sup>.

Nota-se no país uma preocupação com o assunto da liberdade de concorrência. Veja-se a grande repercussão dos trabalhos do CADE, especialmente observado pela sua atuação na questão da fusão de cervejarias nacionais<sup>61</sup>, e, anteriormente, nas questões que envolveram a marca de produtos de higiene Kolynos<sup>62</sup>, a Cervejaria Miller<sup>63</sup> e a questão Gerdau-Pains<sup>64</sup>, entre outras. Ou ainda, envolvendo o plano internacional, a mídia interna dada ao Caso Microsoft em seus julgamentos nos Estados Unidos da América<sup>65</sup> e na Comunidade Européia, por sua política conjugada de vendas e abuso de posição dominante.

Leis que possuem forte vinculação com o sistema concorrencial foram aprovadas em períodos não tão remotos. Assim, o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078, de 1990<sup>66</sup>. Da mesma forma, uma lei de propriedade industrial surgiu em maio de 1996. Esta lei, de n. 9.279/96, prevê uma maior proteção para patentes

---

<sup>57</sup> Artigo 92, da Lei n. 8.884/94: “Revogam-se as disposições em contrário, assim como as Leis ns. 4.137, de 10-09-1962, 8.158, de 8-1-1991, e 8.002, de 14-3-1990, mantido o disposto no art. 36 da Lei n. 8.880, de 27-5-1994”.

<sup>58</sup> Detalhes da referida lei podem ser conferidos em RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 42-43.

<sup>59</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Concentração de empresas e Direito antitruste*, p. 124.

<sup>60</sup> OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 337 e seguintes.

<sup>61</sup> MAGRIN, Andréia M. O. *O Direito Concorrencial Brasileiro e o Caso Ambev*, p. 241-243. A resenha do caso pode ser vista em OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 440-444.

<sup>62</sup> Ato de Concentração n. 27/95, de 18 de setembro de 1996. Ver detalhes do julgamento em ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 54-55. A resenha do caso pode ser vista em OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 425-428.

<sup>63</sup> Ato de Concentração n. 58/95, de 11 de junho de 1997. A resenha do caso pode ser vista em OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 428-432.

<sup>64</sup> Ato de Concentração n. 16/94. Ver detalhes do julgamento em ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 54. A resenha do caso pode ser vista em OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 421-425.

<sup>65</sup> Comentados em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. Análisis comparado del derecho de defensa de la competencia: I parte – el tema en los Estados Unidos. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 82-86.

<sup>66</sup> CARPENA, Heloisa. *O direito de escolha: garantindo a soberania do consumidor no mercado*, p. 155.

industriais e marcas, alinhando-se às regras do GATT, e dá ouvidos a um clamor oriundo de grandes empresas estrangeiras e nacionais, ao qual se opuseram, na época, representantes de pequenas e médias indústrias e companhias farmacêuticas<sup>67</sup>. Qualquer impedimento ao livre uso ou exploração de direitos de propriedade industrial é definido como uma violação à liberdade de concorrência.

O estudo de ROWAT, LUBRANO e PORRATA JUNIOR apresentava recomendações para o Brasil, relacionadas com a economia e a legislação que tenha implicância na concorrência, especialmente em face à manutenção no país do desejo de integração regional. Os legisladores deveriam reconhecer o papel de maior nação do Brasil, o que faz com que as ações aqui levadas a cabo possam adentrar na jurisdição de dois ou mais países, e esforçar-se a coordenar políticas através de uma “mistura apropriada de acomodações da legislação doméstica, processos legislativos no Mercosul e coordenação intergovernamental”<sup>68</sup>. Outras sugestões gerais envolveram a necessidade de uma conscientização pública, como há na esfera dos direitos do consumidor, nas demais matérias. Uma cultura de concorrência seria fundamental para o pleno estabelecimento de uma liberdade de concorrência. Em temas específicos, os autores aconselharam uma simplificação dos processos administrativos relacionados com a concorrência e o fornecimento de recursos adequados aos órgãos responsáveis, bem como uma maior participação das autoridades nas privatizações e nos processos de concessões públicas<sup>69</sup>, entre outras.

Uma das maiores dificuldades que o Brasil enfrenta para o controle de concentrações é devida à permissão legal de que as práticas sejam notificadas *a posteriori*. Isto torna mais custoso para a autoridade alterar o fato já consumado, como lembrado por OLIVEIRA<sup>70</sup>.

### 3.2.b) Argentina

O referido estudo de ROWAT, LUBRANO e PORRATA JUNIOR observa que a economia argentina, no final da década de 1980, era extremamente protecionista. Também o governo, através de subsídios e outras assistências, encorajava fortemente a exportação em setores tradicionais. Enfim, “a economia argentina não era hospitaleira para o comércio internacional (...)”<sup>71</sup>. Empresas públicas detidas ou controladas pelo Estado argentino representavam um escoadouro de fundos públicos. Essas empresas, que envolviam importantes setores da economia, eram inchadas de funcionários, não-competitivas, ineficientes e submetidas geralmente à decisões políticas, não fundadas em critérios organizacionais<sup>72</sup>. Ademais, altos níveis de concentração e relativa ineficiência contribuíram para a inexistência de uma competitividade e também para tornar o país, hoje ainda, carente do estabelecimento de uma lei efetiva de concorrência.

---

<sup>67</sup> ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 65. Ela prevê também em seu artigo 195 o crime de concorrência desleal, tipificando em 15 ítems as situações que o caracterizam.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>69</sup> Onde uma omissão poderia gerar mais efeitos anti-competitivos que os prevenidos pela lei em outras áreas. *Idem*, p. 71-72.

<sup>70</sup> OLIVEIRA, G. *Competition policy in Brazil and Mercosur: aspects of the recent experience*, p. 479.

<sup>71</sup> ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>72</sup> *Idem*, p. 21.

A situação da Argentina começou a se alterar drasticamente em 1989. Várias reformas envolvendo o sistema legal, instituições administrativas e o próprio governo nacional foram efetivadas. Alguns sucessos foram obtidos na redução de débitos acumulados no setor público. Somente no primeiro mandato do Governo Menem um terço da economia argentina foi transferida das mãos públicas para a privada. Um outro objetivo desta reestruturação era a introdução de competitividade nos setores em que isso era possível.

O governo de então alterou profundamente a política de comércio. Restrições quantitativas de importação e muitos subsídios à exportação foram eliminados e tarifas foram significativamente reduzidas. Paralelamente a isto, a Argentina ingressou no Tratado de Assunção, eliminou restrições e limitações a investimentos estrangeiros e assinou um grande número de outros tratados bilaterais de comércio.

Na questão da concorrência, o estudo observa que em muitas regiões do país a competição em si não é entendida, nem aceita. Alguns até a vêem como algo negativo. Muitos administradores nem sabiam da existência de uma lei, o que já acontecia desde a de n. 11.210, de 1918<sup>73</sup>, bem como com a de n. 12.906, de 1946<sup>74</sup>. Ambas as leis tiveram mesmo pouca eficácia<sup>75</sup>.

O estudo de ROWAT, LUBRANO e PORRATA JUNIOR apresenta ainda recomendações para a Argentina, relacionadas com a economia e a legislação que tenha implicância na concorrência. Também, nesta questão, uma cooperação com as demais agências mundiais de concorrência foi aconselhada para uma melhor capacitação do quadro funcional da agência argentina. Sobretudo, uma mudança substancial deveria sofrer a lei de então, para tornar ilegais de *per se* certos tipos de atividades concertadas que eram tão claramente anti-competitivas, que inclusive dispensavam a análise de seus efeitos. Ademais, a lei antiga não cobria fusões e concentrações<sup>76</sup>.

Como resultados do incremento dessa necessidade e dos fortes debates sobre o imperioso aprofundamento da defesa da concorrência, a Argentina dispõe de recente legislação infra-constitucional sobre a matéria, que modificou a anterior Lei n. 22.262/80. Contudo, o artigo 58 da nova lei estabelece que as causas iniciadas com base na lei antiga, continuam tramitando segundo ela.

A lei de 1980, com o nome formal de Lei de Defesa da Concorrência, representou já uma total mudança de orientação adotada pelo legislador. Ela adotou um sistema assemelhado ao usado na Comunidade Européia, de não-condenação de *per se* às práticas monopolísticas. Criou para ser seu órgão aplicador a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência, vinculada ao Ministério da Economia. Todavia, as condições econômicas, aliadas à fraqueza das instituições, não permitiram um

---

<sup>73</sup> *Idem*, p. 26. Detalhes da referida lei podem ser conferidos em RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 29 e em NAZAR ESPECHE, Félix A. *Defensa de la competencia*, p. 4.

<sup>74</sup> Detalhes da referida lei podem ser conferidos em RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 30-31 e em NAZAR ESPECHE, F. A. *Op. cit.*, p. 5-6.

<sup>75</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 121 e RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 30.

<sup>76</sup> ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 43. Uma mudança substancial também era solicitada em CORREA, Carlos M. El derecho argentino de la competencia en proceso de cambio. In: CORREA, Carlos María (Dir.). *Derecho de la competencia*, p. 41-48.

grande avanço na matéria. Dominava na Argentina também um regime fechado de substituição de importações, com forte presença estatal na economia e controle de preços. Esses fatores contribuíram para que esta lei não encontrasse a aplicabilidade efetiva desejada<sup>77</sup>.

Acontecimentos posteriores, como o surgimento do Mercosul em 1991, da lei brasileira em 1994 e da reforma constitucional argentina no mesmo ano, que veio consagrar a defesa da concorrência como obrigação do Estado no artigo 42 do seu texto, tornaram imperiosa uma nova legislação. De fato, como lembra RIMOLDI DE LADMANN, foi a aprovação do Protocolo de Defesa da Concorrência em 1996 que despertou o debate sobre as alternativas surgidas: a adoção do Protocolo do Mercosul, mediante sua incorporação ao direito interno, ou a harmonização da legislação vigente com as normas regionais.

Assim, em 16 de setembro de 1999 foi promulgada a nova Lei de Defesa de Concorrência na República Argentina, de n. 25.156/99. Ela é composta de dez capítulos e sessenta e um artigos. Incorpora o controle prévio por parte do Estado de fusões e aquisições, inexistente até então, mas limitado a essas práticas. Como deve ser, proíbe o abuso de posição dominante e impede acordos entre firmas que falseiem a concorrência ou o acesso ao mercado. Estabelece ainda quais condutas ou acordos serão proibidos. Define, em seu contexto, o que é posição dominante, como sendo aquela decorrente da falta de concorrência substancial, e concentração econômica. Repressões às práticas só são efetuadas quando houver prejuízo ao interesse econômico geral, o que deixa reconhecer uma filiação à regra da razão. Outro indício para tanto é a não-previsão de proibições de *per se*, tendo se desviado, assim, dos nove projetos que haviam surgido desde o início da década<sup>78</sup>. Com isso, o atingimento ou o fortalecimento de uma posição dominante não é critério suficiente para ensejar a aplicação da lei. Uma presunção legal de posição dominante, como há na lei brasileira, não dispõe a argentina. Apresenta o princípio do efeito no artigo 3º., assim como a lei brasileira<sup>79</sup>. Não prevê a liberação de aplicação das regras para nenhum setor econômico. Cria o Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência, uma espécie de Conselho Administrativo de Defesa Econômica deles, já que tem status de autarquia, para aplicá-la e controlar seu cumprimento, com as funções de analisar se uma empresa ou grupo detém posição dominante no mercado de sua atividade e penalizar qualquer conduta ilícita em detrimento de outras empresas no mesmo ramo comercial. Outra mudança de relevo consiste na substituição do caráter

---

<sup>77</sup> *Idem*, p. 41-45. Detalhes da referida lei podem ser conferidos em RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 31-35; em NAZAR ESPECHE, F. A. *Op. cit.*, p. 6-8 e em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. El derecho de la competencia en la Argentina. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 202-209. Dados estatísticos da Comissão Nacional de Defesa da Concorrência envolvendo processos e demais procedimentos típicos decididos sob a vigência desta lei podem ser vistos em ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 28-29; em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *Op. cit.*, p. 226-228 e em RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>78</sup> Referidos em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *Op. cit.*, p. 209-210.

<sup>79</sup> A doutrina dos efeitos foi estudada desde a ótica de empresas que exportam ao país e produzem efeitos no mercado nacional em QUEVEDO, Viviana G. de; PEÑA, Julián. *El control de concentraciones económicas entre empresas que exportan a la Argentina*, p. 37-46.



essencialmente penal da repressão das condutas, previsto nas leis anteriores<sup>80</sup>, por sanções administrativas.

As condutas que constituem ilícitos contra a concorrência estão genericamente definidas. O artigo 1º. proíbe os atos relacionados com a produção e troca de bens e serviços<sup>81</sup> que tenham por objetivo limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência e o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante em um mercado de modo que possa resultar prejuízo para o interesse econômico geral. Por fim, a Argentina repetiu regra já existente na sua legislação e não presente na comunitária<sup>82</sup>, nem na brasileira e na do Mercosul<sup>83</sup>, referente ao prejuízo para o interesse geral<sup>84</sup>. Assim, as condutas somente são punidas se trouxerem prejuízos ao interesse econômico geral, isto é, se mesmo que representem uma limitação à concorrência, não puderem apresentar nenhuma vantagem que as justifiquem. Como se observa, a segunda regra fundamental do artigo refere-se à punição do abuso de posição dominante, o que representa uma constante nas principais legislações, mesmo na brasileira.

Também de fundamental importância é o artigo 2º., que apresenta uma enumeração exemplificativa de condutas horizontais, verticais e conducentes ao abuso de posição dominante, potencialmente limitadoras da concorrência. Lá estão citadas fixar ou manipular de forma direta ou indireta o preço de venda, estabelecer obrigações de produzir, processar, distribuir, comprar ou comercializar somente uma quantidade restrita ou limitada de bens, subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, sujeitar a compra ou venda à condição de não usar, adquirir, vender ou abastecer bens e serviços produzidos, processados, distribuídos ou comercializados por um terceiro e impor condições discriminatórias para a aquisição ou alienação de bens ou serviços sem razões fundadas nos usos e costumes comerciais, para citar um exemplo de cada grupo de práticas<sup>85</sup>.

A definição de posição dominante está presente no artigo 4º. A lei desistiu de tornar o critério de fatia do mercado detida para a determinação do domínio. O

---

<sup>80</sup> Estas visam punir os responsáveis pelas infrações à ordem econômica, inclusive com penas privativas de liberdade. PEREIRA NETO, C. M. da S. *Op. cit.*, p. 120-121. Mais sobre a lei como um todo e sobre a modificação do seu caráter pode ser visto em TAJAN, Guillermina. *Comentarios acerca de la efectiva aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia argentina*, p. 15-23 e em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *Op. cit.*, p. 210-240. Para a natureza jurídica das infrações em uma lei de defesa da concorrência ver DROMI, R. *Competencia y monopolio: Argentina, Mercosur y OMC*, p. 73-76. A lei brasileira já não tinha este caráter, uma vez que “desenhada para ser interpretada e aplicada por uma autarquia, órgão administrativo que pertence à esfera do Ministério de Justiça”. VAZ, Isabel. *Las tres vertientes del derecho de la competencia*. In: CORREA, Carlos María (Dir.). *Derecho de la competencia*, p. 295. O texto da lei argentina está publicado em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 241-253 e em DROMI, R. *Op. cit.*, p. 303-323.

<sup>81</sup> Expressão que nada mais representa que participação na economia. BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>82</sup> XAVIER BASALDÚA, Ricardo. *Mercosur y derecho de la integración*, p. 219, que vê uma justificativa da posição argentina no fato de que a lei será aplicada principalmente pelo governo na via penal e administrativa.

<sup>83</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 157 e NAZAR ESPECHE, F. A. *Op. cit.*, p. 118.

<sup>84</sup> Para mais sobre o prejuízo para o interesse econômico geral, conceito-chave para a aplicação da lei, ver BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 137-140 e NAZAR ESPECHE, F. A. *Op. cit.*, p. 33-36.

<sup>85</sup> Mais detalhes sobre o âmbito de aplicação da lei podem ser vistos em NAZAR ESPECHE. *Idem*, p. 31-41.

parâmetro estabelecido é diferente do brasileiro, uma vez que a lei estabelece que uma ou mais pessoas está em posição dominante quando, para determinado tipo de produto ou serviço, é o único fornecedor ou o único comprador dentro do mercado respectivo, ou quando, devido ao grau de integração vertical ou horizontal, está em condições de determinar a viabilidade econômica de um competidor ou participante em um mercado, em prejuízo deste<sup>86</sup>.

O artigo 6º. apresenta a definição das concentrações econômicas, cujo controle prévio<sup>87</sup> é uma grande mudança introduzida pelo sistema vigente. Para tanto, adota-se um critério unicamente quantitativo, ligado ao valor do faturamento das empresas, diferentemente do Brasil, onde o critério é misto, uma vez que leva em conta a participação no mercado ou o faturamento de qualquer das empresas envolvidas<sup>88</sup>. Esses critérios, que tornam a notificação obrigatória, estão contidos no artigo 8º. Um tal controle já era exercido sob a vigência da lei anterior, mas não chegou a ser relevante<sup>89</sup>. Diferentemente da lei brasileira, esse controle se restringe a atos de concentração de empresas. O artigo 10º. contém a disciplina para as exceções ao dever de notificação, sob a qual está, por exemplo, a aquisição de empresas que o comprador já possuía mais de 50 por cento das ações, e até uma regra de *minimis* na letra e<sup>90</sup>.

A disciplina do Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência está no artigo 17, cuja implantação representará uma nítida modificação institucional<sup>91</sup>. Na sua ausência, a aplicação da Lei n. 25.156/99 segue afeta à Comissão Nacional de Defesa da Concorrência<sup>92</sup>, de discutível independência funcional<sup>93</sup>.

Atualmente a lei já foi regulamentada pelo Decreto n. 396/2001, que se refere ao controle de concentrações, que promoveu alterações nela, entre as quais

---

<sup>86</sup> Os critérios para a caracterização do abuso da posição dominante foram estudados em MARTINEZ MEDRANO, Gabriel Alejandro. *El abuso de posición dominante en la ley argentina de defensa de la competencia*, p. 20-36 e em DROMI, R. *Op. cit.*, p. 104-110. Críticas a este dispositivo legal, mormente pelo fato de ele desestimular a busca de eficiência ou melhorias, podem ser vistas em GROSMAN, Lucas; SEREBRISKY, Tomás. *El abuso explotativo y la defensa de la competencia en Argentina*, p. 15-23.

<sup>87</sup> PEÑA, Julián. *El control de concentraciones económicas a partir de la reglamentación de la ley n. 25.156*, p. 38-41. Sobre dúvidas ao verdadeiro caráter *ex-ante* do controle ver BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 173-174, que o entende como de uma forma mista (*Mischform*). Durante o processo de reforma da lei anterior, a Comissão Nacional de Defesa da Concorrência elaborou um estudo sobre a conveniência de um controle prévio das concentrações e fusões de empresas. Ele pode ser conferido em CORREA, Carlos María (Dir.). *Derecho de la competencia*, p. 367-408.

<sup>88</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 159.

<sup>89</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 165.

<sup>90</sup> Mais detalhes quanto ao regime legal aplicável às concentrações e fusões podem ser conhecidos em NAZAR ESPECHE, F. A. *Op. cit.*, p. 43-67; DROMI, R. *Op. cit.*, p. 114-118; PEÑA, J. *La defensa de la competencia en Argentina*, p. 5-8 e em QUAGLIA, Marcelo. *La definición de concentración económica dentro de la Ley de Defensa de la Competencia argentina (Ley 25.156)*, p. 24-39. Uma análise econômica destes fenômenos submetidos à lei em questão pode ser vista em BOGO, Jorge. *Algunas cuestiones claves en el análisis de las fusiones y adquisiciones de empresas bajo la Ley 25.156*, p. 8-19.

<sup>91</sup> As características, a composição, a duração dos mandatos e as medidas disciplinares previstas aos membros do referido órgão podem ser conhecidas em NAZAR ESPECHE, F. A. *Op. cit.*, p. 80-92 e em DROMI, R. *Op. cit.*, p. 160-162.

<sup>92</sup> *Idem*, p. 163 e CARVALHO, E. M. *Op. cit.*, p. 110-111.

<sup>93</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 231-232.

modificações nos montantes de controles mínimos<sup>94</sup>, pela Resolução n. 40/2001, que disciplina a notificação das concentrações<sup>95</sup>, pela Resolução n. 164/2001, que contém regras para a averiguação das concentrações notificadas, e pelo Regulamento n. 89/2001. Este, surgido para regulamentá-la, tendo ainda incorporado a ela a figura da Secretaria da Defesa da Concorrência e do Consumidor, foi sancionado um ano e meio após a sua sanção<sup>96</sup>. Embora tenha determinado um importante avanço para a implementação plena dos objetivos previstos na lei, como questões administrativas e processuais, principalmente com a instrumentação da criação do Tribunal<sup>97</sup>, o referido regulamento é tido como muito contraditório e, do ponto de vista político, esteve sob forte pressão derogatória.

Como visto, as leis brasileira e argentina não apresentam diferenças significativas<sup>98</sup> nem incompatibilidades intransponíveis, existindo até mesmo similitudes entre elas<sup>99</sup>, como no caso da proibição de limitações à concorrência, do abuso de posição dominante e da previsão de compromisso de cessação. Segundo GRINBERG, “Tal semelhança é devida não só ao fato de ambas as legislações terem utilizado basicamente as mesmas fontes como também ao fato dos mercados livres - fora dos quais não há sentido para a concorrência a sua defesa - terem as suas próprias semelhanças”<sup>100</sup>. A inexistência de dificuldades de cerne conceitual nos ordenamentos vistos até aqui<sup>101</sup>, tornaria, sim, possível uma harmonização das legislações em nível de Mercosul.

### 3.2.c) Paraguai

Para ROWAT, LUBRANO e PORRATA JUNIOR, a economia do Paraguai encontra-se ainda em uma fase inicial de reestruturações. Os problemas ocasionados pelas políticas desenvolvidas geraram desestímulo a investimentos e provavelmente

---

<sup>94</sup> Para mais detalhes ver PASCAR, Norma. Legislación sobre Defensa de la Concurrencia/Competencia en la Unión Europea y Ley Argentina. In: PIMENTEL, Luiz Otavio (org.). *Direito da Integração: estudos em homenagem a Werter R. Faria*, p. 218-219 e QUEVEDO, V. G. de; PEÑA, J. *Op. cit.*, p. 44-45. O texto legal se encontra publicado em NAZAR ESPECHE, F. A. *Op. cit.*, p. 196-198.

<sup>95</sup> O texto legal e os anexos se encontram publicados em NAZAR ESPECHE. *Idem*, p. 154-169.

<sup>96</sup> Para mais detalhes ver PASCAR, N. *Op. cit.*, p. 219-220 e PEÑA, J. *El control de concentraciones económicas a partir de la reglamentación de la ley n. 25.156*, p. 38-46. A legislação que o Regulamento derogou pode ser conhecida em NAZAR ESPECHE, F. A. *Op. cit.*, p. 125. O texto legal se encontra publicado em NAZAR ESPECHE. *Idem*, p. 144-153.

<sup>97</sup> PEÑA, J. *Op. cit.*, p. 46 e NAZAR ESPECHE, F. A. *Op. cit.*, p. 80-87.

<sup>98</sup> Em posição contrária, já que “Argentina, Brasil e Chile possuem modelos de regulação da concorrência bem distintos”, ver PEREIRA NETO, C. M. da S. *Op. cit.*, p. 120-121.

<sup>99</sup> HERZ, Mariana; PEROTTI, Alejandro D. *Influencia del derecho de la integración en el Derecho Privado: derecho de defensa de la competencia*, p. 45. Uma análise comparativa envolvendo aspectos de consagração constitucional e legislação infraconstitucional, entre outros, todavia com a lei já revogada pela Argentina, é conduzida por SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 136-141; por RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 49-51 e por PEREIRA NETO, C. M. da S. *Op. cit.*, p. 120-128. Uma proposta de convergência das leis argentina e brasileira, apresentada antes da vigência das atuais, foi conduzida pelo INSTITUTO Torcuato Di Tella. *Op. cit.*, p. 84-138. Um estudo comparativo das normas argentinas com as dos Estados Unidos da América, da Espanha e da União Européia e na América Latina com as do México e do Brasil pode ser visto em COLOMA, Germán. *Defensa de la competencia: análisis económico comparado*, 438 p.

<sup>100</sup> GRINBERG, M. *A concorrência entre empresas perante o Mercosul: enfoque específico sobre Brasil e Argentina face à legislação antitruste*, p. 59.

<sup>101</sup> MARTINS, E. M. O. *Defesa da Concorrência, Supranacionalidade e Mercosul*, p. 181.

contribuíram para a falta de concorrência e competitividade da economia. Todavia, segundo os autores, talvez mais danoso foi o crescente e direto envolvimento do Estado na economia e a forte concentração de poder nas mãos dos mandatários durante a década de 1980. Tais fatos praticamente eliminaram a concorrência em determinados setores<sup>102</sup>.

Recentes reformas do novo período de relativa democracia e o ingresso do Paraguai no Mercosul contribuíram para uma alteração nesse quadro. Mesmo antes da entrada em vigor do Tratado, o país era fortemente dependente em importações e exportações de seus vizinhos, em valores que chegaram a representar aproximadamente um terço do produto interno bruto<sup>103</sup>.

O Paraguai nunca possuiu uma legislação de defesa da concorrência<sup>104</sup>. Em função disso, a bibliografia sobre o tema é escassa<sup>105</sup>. O princípio de uma livre concorrência já constava da Constituição de 1967. A atual Constituição, de 1992, traz as linhas mestras que regem o direito econômico. O artigo 107 trata da liberdade de concorrência, garante a concorrência no mercado e, para tanto, proíbe a formação de monopólios<sup>106</sup>. Esse artigo também proíbe os aumentos e as reduções de preços que atentem contra a concorrência, ou seja, aqueles praticados por agentes econômicos que detenham poder de mercado capaz de afetar a competição.

Técnicos governamentais, impulsionados por uma agitação relativa à reformas e modernizações de leis econômicas, prepararam um projeto de legislação concorrencial em 1996<sup>107</sup>. Outro fator que contribuiu para esta iniciativa parece ter sido a elaboração de um projeto para o Mercosul, ocorrida na mesma época<sup>108</sup>. Em verdade, a entrada do Paraguai no bloco já havia tornado uma revisão da legislação econômica algo imprescindível. O histórico era de concentração industrial e do setor de distribuição de bens, incluindo a prática de contrabando.

ROWAT, LUBRANO e PORRATA JUNIOR observam que o projeto paraguaio de 1996 foi modelado no projeto do Mercosul, e que este, por sua vez, se orientava fortemente pela legislação brasileira. Lembram os autores que o projeto não previa normas diretas para a revisão de processos de privatização ou para a participação de autoridades de concorrência neles, que a definição de mercado

---

<sup>102</sup> ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 74.

<sup>103</sup> *Idem*, p. 74-75.

<sup>104</sup> Para OLIVEIRA, é um engano acreditar que regras mais lenientes serviriam como fator de atração para o capital globalizado. Os investidores sabem que o que hoje pode representar uma facilidade, amanhã pode dar margem à práticas anticompetitivas. Assim, a ausência de regras claras e conhecidas de defesa da concorrência inibe o investimento estrangeiro, uma vez que a situação não brinda o investidor com a segurança necessária. Investir no exterior, de qualquer forma, já é um risco, redobrado com a ausência de normas. OLIVEIRA, G. *Globalização e Defesa da Concorrência*, p. 111.

<sup>105</sup> RIMOLDI DE LADMANN, E. I. Análisis del sistema en Paraguay. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 311.

<sup>106</sup> Segundo CUNHA, “Este artigo (...) prende-se ao antigo conceito de que a concentração econômica é por si só danosa, proibindo-se a formação de monopólios. (...) a concentração econômica é fato inerente ao capitalismo. Muitos agentes econômicos atingem a posição de monopólio pela própria eficiência (monopólio natural), não devendo ser punidos por este motivo”. CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 162. Sobre a falta de clareza do dispositivo ver BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 194.

<sup>107</sup> RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *Op. cit.*, p. 311.

<sup>108</sup> Mais razões para uma lei de defesa da concorrência no Paraguai podem ser vistas em DIOS KOSTIANOVSKY, O. E. *Op. cit.*, p. 96.

relevante não previa que tal mercado pudesse se estender para além das fronteiras nacionais (a todo ou parte do Mercosul, por exemplo), que, apesar da previsão de revisão judicial dos atos da autoridade, o judiciário não dispunha de experiência nesta área e nem em leis econômicas em geral<sup>109</sup>, que o país não tinha uma adequada lei de proteção ao consumidor e que ele não possuía uma experiência prévia em legislação concorrencial. Outros fatores apontados são a pouca transparência nas práticas negociais, significativa corrupção em órgãos governamentais e incertezas na execução de contratos ocasionadas pela carência de confiança no judiciário. Por isso, o referido projeto levantou questões também na esfera sobre a melhor estrutura legal para uma política de concorrência em economias em desenvolvimento<sup>110</sup>.

Noutras áreas, como por exemplo na política de investimentos estrangeiros, o regime do Paraguai é um dos mais abertos da América Latina. Investimentos em nenhum setor econômico ou região geográfica dependem de autorização governamental. Também não há nenhuma restrição para a propriedade por parte de estrangeiros de terras ou recursos naturais<sup>111</sup>. O regime de proteção de direitos de propriedade intelectual é velho, de 1951, e deficiente na cobertura de modernas tecnologias. A última reforma ocorreu em 1985, mas não previu base legal para interromper certas formas de pirataria e não abrangeu claramente questões de software. A lei de patentes é de 1925 e por tal também limitada. Registros de copyright são praticamente inexistentes, não há autoridade para recebê-los e a biblioteca nacional, que serve de depositária, estava em completa desordem na época dos estudos de ROWAT, LUBRANO e PORRATA JUNIOR<sup>112</sup>.

Por inúmeros fatores o estudo retratado concluiu que o Paraguai era chamado a promover profundas reformas. Nesse sentido, técnicos já estavam trabalhando em possíveis estruturas legais para a proteção ao consumidor, falência e propriedade intelectual e, como visto, desde 1996, para a concorrência. Em específico nesta última questão, as recomendações foram no sentido de que o Paraguai devia criar uma autoridade independente, que os técnicos precisavam estar atentos à nova realidade do Mercosul e do ingresso do país nele, como para as implicações disso na definição do conceito de mercado relevante, e que precisava estabelecer uma melhor cooperação em política de concorrência com os demais países do bloco<sup>113</sup>.

O Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul não é tido como um instrumento que venha a substituir as leis nacionais. Uma continuada carência paraguaia de uma lei nesse sentido ocasionará efeitos muito diferentes na aplicação do referido Protocolo dos tidos em outros países do bloco, ademais de outras fortes

---

<sup>109</sup> O sistema judicial não é bem respeitado por sua competência e nem por sua independência de influências políticas. Os juízes são inexperientes e mal-remunerados. As penalidades são insuficientes para compensar a vítima e coibir futuras violações. Todavia, o estudo de ROWAT, LUBRANO e PORRATA JUNIOR já anteviu mudanças nestes aspectos. ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 79.

<sup>110</sup> Detalhes deste original projeto e críticas a ele, bem como considerações sobre qual a melhor estrutura legal para a política de concorrência em economias em desenvolvimento, podem ser vistos em ROWAT, LUBRANO e PORRATA JUNIOR. *Idem*, p. xi e 75-76. Sobre sugestões a países em desenvolvimento ver também BALASSA, Bela. *The 'New Protectionism' and the International Economy*, p. 409-436.

<sup>111</sup> ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 77.

<sup>112</sup> *Idem*, p. 78-79.

<sup>113</sup> *Idem*, p. 80-82.

implicações na concorrência em si e no desenvolvimento do país. Por tal, qualquer sugestão que possa ser dada passa pela elaboração de uma lei. Mesmo não possuindo uma, o Paraguai foi o primeiro país a ratificar o Protocolo do Mercosul.

O atual projeto de lei, de 2001, é o quinto e diverge em pontos essenciais dos primeiros e das leis dos demais países do Mercosul. Prevê um controle de concentração de empresas, que tem como limiar da notificação obrigatória uma fatia de 30 por cento do mercado, sanções e a criação de um órgão de aplicação. Mas positiva uma regra *de minimis*, proibições de *per se* e possibilidades de isenções individuais e em grupos<sup>114</sup>.

### 3.2.d) Uruguai

A atividade econômica do Uruguai é fortemente concentrada na prestação de serviços e na agricultura. O setor privado é orientado para os serviços, especialmente os bancários e turísticos. O protecionismo econômico conduziu muitas firmas a um regime de não-competitividade. Os empreendedores uruguaios são considerados conservadores, avessos a riscos e não-inovadores. As firmas possuem modelos tecnológicos ultrapassados e também permanecem conservadoras em relação à reformas e novas iniciativas. Parte dessas experiências é decorrência do caráter difuso das regulamentações governamentais. A presença do Estado como regulador e detentor de monopólios fez com que não fosse imperiosamente necessário preocupar-se com a defesa da concorrência. Todavia, a partir de 1989 iniciaram-se reformas econômicas e posteriormente ocorreu a entrada do país no Mercosul<sup>115</sup>.

Na questão de concorrência, o Uruguai é caracterizado por uma estrutura de oligopólios, barreiras significativas para o acesso ao mercado em determinados setores e, até pouco tempo, uma completa falta de competitividade. Até recentemente, o país não tinha legislado sobre a matéria, não possuía autoridades governamentais para o controle da concorrência e as representações da sociedade pareciam não estar dispostas a alterar esta situação<sup>116</sup>.

Também lá o setor público é detentor de uma parcela significativa de influência na economia. Isso incluía regulamentações governamentais de controle. Ele ainda detém e controla setores vitais da economia. Esta regulamentação governamental é nefasta ao afetar a entrada e saída de firmas, requerer autorizações para permanecerem em operação e resulta em determinações de preços de produtos brutos cruciais. A ação do setor privado é muito dependente destas normas, o que se constitui numa barreira efetiva à competitividade. O setor de distribuição é dominado por cartéis<sup>117</sup>. As conclusões deste quadro eram de que uma modernização da economia uruguaia e a implementação de um sistema de liberdade de concorrência sofria impedimentos pelo próprio Estado.

---

<sup>114</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 196 e nota de rodapé número 12 e BISCHOFF-EVERDING, P. *Is there a basis for a co-operation between the EU and the Mercosur in the field of restrictive business practices?*, p. 117. Mais relatos sobre o histórico da proposta, a filosofia que está por detrás dela e os seus princípios podem ser conhecidos em DIOS KOSTIANOVSKY, O. E. *Op. cit.*, p. 96-100.

<sup>115</sup> ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 83.

<sup>116</sup> *Idem*, p. 85.

<sup>117</sup> *Idem*, p. 90.

Pelo fato de o Mercosul prever um documento que não venha a substituir as legislações nacionais, o Uruguai deveria preparar uma legislação de concorrência interna. A sugestão era que ela fosse baseada nas decisões do Mercosul e na lei brasileira, mas adequada às circunstâncias nacionais<sup>118</sup>. Não só o fato de o Mercosul possuir uma legislação tornou ao Uruguai quase que obrigatório ter uma também<sup>119</sup>, mas o de a OMC estar considerando incluir o tema dentro das disciplinas multilaterais, o das negociações da Alca pressuporem que todos seus Estados-partes contem com normas de defesa da concorrência e o fato dos acordos entre o Mercosul e a Comunidade Européia para a formação de uma zona de livre comércio serem fundados num mesmo pressuposto<sup>120</sup>.

No Uruguai, a legislação sobre a defesa da concorrência é também muito recente. O país não possui uma legislação integral, orgânica e sistemática sobre a matéria<sup>121</sup>. Há, todavia, projetos de relevância<sup>122</sup>. As normas se resumem aos artigos 13, 14 e 15 da Lei n. 17.243, de 29 de junho de 2000, que se encontram entre um puzzle<sup>123</sup> de variadas e diferentes matérias<sup>124</sup>. O surgimento dessa lei está relacionado com a troca do governo, em cujo início do mandato sempre vem uma nova lei para regular matérias de urgência (para o que ele se vale de uma lei de urgência<sup>125</sup>), e com o ingresso no mercado de uma potente rede de supermercados e a instalação de shopping centers. Uma segunda disposição possui a Lei n. 17.296, de 16 de fevereiro de 2001, em cujos artigos 157 e 158 são previstas as sanções para as infrações contra a concorrência, o que objetivava suprir a carência de regras coercitivas da primeira lei, e as competências do seu órgão de aplicação. Há também o Decreto n. 86/2001 para a execução de ambas as leis<sup>126</sup>. Antes, apenas a Constituição de 1967 estabeleceu, em seu artigo 50, o princípio geral de controle de agentes econômicos pelo Estado<sup>127</sup>. Mas uma liberdade de concorrência não encontra previsão constitucional. Outras determinações eram dadas pelos distintos poderes. Assim, o poder legislativo havia editado normas sobre a distância mínima entre duas farmácias,

---

<sup>118</sup> *Idem*, p. xii.

<sup>119</sup> A contribuição do Mercosul para um regime de defesa da concorrência no Uruguai e no Paraguai foi observada em DIOS KOSTIANOVSKY, O. E. *Op. cit.*, p. 109-110.

<sup>120</sup> Mais razões para uma lei de defesa da concorrência no Uruguai podem ser conhecidas em HARGAIN, Daniel. *Análisis de la legislación de defensa de la competencia*, p. 107-120; em HARGAIN, D. *Normativa de defensa de la competencia en Uruguay*, p. 102 e em DIOS KOSTIANOVSKY, O. E. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>121</sup> Legislações esparsas sobre temas relacionados podem ser conhecidas em RIPPE, Siegbert. El derecho de la competencia en el derecho uruguayo. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 314-322.

<sup>122</sup> O texto legal sugerido em 2002 e a conseqüente exposição de motivos podem ser vistos em RIPPE, Siegbert; HARGAIN, Daniel. *Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, elaborado por los doctores Siegbert Rippe y Daniel Hargain, presentado ante la Comisión de Comercio de la Cámara de Diputados el 5/8/2002*, p. 140-151. Ele foi aprovado pela Câmara dos Deputados, mas o Senado não o considerou. Espera-se que com o começo de novo período legislativo em março de 2005, o que torna necessário uma nova aprovação na Câmara, o assunto tenha seguimento.

<sup>123</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Wettbewerbsrecht im MERCOSUR*, p. 186.

<sup>124</sup> Estes dispositivos legais estão publicados em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 325 e comentados em HARGAIN, D. *Op. cit.*, p. 106-111.

<sup>125</sup> Assim considerada em HARGAIN. *Idem*, p. 102-103 e em RIPPE, S. *Op. cit.*, p. 322.

<sup>126</sup> O texto do decreto está disponível em HARGAIN, D. *Op. cit.*, p. 105. Comentários ao decreto podem ser lidos em HARGAIN. *Idem*, p. 111-113.

<sup>127</sup> RIPPE, S. *Op. cit.*, p. 314.

o executivo fixou por decreto o preço do leite e os poderes departamentais decidiram o preço das passagens urbanas<sup>128</sup>.

Enfim, as disposições materiais limitam-se a três. Segundo o artigo 13 da lei citada, as regras valem para empresas que exercitem atividades econômicas, sejam estrangeiras ou nacionais. A classe atingida, portanto, é a dos agentes econômicos<sup>129</sup>. A lei não parece comportar a doutrina dos efeitos<sup>130</sup>. O artigo 14 refere-se à proibição dos tradicionais acordos e práticas concertadas, decisões de associações de empresas e do abuso de posição dominante. O acesso ao mercado também é protegido. Nele ainda são citadas cinco condutas em caráter exemplificativo. Mas a aplicação das normas é condicionada ao fato de que a distorção no mercado gere prejuízo relevante ao interesse geral<sup>131</sup>, o que pode ser visto como uma regra da razão. Não foram estabelecidas previsões para o controle de concentração de empresas. Isso não exclui a invocação da proibição geral de limitações à concorrência para um tal controle. O último artigo refere-se à regulamentação a cargo do poder executivo e à possibilidade de que toda a demanda envolvendo concorrência seja submetida pelas partes à arbitragem.

Na regulamentação, constada do Decreto n. 86/2001, a aplicação foi encarregada à Direção Geral do Comércio, um órgão vinculado ao Ministério das Finanças e Economia, que não detém experiência nem é independente<sup>132</sup>. O referido decreto estabelece o sistema para a investigação das condutas anti-competitivas, que é muito simples, uma vez que pode ser iniciado de ofício ou em função de uma denúncia de uma pessoa cujos interesses resultem prejudicados. Durante o procedimento, são previstos acordos de cessação ou modificação das condutas. Finalmente, cabe destacar que a regulamentação uruguaia não contempla sanções criminais para os autores das práticas anti-competitivas, o que não impede que a lei penal seja invocada.

Esta legislação veio proporcionar um princípio geral, um marco regulador básico<sup>133</sup>, que faltava no Uruguai. A sua colocação em prática permitiria apreciar as necessidades, avaliar resultados obtidos e formular novas propostas legislativas. No que respeita ao Estado, ela significa uma verdadeira auto-limitação que o sistema político impôs a si mesmo. Todas as regulamentações legais e administrativas foram revisadas com a finalidade de identificar as que impunham restrições injustificadas à liberdade de concorrência. Dessa revisão surgiram os Decretos ns. 241/2000 e 479/2001, que derrogaram normas regulamentares que estabeleciam distorções.

---

<sup>128</sup> Uma comparação deste sistema legislativo que o Uruguai dispõe com as propostas surgidas no Paraguai foi realizada em DIOS KOSTIANOVSKY, O. E. *Op. cit.*, p. 101-105.

<sup>129</sup> Esta expressa previsão, na visão de HARGAIN, diferencia a lei daquelas que criam obrigações sem indicar quais são os destinatários das mesmas. HARGAIN, D. *Análisis de la legislación de defensa de la competencia*, p. 107.

<sup>130</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 188-189.

<sup>131</sup> A inclusão desta disposição foi muito discutida durante os debates parlamentares, certamente pela difícil definição do que seja um prejuízo relevante ao interesse geral. Mais sobre o assunto pode ser visto em BISCHOFF-EVERDING. *Idem*, p. 189-190. Depreende-se da expressão que se tratam de condutas que realmente tenham capacidade de prejudicar o sistema, não devendo a Direção Geral do Comércio intervir em situações que afetem individualmente um ou mais empresários. HARGAIN, D. *Op. cit.*, p. 107.

<sup>132</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 192. As faculdades do referido órgão podem ser conferidas em HARGAIN, D. *Normativa de defensa de la competencia en Uruguay*, p. 113-115.

<sup>133</sup> *Idem*, p. 106.



Outras áreas que têm implicância na política de concorrência, consideradas anexas a esta, ainda estão a precisar de reformas, simplificações ou mesmo codificações.

A conclusão é a extrema falta de cultura de concorrência vista em todos os países. Ante este quadro, CUNHA observa que na Comunidade também nem todos os países possuíam normas de concorrência e que os órgãos foram grandes incentivadores para que leis fossem adotadas e um sistema eficiente de controle e defesa da concorrência fosse estruturado. Essa solução seria válida ao Mercosul, no qual “caso o tema seja tratado de maneira adequada, os órgãos comuns podem também cumprir esta função”<sup>134</sup>. A isto chamar-se-á de mercosulização, posteriormente, em sede de conclusão.

Certo é que todos os países vinculam-se ao princípio da liberdade de concorrência. Brasil e Argentina dispõem desde longa data de legislações. Estas são em grande medida compatíveis. Ambos os controles das concentrações de empresas possuem elementos preventivos e de caráter *ex post*. Diferenças existem na definição de poder de mercado. Uma presunção de posição dominante no Brasil é avaliada por critérios quantitativos. Na Argentina, posição dominante é definida como a decorrente da falta de uma concorrência substancial. O Uruguai possui uma legislação recente. O Paraguai não possui ainda legislação, embora já tenha até ratificado o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul. No Brasil a autoridade dispõe de uma independência institucional. Na Argentina ela é prevista, mas ainda não instituída. Cartéis de exportação não são regulados por nenhum dos países, uma vez que as leis são orientadas ao mercado interno e algumas se filiam à doutrina dos efeitos. Isso pode conduzir a conflitos de jurisdição no mercado comum, motivo pelo qual as relações entre si e com as disposições do Protocolo devem ser esclarecidas. O seguimento do estudo apresenta, justamente, a análise desse documento.

---

<sup>134</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 163.

### 3.3. O DIREITO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DO MERCOSUL

Esta parte do estudo objetiva retratar as normas materiais sobre a defesa da concorrência que o Mercosul já dispõe e as suas aplicações<sup>1</sup>. Uma atenção especial é dada às normas que se referem às ajudas públicas por dois motivos, quais sejam, a sua fundamental importância para um processo de integração que objetive a fase de mercado comum e o pequeno desenvolvimento apresentado neste âmbito no Mercosul, se comparado com o trabalho legislativo dedicado até agora aos demais, que até em um Protocolo ratificado por dois países já se encontram.

O estudo realizado das normas nacionais se mostrará válido para tanto, pois sobre estas realidades é que se constroem as normas de um processo de integração<sup>2</sup>. É

---

<sup>1</sup> Embora não seja objeto desse estudo, é válida uma citação ao tratamento da concorrência em outros regramentos de implicância no Mercosul, assim na Organização Mundial do Comércio (OMC), no North American Free Trade Agreement (Nafta) e na Área de Livre Comércio das Américas (Alca). O que se observa é que o grau de compromisso alcançado em cada um dos esquemas de integração é diferente. Na OMC o debate sobre a efetividade de um acordo multilateral sobre regras de concorrência está começando. Isso, todavia, não significa que o tema não seja relevante, como visto no capítulo anterior. Neste organismo multilateral, os Estados Unidos da América sustentam que a discussão ainda é prematura e que muitos dos seus membros não possuem nem direito nacional sobre os temas. A Comunidade Européia tenta o estabelecimento ao menos de parâmetros gerais, como já visto por ocasião da proposta de um código internacional. As diferentes posições entre os Estados Unidos da América e a União Européia quanto a um código mundial e à inclusão das regras da concorrência no âmbito da OMC podem ser vistas em SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Concorrência. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*, p. 478-484, conforme já citado. As normas do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio que se referem ao direito de concorrência estão relacionadas em RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. El derecho fundamental de las relaciones comerciales internacionales. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 12-13. Na área regional constituída por Estados Unidos da América, Canadá e México a aproximação das políticas de concorrência se encontra desenvolvida brevemente no capítulo 15 do acordo, onde se observam as linhas gerais que reduzem a incerteza dos investimentos. INSTITUTO Torcuato Di Tella. Propuesta de convergencia en política de competencia entre Argentina y Brasil. In: *EL MERCOSUR: un desafío*, p. 128-130 e OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*, p. 394-397. E o procedimento de solução de controvérsias se encontra no capítulo 19. FASULINO, Eduardo J. Los problemas de la competencia entre la Argentina y Brasil. In: BALZE, Felipe A. M. de la (comp.). *Argentina y Brasil: enfrentando el siglo XXI*, p. 446-450. E no bloco que se estende desde o Alasca até a Argentina, o rol das políticas de concorrência será gradualmente definido pela decisão dos integrantes. PASCAR, Norma. *Modificaciones a la legislación sobre defensa de la competencia en la República Argentina*, p. 36-37 e PASCAR, N. Legislación sobre Defensa de la Concurrência/Competencia en la Unión Europea y Ley Argentina. In: PIMENTEL, Luiz Otavio (org.). *Direito da Integração: estudos em homenagem a Werter R. Faria*, p. 215-216. Um panorama do tratamento da concorrência na Alca e dos trabalhos do Grupo de Trabalho sobre Políticas de Concorrência pode ser visto em TINEO, Luis. Políticas de Competencia en la construcción del Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA). In: CORREA, Carlos María (Dir.). *Derecho de la competencia*, p. 213-226; em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. Análisis jurídico: El derecho de la competencia en el Mercosur. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 177-181 e em MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. *O capítulo sobre política de concorrência do Acordo Alca: primeiras reflexões*, p. 84-96. Mais sobre a previsão das regras de concorrência em blocos econômicos regionais pode ser visto em BISCHOFF-EVERDING, Peter. *Wettbewerbsrecht im MERCOSUR*, p. 249-252 e em TINEO, L. *Op. cit.*, p. 226-234.

<sup>2</sup> RAMOS, Dante Marcelo. *Das Wettbewerbsschutz-Protokoll des Mercosur: eine Darstellung anhand der Wettbewerbsordnungen Argentiniens und Brasiliens und im Vergleich mit der Europäischen Gemeinschaft*, p. 14.

ido o tempo que as normas de concorrência eram apenas consideradas partes da regulação interna das economias. Tais normas se tornaram partes dos processos de integração econômica, mormente pelas experiências que emprestam ao processo legislativo destes.

A existência de um mercado comum requer uma norma jurídica que o crie e todo um processo de integração, que por sua vez também requer necessariamente normas jurídicas que o regulem e o mantenham. Essa tarefa é ingente, uma vez que omissões neste sentido seriam imperdoáveis e de efeitos catastróficos.

Diferentemente do que ocorre no âmbito do Mercosul, no qual a matéria trata-se de direito *in fieri*<sup>3</sup>, expressão latina usada para dizer o que ainda não existe, mas que já se sabe será necessário, a hoje Comunidade Européia, desde há muito, tem regulada sua disciplina concorrencial. As regras comuns de concorrência, de fiscalidade e de aproximação das legislações estão contidas no Tratado de Roma e numa série de regulamentos.

Segundo o ordenamento comunitário, são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum<sup>4</sup>. Da mesma forma, é incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio nos Estados-membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial desse<sup>5</sup>. No que se refere à interferência dos Estados nas regras de livre concorrência, o ordenamento comunitário normatiza que são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções<sup>6</sup>.

Especialmente com as disposições destinadas ao controle dos recursos públicos, vê-se a preocupação do legislador comunitário no que diz respeito à possível nefasta interferência dos Estados nas regras de concorrência e, principalmente, à intromissão de elementos meramente políticos nessas.

Além dessa ampla legislação, sua estrutura supranacional de decisões dá a aplicação e interpretação necessárias para o cumprimento dos dispositivos comunitários. A eficácia das decisões e a importância do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias para a afirmação da defesa da concorrência em nível comunitário impedem que empresas e governos adotem comportamentos políticos ou econômicos lesivos à concorrência. O direito comunitário da livre concorrência é um direito diretamente aplicável a todos os Estados-membros, tendo como destinatários diretos e finais também as empresas. Ademais, o Conselho adota medidas para a

---

<sup>3</sup> Ou matéria pendente. LOPRETE, Marcelo. *El Derecho de la Competencia en el Mercosur: la asignatura pendiente*, p. 1-3.

<sup>4</sup> Artigo 81 TCE.

<sup>5</sup> Artigo 82 TCE.

<sup>6</sup> Artigo 87 TCE.

aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros que tenham incidência direta no estabelecimento ou no funcionamento do mercado comum<sup>7</sup> ou do mercado interno<sup>8</sup>.

Ante o exposto e anteriormente estudado, é cabível afirmar que sem a tomada dessas precauções, especialmente o controle sobre os Estados-membros, a consolidação do mercado comum europeu não teria sido possível.

A experiência européia mostra que um processo de integração é um objetivo longo. Assim, para OLIVEIRA, a implementação de uma política de concorrência requer tempo, mudanças culturais e investimentos em instituições adequadas<sup>9</sup>. As evoluções do Mercosul podem estar a mostrar que, possivelmente, o fortalecimento das instituições, mesmo as nacionais, seja preferível a uma explosão comercial passageira. Como já visto, na prática mesmo, entusiasmos repentinos não os afasta de serem efêmeros.

Trabalhar a defesa da concorrência no Mercosul significa contrapor, em virtude da normatização européia, já vista, um sistema consolidado a outro em consolidação, a realidade à perspectiva, o ser ao dever-ser<sup>10</sup>. Mas esse é o propósito desenvolvido a seguir, tendo como fundamento acordos desenvolvidos em um processo de integração de característica marcadamente intergovernamental e no qual as economias emergentes enfrentam problemas associados à falta de infraestrutura de mercado livre, fundamentalmente baseada em históricas intervenções estatais e numa carência de cultura de competição<sup>11</sup>.

Há uma necessidade urgente de ser estabelecida uma cultura da concorrência no Mercosul. Conforme observa RIVIÈRE MARTI, “A fim de conscientizar a sociedade é preciso explicar às empresas e aos profissionais liberais o objetivo da economia de livre mercado e a utilidade de legislar em termos de defesa da concorrência”<sup>12</sup>. A regra mais lógica seria pensar e observar o que a Comunidade

---

<sup>7</sup> Artigo 94 TCE.

<sup>8</sup> Artigo 95 TCE.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Gesner. *Competition policy in Brazil and Mercosur: aspects of the recent experience*, p. 466.

<sup>10</sup> CASELLA, Paulo Borba. *Soberania e aplicação do direito da concorrência na CE e no Mercosul*, p. 119 e 120.

<sup>11</sup> CASTAÑEDA, Gabriel. *Competition Policy and Economic Integration in NAFTA and MERCOSUR*, p. 497. A economia constava de setores com um alto grau de concentração e habituados ao intervencionismo estatal ou à concertação empresarial. Apenas após décadas de intervencionismo estatal na economia, com os defeitos do dirigismo e das estruturas monopolísticas, é que a América Latina descobriu de novo o dinamismo da economia de livre mercado e perseguiu a competitividade das empresas. RIVIÈRE MARTI, Juan Antonio. *La política de competencia en América Latina*, p. 77-79. Sobre o legado do modelo intervencionista, assim a alteração da fórmula de separação de poderes e de proteção dos direitos individuais em matéria econômica, geralmente afetados pelas intervenções que os restringiam a graus intoleráveis, e a inserção das leis de concorrência na América Latina ver TINEO, L. *Políticas de competencia en América Latina*, p. 86-88. O papel de uma política de concorrência no desenvolvimento de economias emergentes foi apresentado em ROSHANIAN, Arona. *Modelli di tutela della concorrenza nelle economie emergenti: il caso dell'America Latina*, p. 161-170.

<sup>12</sup> RIVIÈRE MARTI, J. A. *Op. cit.*, p. 79 e RIVIÈRE MARTI, J. A. La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea. In: CASES, Luís (Dir.). *Anuario de la competencia 1997*, p. 558-559.

Européia fez<sup>13</sup>. Uma vez obtido o mercado comum, cabe assegurar que ele não seja falseado por distorções internas. Mas o inverso dessa regra também pode ser uma alternativa válida. Assim, preparar a base, a partir da visão da liberdade de concorrência como a quinta liberdade dos processos de integração, para justamente possibilitar o alcance das etapas posteriores. A indispensável necessidade de regulamentação econômica no interior do mercado comum não necessariamente deve ser posterior ao atingimento deste. Pode perfeitamente antecipar-se.

Aquele pensamento vem sempre acompanhado de assertivas como a de primeiro consolidar a imagem do Mercosul como bloco regional e, em segundo plano, implementar a liberdade de concorrência<sup>14</sup>, hoje materializada no Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, também citado como de Fortaleza, em função do local onde foi assinado. A primeira tarefa já faz tempo que se está tentando e a segunda somente irá ocorrer com a sua incorporação aos ordenamentos jurídicos dos Estados-partes, com a elaboração de regras de execução e com a criação do Comitê de Defesa da Concorrência (cujo acordo pra tanto está carente de ratificação). Para PORRATA-DORIA JUNIOR, o instinto natural da atual situação é dedicar os esforços, fontes e energias para a solução dos problemas domésticos das economias, em um primeiro momento, e então considerar a liberalização do comércio regional e a agenda para a integração econômica. As dificuldades atuais das economias internas impedem substanciais progressos na implementação e expansão das posteriores etapas do bloco<sup>15</sup>. Então, a rigor, pelo visto seriam três as etapas a seguir. Este estudo reconhece estas etapas, mas tenta demonstrar os benefícios de um aligeiramento nos seus cumprimentos.

A importância da defesa da concorrência para o mercado comum pode até ser visualizada pelo seu lado negativo. Uma ausência de normas reguladoras aniquilaria o direito de escolha do consumidor, o preço a ser pago seria facilmente manejável e a qualidade não seria testada pelo confronto com produtos concorrentes<sup>16</sup>. Ademais, com o tempo, o mercado seria dominado por monopólios, oligopólios e trustes, e nunca se tornaria um mercado comum.

Não existe no Mercosul uma norma supranacional de defesa da concorrência, nem órgãos com essa característica, como já ressaltado. Isso significa que não há casos disponíveis para fornecer um melhor entendimento do comportamento das instituições. Infelizmente, nem o Tratado deu a devida atenção ao assunto, como será visto a seguir.

### **3.3.a) O silêncio do Tratado**

A verdade é que o Tratado de Assunção se manteve em silêncio sobre a inclusão explícita da liberdade de concorrência no artigo 1º., no qual estão expressas

---

<sup>13</sup> Como relatado em PASSOS, Fernando. *O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul?*, p. 19-48.

<sup>14</sup> SANTOS, Maria Cecília. *Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul*, p. 86.

<sup>15</sup> PORRATA-DORIA JUNIOR, Rafael A. *Mercosur: the common market of the twenty-first century?*, p. 58.

<sup>16</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, p. 39.

as demais, bem como sobre um regramento da liberdade de concorrência, como um todo, e também quanto às práticas desleais desta. Isso deixou margem para a doutrina tentar alocá-la<sup>17</sup>. Uma simples menção das matérias disciplinadas na Comunidade, como repetida no início desta parte do estudo, conduziria a um claro pensamento sobre o que o Mercosul precisaria e ressaltaria a lacuna existente no Tratado. O Mercosul não possui nenhuma regra comparável a do artigo 4º. TCE, referente a uma orientação segundo um princípio de economia de mercado aberto e de livre concorrência<sup>18</sup>. Normas de direito da concorrência e mecanismos de implementação não foram negligenciados pela Comunidade.

O Mercosul preferiu delegar essa tarefa aos Estados, “com evidente prejuízo para a coerência e uniformização das diretrizes (...) utilizadas para a solução dos conflitos que possam ocorrer no intercâmbio comercial entre os Estados-partes, bem como entre estes e outros países com os quais mantenham relações econômicas. Dispondo os Estados-partes de instrumentos relativamente eficientes para a defesa da concorrência, devem eles ser aplicados, quando necessário, até que sejam elaboradas as normas comunitárias pertinentes (...)”<sup>19</sup>. Deixava-se aos Estados a tomada da decisão sobre a oportunidade da política concorrencial coordenada.

Uma delegação da tarefa aos Estados-partes não deve ser de plano criticada. Tamanha descentralização da aplicação da lei, embora aqui não se fale de uma lei comunitária, teria de certa forma influenciado a Comunidade Européia nas suas recentes reformas referentes à aplicação do direito da concorrência? Vale a pergunta, reiteradas vezes já formulada, ainda que a realidade da Comunidade seja diferente e que essa possibilidade tenha já em 1962 sido preterida. Talvez de forma errada, como demonstra a descentralização em curso.

Não é possível ser compreendido que a exigência da coordenação de políticas macroeconômicas<sup>20</sup> e setoriais entre os Estados-partes a fim de assegurar condições adequadas de concorrência seja suficiente para abranger de forma plena o conteúdo de um direito de concorrência, mesmo sendo esta a parte do Tratado de Assunção geralmente associada a uma provável previsão de normas de concorrência nele e mesmo que por ela as partes contratantes admitem a criação de órgãos e a determinação a eles de competências para a elaboração de normas comuns sobre a

---

<sup>17</sup> SALOMÃO FILHO entende que o Tratado de Assunção, ao determinar que o mercado comum implica na remoção de todas as barreiras não-tarifárias para a circulação de bens, teria abrangido também as limitações à concorrência. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Der MERCOSUL als Marktregelung*. In: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000*, p. 41. Já GRINBERG deduz deste silêncio que a livre circulação de bens e serviços, essas sim previstas, implicam na garantia da livre concorrência. GRINBERG, Mauro. *A concorrência entre empresas perante o Mercosul: enfoque específico sobre Brasil e Argentina face à legislação antitruste*, p. 57.

<sup>18</sup> Segundo DROMI, “O princípio da livre concorrência se encontra explicitado no Tratado de Assunção, ao assinalar que a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos deve ser alcançada ‘em adequadas condições de concorrência entre os Estados-partes’”. DROMI, Roberto. *Competencia y monopolio: Argentina, Mercosur y OMC*, p. 47.

<sup>19</sup> CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, p. 302.

<sup>20</sup> Sobre a necessidade do tratamento desta questão ver STRAUB, Stéphane. *De la coordinación de las políticas macroeconómicas en el MERCOSUR*, p. 201-202. Sobre a relação entre a coordenação de políticas macroeconômicas e a defesa da concorrência ver SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 88-89.

concorrência<sup>21</sup>. Nesse sentido, observa SILVEIRA que a leitura da expressão “leva a crer que o texto do artigo não se refere à utilização de políticas macroeconômicas como instrumento de proteção da concorrência efetiva no interior do Mercado Comum. (...) Assim, torna-se imperiosa a adoção de uma política de proteção da concorrência”<sup>22</sup>. O Tratado, de fato, de concreto não dizia nada. CASELLA chega a dizer que a regulamentação da liberdade de concorrência foi inexplicavelmente negligenciada, oscilando entre o vazio ufanismo oficial e o inevitável ceticismo dos operadores econômicos<sup>23</sup>.

Uma existência de tais normas, bem como já foi pensado para o caso de a igualdade de votos entre os Estados-partes não ter sido assegurada, poderia tornar a assinatura do Tratado de Assunção impossível. No caso dos votos, uma ponderação proporcional faria com que o Brasil obtivesse caráter quase exclusivo na tomada de decisões, devido à sua presença econômica, geográfica e demográfica<sup>24</sup>.

Mas a importância do tema fez refletir no artigo 4º. que os Estados-partes deveriam coordenar suas respectivas legislações nacionais com o fim de elaborar normas comuns sobre a concorrência comercial<sup>25</sup>. Este é o fundamento jurídico no qual está baseado o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul. De fato, a elaboração de normas comuns sobre concorrência demandaria um tratado internacional e a posterior internalização dessas regras pelos Estados-partes. A frase 2 do citado artigo diz que os Estados comprometem-se a inibir, em relação a terceiros países, importações cujos preços estejam influenciados por subsídios, dumping, ou qualquer outra prática desleal.

O artigo 4º. apenas traça normas gerais sobre o assunto. Refere-se às condutas desleais que ocorrem nas trocas externas, da defesa da concorrência no comércio internacional, praticadas contra os países do Mercosul. Para tanto, determina que as relações comerciais dos Estados-partes com terceiros países devem ser regidas por condições equitativas do comércio. As práticas desleais que distorçam o curso normal do intercâmbio devem ser punidas. Para a eliminação de tais práticas será aplicada a lei nacional de cada país. A respeito das práticas anti-concorrenciais dentro do Mercosul, o Tratado não estabeleceu nem mesmo os princípios gerais da matéria. Segundo CUNHA, pelo fato de ele funcionar como instrumento gerador do processo de integração, “deveria trazer, ao menos, os princípios a serem seguidos neste campo do direito”<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> CAMPELLO, D. *Op. cit.*, p. 309.

<sup>22</sup> SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 96-97.

<sup>23</sup> CASELLA, P. B. *Comunidade européia e seu ordenamento jurídico*, p. 419, nota de rodapé número 4, e p. 423.

<sup>24</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. As instituições do MERCOSUL: comparações e prospectiva. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Coord.). *O MERCOSUL em movimento*, p. 57.

<sup>25</sup> Artigo 4º do Tratado de Assunção: “Nas relações com terceiros países, os Estados-partes assegurarão condições equitativas de comércio. Para tal fim, aplicarão suas legislações nacionais para inibir importações cujos preços estejam influenciados por subsídios, dumping ou qualquer outra prática desleal. Paralelamente, os Estados-partes coordenarão suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial”. Uma interpretação doutrinária do teor do artigo e da frase destacada pode ser acompanhada em FARIA, Werter R. *Disciplina da concorrência e controle das concentrações de empresas no Mercosul*, p. 14-20.

<sup>26</sup> CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, p. 182.

O que o Tratado de Assunção efetivamente determinou, na última frase do referido artigo, foi que os Estados-partes deveriam coordenar suas respectivas legislações nacionais, com o fim de elaborar normas comuns sobre a concorrência comercial. Para atingir esse objetivo, foi designado o Subgrupo de Trabalho n. 10, do Grupo Mercado Comum, responsável pela coordenação de políticas macroeconômicas, a comparação entre as diferentes legislações dos quatro países e a elaboração de propostas de harmonização. Uma delas, após ter sido analisada, foi remetida ao Conselho Mercado Comum, tendo sido aprovada por meio da Decisão n. 21/94 CMC<sup>27</sup>. Esta trouxe a regulamentação provisória do direito de defesa da concorrência aplicável às empresas, não abrangendo os Estados-partes quanto à questão de monopólios e subsídios. Ela teve dois grandes objetivos: estabelecer um sistema provisório de defesa da concorrência e procurar harmonizar as legislações dos Estados-partes em matéria de concorrência. Ambos não foram atingidos, pois ela restou inaplicada e não conseguiu a harmonização legislativa pretendida<sup>28</sup>. A decisão será detalhada futuramente.

### 3.3.b) O modelo a seguir

Em primeiro lugar, admitindo-se que a previsão do Tratado acima vista ensejava um processo legislativo, a discussão passou a ser sobre o modelo a seguir. Um processo de integração deve ter como um dos primeiros objetivos a formação de um espaço de concorrência. Os Estados-partes foram incumbidos de harmonizar as legislações nacionais, mas também de elaborar normas comuns sobre a concorrência. A proteção da concorrência requer regras, bem como instituições. Também é dependente de outros fatores, como a proteção do consumidor, regras de comércio internacional, regras sobre investimentos estrangeiros e sobre propriedade industrial e falência.

O objetivo da política da concorrência é preservar e proteger o processo de concorrência, não competidores, com a intenção de maximizar a eficiência econômica<sup>29</sup>. O bem protegido não é mais o direito dos concorrentes, mas sim o mercado como um todo, seu bom funcionamento e sua estrutura. Este, e não o concorrente, constitui o elemento fundamental<sup>30</sup>. É um objetivo, ainda, assegurar a igualdade das condições da concorrência para os participantes do mercado em um mesmo espaço econômico e também as garantias de acesso e permanência nesse mercado. Além disto, este estudo vislumbra uma outra função para a concorrência, seja o direito dela ou a sua liberdade propriamente dita. E esta é a conformação do

---

<sup>27</sup> FARIA, W. R. 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*, p. 151.

<sup>28</sup> CASELLA, P. B. Direito da Concorrência na UE e no Mercosul. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Mercosul: das negociações à implantação*, p. 349 e CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 185-187.

<sup>29</sup> ROWAT, Malcolm; LUBRANO, Michele; PORRATA JUNIOR, Rafael. *Competition Policy and MERCOSUR*, p. ix. Mas, como lembra SALOMÃO FILHO, não pertence ao direito da concorrência de um processo de integração a tarefa de assegurar a eficiência econômica. SALOMÃO FILHO, C. *Op. cit.*, p. 41.

<sup>30</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 12. O surgimento desta visão pode ser acompanhado em BAPTISTA, L. O. *Origens do direito da concorrência*, p. 17 e em OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 8.



mercado comum<sup>31</sup>. Os objetivos que se quer atingir com uma lei exercem influência na escolha do modelo a ser seguido.

Desde o começo dos anos noventa, possivelmente pelo sucesso das crescentes regulamentações europeias, muitos países passaram a legislar sobre a concorrência<sup>32</sup>. Essas novas legislações estariam orientadas a uma política de concorrência moderna, calcada em legislações exaustivas e que comportam estruturas administrativas com autonomia e poder para aplicação das normas protetoras da concorrência<sup>33</sup>.

Antes da existência de um mínimo de normas, pela total falta de parâmetros, era até impossível fazer uma comparação com as da Comunidade Européia<sup>34</sup>, fato que dificultava, mas ao mesmo tempo facilitava a escolha do modelo a seguir. As disposições do Tratado ensejavam mais dúvidas do que demonstravam objetivos e conteúdos. Quando o Mercosul surgiu, a Comunidade Européia já tinha 40 anos de experiência, por exemplo, na questão da ordem supranacional. Por tal, as tentativas de comparação, como a de CASELLA, eram limitadas a tentar determinar quais parâmetros obtiveram sucesso e poderiam ser transferidos ao Mercosul<sup>35</sup> e a ressaltar o crucial papel desempenhado pelo Tribunal na formação e evolução da estrutura legal da Comunidade. Assim, um discurso comparativo entre as legislações de concorrência de ambos os blocos “devia ser tomado nem para mais, nem para menos do que é: nem para mais, no sentido de que uma visão ‘completa’ ou ‘final’ do problema não é possível (...); nem para menos, no sentido de que a experiência da Comunidade Européia (...) pode ainda prover parâmetros válidos para a integração econômica levada a cabo em outras regiões”<sup>36</sup>. Uma direta transferência de normas poderia não ser exequível. Todavia, soluções de sucesso não deveriam ser desconsideradas, mormente porque as experiências acumuladas em quatro décadas não poderiam ser deixadas à margem<sup>37</sup>. Um processo de integração nascente, sobretudo se envolve um mercado comum, deveria referir-se ao modelo europeu, “por ‘estado de necessidade’”. A Europa comunitária foi e é um laboratório, um banco de provas da integração, cujo desconhecimento significaria a negação de um conjunto imenso de conhecimentos (...)<sup>38</sup>. Já na época asseverava-se que uma regulamentação

---

<sup>31</sup> WAELBROECK, Michel; FRIGNANI, Aldo. *Derecho Europeo de la competencia*, p. 24; von der GROEBEN, Hans. EG-Wettbewerbsregeln und Wettbewerbspolitik als Instrumente der europäischen Integration. In: *WETTBEWERBSORDNUNG im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft: Festschrift für Gunther Hartmann*, p. 105-122 e von der GROEBEN, Hans. *Die Aufgaben der Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt und in der Atlantischen Partnerschaft*, p. 1001-1015.

<sup>32</sup> Na última década este processo foi sensível nos países em desenvolvimento. OLIVEIRA, G. *Op. cit.*, p. 465.

<sup>33</sup> GIMENES, Rafael Urbano. Regime de concorrência das empresas binacionais no MERCOSUL. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *MERCOSUL: integração regional e globalização*, p. 419.

<sup>34</sup> Como observado em CASELLA, P. B. *Op. cit.*, p. 308 e em CASELLA, P. B. *Soberania e aplicação do direito da concorrência na CE e no Mercosul*, p. 118.

<sup>35</sup> Como por exemplo foram os exemplos da Alemanha para a Comunidade Européia. CASELLA, P. B. *A Comparative Approach to Competition Law in the European Communities and the Mercosul*, p. 14-17 e DREXL, Josef. Wettbewerbsverfassung: Europäisches Wettbewerbsrecht als materielles Verfassungsrecht. In: von BOGDANDY, Armin (Hrgs.). *Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge*, p. 767.

<sup>36</sup> CASELLA, P. B. *Op. cit.*, p. 20.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 36.

<sup>38</sup> OTEIZA, Eduardo; TEMPESTA, Guillermo. *El desafío del mercado unico: Su significado en la experiencia de la Comunidad Económica Europea y las perspectivas que ofrece el Mercosul*, p. 3.

da concorrência era uma exigência para a construção de um verdadeiro mercado comum no Cone Sul<sup>39</sup>.

Comparações entre os regulamentos de concorrência do Mercosul e da Comunidade Européia passaram a ser possíveis a partir do surgimento do Protocolo, mas permanecem em aberto no tocante a outros importantes temas, como o da supranacionalidade. Todavia, o mais importante a ressaltar dentre as contribuições comunitárias deve ser a da liberdade de concorrência para a integração das economias e para a formação do mercado comum.

Normativamente, como lembra CASELLA, “Por mais admirável que seja a obra de edificação da unidade européia, essa não é a nossa realidade. Devemos enxergar o que fazem os outros, sem nos esquecermos da ação de contemplação, mas buscando adaptar o que existe, em termos conceituais e institucionais, às nossas condições e necessidades”<sup>40</sup>. Em outra posição está PASSOS, para quem “melhor sorte poderá ocorrer entre nós, se observarmos as experiências européias e a complexa construção tripartite: legislativa-tratados-jurisprudência”, ademais de ser a experiência européia “extremamente fascinante para a busca de uma identidade concorrencial” no Mercosul<sup>41</sup>.

Segundo o modelo pensado por CAMPELLO, um projeto sobre concorrência deveria determinar com precisão o objeto de regulamentação. A primeira questão envolveria saber se as normas comuns seriam somente aplicáveis às afetações interestatais. Depois viriam questões como se as normas seriam aplicáveis aos Estados-partes e às empresas, públicas ou privadas, se comportariam conceitos, em que medida seriam permitidos monopólios, se elas conteriam previsão expressa sobre isonomia de tratamento legal entre empresas públicas e privadas, que tipos de acordos e práticas seriam proibidos, se seriam casuística ou claramente nomeadas, se posição dominante ou só o abuso dela seria punido, onde entrariam as normas processuais e que órgãos seriam competentes para desempenhar a função de fiscalização e julgamento. Já quanto às ajudas, as questões seriam referentes à norma conter uma clara enumeração das formas de ajuda que os Estados poderiam ou não prestar às suas empresas, se conteria a definição de ajuda, possibilidades de certas incompatibilidades serem liberadas e o estabelecimento de órgãos competentes para as questões a elas relativas. Ainda, se seria necessária a previsão de normas sobre as operações de concentração de empresas, a quem seria conferido o processo de avaliação, se a notificação seria *a priori* ou *a posteriori*, sobre quem recairia essa obrigação, a determinação com precisão de quais as situações excepcionais admitidas, os patamares monetários ou percentuais para a caracterização da dimensão comunitária e a previsão de nulidades, entre dezenas de outras matérias nestas três áreas acima. Sobretudo, duas outras questões seriam a definição do sistema a ser adotado, se o da ilicitude, o do abuso ou o misto, segundo o qual certas práticas são proibidas sob reserva de autorização do órgão competente, e a inclusão ou não da atividade agrícola

---

<sup>39</sup> CASELLA, P. B. *Op. cit.*, p. 68. Sobre a necessidade de uma regulamentação da concorrência para a consolidação do mercado comum ver ainda SALOMÃO FILHO, C. *Op. cit.*, p. 37-38.

<sup>40</sup> CASELLA, P. B. Direito da Concorrência na UE e no Mercosul. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). *Mercosul: das negociações à implantação*, p. 310-311.

<sup>41</sup> PASSOS, F. *Op. cit.*, p. 23 e 46, respectivamente.

sob a tutela da concorrência<sup>42</sup>. Todavia, CAMPELLO, ao comparar como ele é e como poderia ser no Mercosul, prende muito a sua sugestão ao direito material e processual do modelo comunitário<sup>43</sup>. Expressa a idéia de que o setor agrícola deveria ser excluído da proibição de concessão de ajudas públicas. Em países em desenvolvimento, como os do Mercosul, essa atividade depende de subsídios, de benefícios fiscais e de créditos bonificados.

As condições de concorrência devem ser asseguradas, segundo SALOMÃO FILHO, em dois diferentes níveis: de um lado a segurança formal de que haverá uma permanente e leal concorrência, e de outro lado, devem ser asseguradas as condições da concorrência em sentido material, o que envolve o estabelecimento de um equilíbrio com relação às regras sobre a produção, armazenamento, distribuição e venda que possam exercer influência sobre as condições de concorrência<sup>44</sup>.

Afastando-se da idéia natural de comparação e importação de modelos existentes, como o comunitário, restaria a preocupação em criar normas próprias ao Mercosul. É visto que não é pretendida uma cópia servil<sup>45</sup> do modelo comunitário, mas tomá-lo como exemplo de integração que tem tido resultados positivos e que se alarga. Neste sentido, CIURO CALDANI tece que os fenômenos de originalidade e recepção são significativos na constituição de modelos integracionistas em um universo em que cada parte recebe influência das demais, apesar de desenvolver-se por si mesma. Perante o modelo comunitário, a primeira idéia é ter o Mercosul como um receptor de modelos. Isso também é um reflexo da tradição dos países da região. Esta recepção pôde e pode desencadear fenômenos ou estágios de dominação. Uma recepção de um modelo externo em um âmbito diferente não assegura que os resultados sejam semelhantes aos da origem, segundo o autor. Isso pode ser observado pelos resultados que teria a recepção de um Parlamento e um Tribunal comunitários no Mercosul, por exemplo, entre outras, possivelmente também de conseqüências catastróficas. Um processo de recepção enfrenta problemas de coerência com o ordenamento normativo receptor e de captação com acerto do conteúdo da vontade dos autores da norma original. Por isso, um processo de recepção deveria ser recebido com vistas à conveniência mais plena para o Mercosul, conclui<sup>46</sup>.

A questão parece estar resumida em saber até onde os países estão preparados para aplicar normas desenvolvidas em um sistema supranacional, em um com diferentes tradições e estruturas jurídicas. Em verdade, há vários modelos sugeridos e mesmo a seguir. CASTAÑEDA, ao analisar o contexto da América Latina, observa que uma cultura de concorrência deve ser desenvolvida, fundada em transparência,

---

<sup>42</sup> CAMPELLO, D. *Op. cit.*, p. 317-336. Sobre a definição do sistema nas normas do Mercosul ver também SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>43</sup> Como observa CAMPELLO, “em um mundo de economia globalizada, (...) não é consentâneo com a realidade falar-se de um direito autóctone, isento de qualquer influência exógena. Ao contrário, é desejável que a aproximação dos países em projetos e experiências comuns traga uma interpenetração de suas ordens jurídicas, permitindo soluções harmônicas para os problemas que passaram a ser de todos. Neste sentido, não é aconselhável falar-se de um pretenso ‘Direito Econômico latino-americano’”. CAMPELLO, D. *Op. cit.*, p. 327.

<sup>44</sup> SALOMÃO FILHO, C. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>45</sup> CAMPELLO, D. *Op. cit.*, p. 294.

<sup>46</sup> Ver mais sobre a questão da opção pela originalidade ou recepção das normas européias em CIURO CALDANI, Miguel Angel. Problemática de la recepción del modelo comunitario europeo en el Mercosur. In: RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto (Org.). *Mercosur: Unión Europea*, p. 243-254.

consistência, empenho firme e profundo, deve haver a presença de uma infraestrutura comum mínima de mercados domésticos, políticas reguladoras e públicas antes que uma política de concorrência encontre aplicação plena, a presença de instituições nacionais, as regras devem ser simples e claramente equipadas com metodologia precisa para a análise de casos, ademais da necessidade de uma norma ser espelhada no contexto internacional<sup>47</sup>.

PEREIRA NETO tratava como um dos passos mais importantes para atingir o mercado comum “a construção de uma forma comum de regulação da concorrência, que, a um só tempo, permita o aumento do fluxo de comércio intra-bloco e coíba as práticas restritivas da concorrência”<sup>48</sup>, em afirmação que pareceu mais um ideal a atingir.

Segundo OLIVEIRA, quando da implementação de políticas de concorrência em economias emergentes, duas posições extremas devem ser evitadas: implementar a política tão devagar que as mudanças necessárias não ocorram e tentar implementar tão rápido e sem a necessária atenção às peculiaridades dos países e aos limitados recursos orçamentários<sup>49</sup>.

Em conclusão, vê-se que as semelhanças entre as propostas oferecidas a um sistema a ser criado e as provenientes de um sistema já existente, isto é, com a lei comunitária, são inafastáveis<sup>50</sup>. Resta a compatibilidade dele com um sistema intergovernamental que, como foi visto, é o que se tem e é o que vai permanecer, bem como a observação do que parece ser a maior contribuição comunitária, não tanto material, qual seja a função desempenhada pela concorrência e pela sua legislação na integração das economias e na conformação do mercado comum.

Ademais da criação de uma lei uniforme de defesa da concorrência, observava-se na doutrina idéias de criação de um tribunal comunitário para a aplicação dos direitos nacionais ou para decidir em cada caso o direito nacional aplicável, remetendo cada um ao país competente<sup>51</sup>. Assim, às questões processuais e de aplicação das regras também eram oferecidas valorosas e instigantes sugestões. A Decisão n. 21/94 CMC é o primeiro efetivo resultado de uma certa opção por um modelo, que se mostrou adequado ao objetivo de mercado comum sob uma intergovernabilidade. Por tal vem tratada a seguir.

### **3.3.c) A Decisão n. 21/94**

O direito já existente no Mercosul apresenta regras provisórias e definitivas. Algumas não passaram do primeiro estágio. E outras, mesmo provisórias, parecem

---

<sup>47</sup> CASTAÑEDA, G. *Op. cit.*, p. 503.

<sup>48</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. *Defesa da concorrência no Mercosul*, p. 119.

<sup>49</sup> OLIVEIRA, G. *Op. cit.*, p. 467, onde apresenta o autor um cronograma que serve de referência para os governos.

<sup>50</sup> Semelhanças e diferenças como um todo entre as regras da Comunidade e do Mercosul podem ser vistas em estudos comparados de MANCERO-BUCHELI, Gabriela. *Anti-competitive practices by private undertakings in ANCOM and MERCOSUR: an analysis from the perspective of EC law*, p. 156-164; de CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, 368 p. e de SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 61-84.

<sup>51</sup> GRINBERG, M. *Op. cit.*, p. 63.

destinadas a permanecer no mundo. A primeira das que efetivamente se pode dizer que se referiu à liberdade de concorrência é a Decisão n. 21/94 CMC<sup>52</sup>.

O Grupo Mercado Comum, em reunião de março de 1992, havia solicitado ao Subgrupo de Trabalho n. 1, sobre assuntos comerciais, a aceleração dos trabalhos que visavam à formulação da proposta de regulamento comum contra práticas desleais de comércio. Posteriormente surgiu a Decisão n. 3/92 CCM, tomada por ocasião da reunião do Conselho de junho de 1992, em Las Leñas, na qual também foi acordado o Cronograma de Las Leñas, contendo o cronograma de realização das etapas do Mercosul. Essa decisão estabeleceu um procedimento transitório para resolver queixas e fez referências sobre práticas desleais de comércio relativas a dumping e subsídios promovidas pelos Estados-partes<sup>53</sup>. Depois, em Assunção, em 1993, foi tomada a Decisão n. 7/93 GMC sobre a defesa contra as importações que sejam objeto de dumping ou de subsídios provenientes de países não-membros do Mercosul<sup>54</sup>.

A primeira medida para o estabelecimento de regras de concorrência e para a garantia de um livre mercado surgiu em dezembro de 1994, na VII Reunião do Conselho Mercado Comum, realizada em Ouro Preto, a mesma reunião do Conselho que aprovou o Protocolo de Ouro Preto. Com efeito, a Decisão n. 21/94 CMC tratou da defesa da concorrência e definição de pautas básicas à formulação do Protocolo de Defesa da Concorrência<sup>55</sup>. Ela, que se dedicou a alguns dos âmbitos antes vistos, utilizou uma cláusula geral de ilicitude ou abusividade e a enumeração não-exaustiva de classes de condutas consideradas proibidas. Assim, impedir significa criar obstáculos, restringir significa suprimir a liberdade de certas decisões econômicas e distorcer<sup>56</sup> significa modificar as condições de troca. No mais, a decisão propôs a harmonização das legislações dos Estados-partes, prevendo normas referentes à punição das práticas restritivas da concorrência e ao controle de concentrações. Essas normas serviriam como parâmetros mínimos, que deveriam ser incorporados e introduzidos aos ordenamentos jurídicos dos Estados-partes, levando à harmonização das leis internas.

---

<sup>52</sup> Um apanhado de várias decisões, resoluções e diretivas do Mercosul sobre a questão da concorrência foi listado por HERZ, Mariana; PEROTTI, Alejandro D. *Influencia del derecho de la integración en el Derecho Privado: derecho de defensa de la competencia*, p. 42-44.

<sup>53</sup> Disponível em DROMI, R. *Código del Mercosur: Tratado, Protocolos, Acuerdos, Declaraciones, Decisiones, Resoluciones, Directivas, Recomendaciones*, p. 1187-1189.

<sup>54</sup> Disponível em DROMI. *Idem*, p. 1241-1263. O tema dumping no Mercosul é tratado em FIGUEREDO, Julio. *Derecho de la competencia e integración económica: la situación en el Mercosur*. In: *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2*, p. 61-72 e em FASULINO, E. J. *Op. cit.*, p. 450-486.

<sup>55</sup> Um projeto de decisão sobre a defesa da concorrência havia sido apresentado pelo Instituto Torcuato Di Tella em 1993 e pode ser conferido em INSTITUTO Torcuato Di Tella. *Op. cit.*, p. 132-138. Ela regularia conjuntamente a atividade das empresas e a dos Estados-membros. O texto legal da decisão aprovada pode ser conferido em ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Frederico V. Magalhães; REIS, Márcio Monteiro. *Código do MERCOSUL: tratados e legislação*, p. 184-186.

<sup>56</sup> O verbo distorcer não é utilizado nem no Tratado de Roma, nem na lei brasileira, mas o é na lei argentina, tanto na antiga como na nova. Para SILVEIRA, “A análise da utilização dos verbos ‘distorcer’ e ‘afetar’ parece, contudo, indicar uma utilização sinônima desses dois verbos nesses diplomas, o que presume a inexistência de figura nova ou de diferença de concepções entre os três ordenamentos quanto a esse ponto específico”. SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 187 e nota de rodapé número 8.

Junto com a referida Decisão foi aprovado um documento intitulado Elementos básicos de defesa da concorrência no Mercosul, ou simplesmente Elementos Básicos ou Pautas Gerais de Harmonização. Esse documento, que detalhava com minúcia os comportamentos proibidos, pretendia harmonizar as leis nacionais relativas à concorrência e criar ações coordenadas para a prevenção de práticas anti-competitivas. O documento tinha quatro concepções principais. A primeira era que todas as práticas concertadas, desenvolvidas por empresas, que tivessem por propósito impedir, distorcer ou restringir a concorrência ou o livre acesso aos mercados do todo ou parte do Mercosul seriam proibidas. A segunda era que o abuso de uma posição dominante também seria proibido. Em terceiro, todas as concentrações que envolvessem firmas que detivessem uma determinada participação no mercado relevante e que pudessem produzir efeitos anti-competitivos deveriam ser examinadas pelas autoridades do Estado-parte envolvido. Por fim, o Estado-parte deveria cooperar para a criação de normas comuns ou procedimentos relativos às leis de concorrência. Isso envolveria a troca de informações, consultas e cooperação técnica. Portanto, já havia elementos de descentralização na normativa do Mercosul.

A Decisão citada também compelia os Estados-partes a submeter informações detalhadas à Comissão de Comércio do Mercosul sobre a compatibilidade de suas leis e propostas internas com o referido documento. Essas informações serviriam para o estabelecimento de uma base com vistas ao projeto de um futuro protocolo de defesa da concorrência no Mercosul.

Os artigos 3º.<sup>57</sup> e 4º. das pautas gerais de harmonização puniam, respectivamente, as práticas concertadas e o abuso de posição dominante, reunindo ambos, pois, as práticas de natureza coletiva e as de natureza individual<sup>58</sup>. Essas regras tinham como inspiração os artigos 81 e 82 TCE. Assim, por exemplo, o fato de que a prática só devesse ser proibida quando produzisse um atual efeito anti-competitivo.

Embora a Decisão contivesse normas muito semelhantes ao artigo 81, n. 1 TCE, ela não comportou a possibilidade de concessão de isenções. Com isso, a mera intenção seria proibida de *per se*, e não seria isenta, mesmo que viesse a produzir eventualmente um efeito pró-concorrencial<sup>59</sup>.

O artigo 4º. proibia o abuso de posição dominante em todo ou em parte substancial do Mercosul. Contudo, não estabeleceu parâmetros para que se admitisse a presunção de existência de posição dominante, indispensável para que seja configurado o abuso. Na lei brasileira, por exemplo, essa presunção é disciplinada, como já visto. Na lição de CUNHA, a referida regra ainda apresentava outra grande falha, qual seja a de não ter estabelecido critério de aplicação da norma, como o de

---

<sup>57</sup> A redação do artigo 4º. do Protocolo de Defesa da Concorrência modificou de forma substancial a redação deste artigo, sem alterar contudo o alcance e o significado de seus termos. *Idem*, p. 71.

<sup>58</sup> Todas as práticas colusórias neles citadas são detalhadamente repassadas, e sempre que possível comparadas com as previsões das leis brasileira e argentina e do Tratado de Roma (ainda que o rol deste seja menor, mas igualmente de caráter exemplificativo), e com a jurisprudência comunitária, em SILVEIRA. *Idem*, p. 207-217. A Decisão, nestes artigos, apresenta uma falta de técnica legislativa, uma vez que ora vale-se de numerais romanos para indicar uma subdivisão do artigo ou cláusula convencional e ora utiliza-se de letras minúsculas. *Idem*, p. 186, nota de rodapé número 6.

<sup>59</sup> MANCERO-BUCHÉLI, G. *Op. cit.*, p. 162.

que as regras somente fossem aplicadas caso o comércio entre os Estados-partes fosse afetado<sup>60</sup>.

A enumeração de sete condutas em cada um dos artigos das pautas gerais tinha caráter meramente exemplificativo, haja vista o uso de expressões como ‘tais como’ e ‘poderá consistir, dentre outras’, que facilmente demonstram a não-exaustividade dos comportamentos anti-concorrenciais vedados no Mercosul.

Não há regra *de minimis* no ordenamento do Mercosul. Mas, segundo MANCERO-BUCHELI, o artigo 5º. da Decisão previu uma ao estabelecer que as práticas levadas à revisão devem ser aquelas que produzam efeitos anti-concorrenciais no todo ou em parte do Mercosul e aquelas que implicam uma concentração econômica igual ou superior a 20 por cento do mercado relevante. A autora viu, com isso, o estabelecimento de uma linha delimitadora entre casos com dimensão comunitária e aqueles que caem em âmbito doméstico e que essa delimitação servia como uma regra *de minimis*<sup>61</sup>. Também de posicionamento favorável à existência de uma tal relativização é SILVEIRA, embora faltassem elementos capazes de permitir uma interpretação que autorize a afirmação da existência de uma apreciação qualitativa no Mercosul. Segundo o autor, “o entendimento de que o Direito não deva consagrar soluções absurdas indica a possibilidade e a conveniência da adoção de tal teoria nas normas da integração”<sup>62</sup>. É necessário observar, todavia, que mesmo ante essa previsão o Protocolo só veio a conter uma regra programática para o controle de concentrações. Mas o mais interessante ponto referente ao artigo 5º. é que ele submete as concentrações ao controle dos próprios Estados-partes. Como já foi visto, a Comunidade Européia parte agora para a efetivação de um sistema mais descentralizado também, embora ainda não nesse tema.

A Decisão trouxe um sistema provisório de solução de controvérsias nas práticas restritivas à concorrência a ser aplicado até que o Protocolo definitivo surgisse. Esse pode ser dividido em três fases: a) fase de resolução voluntária do conflito pela aplicação, por parte do Estado no qual ocorre a infração, de sua lei nacional, segundo o Protocolo de Ouro Preto; b) tentativa de composição entre as partes, por meio do sistema de solução de controvérsias perante a Comissão; e c) solução do conflito por intermédio do Protocolo de Brasília<sup>63</sup>, que na época não estava em vigor.

Dentre várias possíveis, CUNHA oferece ao sistema a crítica de que ele só funcionaria com a participação de dois Estados. Os particulares não tomam parte diretamente desse procedimento. Para que eles fizessem valer seus direitos, “o Estado no qual residiam deveriam encampar suas pretensões, exercendo a proteção diplomática, (...) podendo, inclusive, renunciar ao direito de demandar a reparação (é ato discricionário). Sendo assim, os particulares poderiam não conseguir o ressarcimento dos danos sofridos. Ademais, a pretensão não era exercida contra o agente infrator, mas contra o Estado no qual está localizado, devendo este impor suas

---

<sup>60</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 189.

<sup>61</sup> MANCERO-BUCHELI, G. *Op. cit.*, p. 161.

<sup>62</sup> SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 189.

<sup>63</sup> Estes mecanismos podem ser melhor conhecidos em CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 190-194. Ver sobre o recurso ao procedimento estabelecido pelo Protocolo de Ouro Preto ou ao de arbitragem segundo o Protocolo de Brasília em detalhes em MANCERO-BUCHELI, G. *Op. cit.*, p. 169-170.

normas internas contra o agente econômico infrator”<sup>64</sup>. Segundo o autor, tal sistema trata-se de elemento de conexão unilateral, que determina a lei aplicável, evitando-se o conflito espacial de leis. Todavia, o emprego de outra regra de conflito, que determinasse a aplicação do direito do país no qual se produzissem os efeitos, segundo ele também não solucionaria o problema. Ambos os sistemas não solucionam problemas graves, como o de quando a prática for cometida por infratores localizados em dois ou mais Estados, ou gere efeitos em dois ou mais países. Outra crítica refere-se à tímida participação dos órgãos do Mercosul nas soluções de controvérsias envolvendo práticas anti-concorrenciais. Apenas na segunda fase do processo decisório é que a Comissão agiria como órgão técnico, já que a primeira era a de resolução voluntária<sup>65</sup>.

Diferentemente do que faz o ordenamento comunitário, a Decisão não estabeleceu sanções concernentes à consequência de práticas anti-competitivas, nem mesmo a nulidade. Apenas prevê o artigo 4º, alínea b, que o Estado-parte aplicará, quando pertinente, as sanções correspondentes, de acordo com o seu ordenamento jurídico interno<sup>66</sup>, bem como a alínea c faz remissão aos sistemas de solução de controvérsias, que por sua vez falam em medidas compensatórias temporárias, no artigo 23 do Protocolo de Brasília, por exemplo.

Por fim, deve ser destacado que a Decisão deixava ao Grupo a opção entre adotar o projeto como Protocolo ou se este só seria um instrumento de referência ao qual as legislações nacionais deveriam se adequar<sup>67</sup>. Como instrumento de referência, estaria a Decisão servindo a uma mercosulização das normas, como será visto em sede de conclusão. Certo é que, em um primeiro momento, nem ela, nem o futuro Protocolo, como se verá, haviam sido concebidos para suprir a lacuna de legislações no Paraguai e no Uruguai.

Uma avaliação de CUNHA sobre a Decisão assevera que ela era de difícil aplicação prática, até porque não dispunha de aplicabilidade direta, segundo o Protocolo de Ouro Preto. De fato, ela não alcançou nenhum dos seus objetivos, pois não foi aplicada e nem conseguiu a harmonização das legislações nacionais durante o período provisório que se estenderia até a adoção do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul. Todavia, representou um marco, especialmente se for vista como primeira tentativa de esboço do sistema de defesa da concorrência no Mercosul<sup>68</sup>, melhor caracterizado posteriormente com o Protocolo surgido, a seguir avaliado.

### 3.3.d) A Decisão n. 18/96

Em cumprimento à Decisão anteriormente vista, de caráter provisório, cujo artigo 3º. determinava a obrigação de criar-se um estatuto definitivo de defesa da

---

<sup>64</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 194-195.

<sup>65</sup> *Idem*, p. 194-199.

<sup>66</sup> Algumas sanções de acordo com os ordenamentos jurídicos internos brasileiro e argentino estão citadas em SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 198-199.

<sup>67</sup> RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *El derecho de la competencia*, p. 171 e CAMPELLO, D. *Op. cit.*, p. 317-318.

<sup>68</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 199.



concorrência no Mercosul, a Diretiva n. 1/95 CCM instituiu dez Comitês Técnicos<sup>69</sup>, entre eles o Comitê Técnico n. 4, sobre políticas públicas que distorcem a concorrência, e o Comitê Técnico n. 5. Pela relevância do tema para este estudo, os trabalhos do Comitê Técnico n. 4 serão posteriormente estudados à parte.

Em maio de 1995 o Comitê Técnico n. 5 para a legislação de concorrência da Comissão de Comércio do Mercosul<sup>70</sup> aprovou um projeto de protocolo para a defesa da concorrência no Mercosul. Esse projeto estava muito vinculado aos elementos básicos já conhecidos. Ele recebeu também forte influência de um projeto brasileiro<sup>71</sup>. Ademais, seguiu muito de perto a linguagem dos artigos 81 e 82 do Tratado de Roma.

Ocorre que a legislação europeia é válida apenas nos casos nos quais os acordos possam afetar o comércio entre os Estados-membros. Isto quer dizer que há práticas que remanescem na esfera da aplicação de leis nacionais, e que a consequência disto é uma coexistência de legislações. Na visão de ROWAT, LUBRANO e PORRATA JUNIOR o projeto não parecia fazer tal distinção. Para eles, ela “era obscura enquanto o projeto procurava a) harmonizar a lei dos Estados-partes, tornando certos tipos de práticas proibidos, ou b) tornar certos tipos de práticas proibidos somente se (na linguagem do Protocolo) eles afetassem a concorrência ‘no todo ou em parte do Mercosul’. Esta distinção é crítica porque dois dos Estados-partes do Mercosul (Paraguai e Uruguai) não têm regimes legais de concorrência ainda e os dos dois outros (Argentina e Brasil) não são compatíveis entre si”<sup>72</sup>. Ainda segundo os autores, esse problema poderia ser solucionado de dois modos: ou pela harmonização das leis nacionais e acordos de cooperação entre as autoridades, ou pela criação de uma instituição a nível de Mercosul encarregada da regulamentação de uma lei de concorrência em ambiente comunitário, permanecendo com as autoridades nacionais a responsabilidade de regulamentação da concorrência nos níveis nacionais. Na época, devido à natureza do Mercosul, a primeira solução parecia a única aceitável.

Na última reunião sobre a discussão do projeto, realizada em novembro de 1996, o Comitê Técnico aprovou, por consenso, uma ata de defesa da concorrência. A delegação argentina estabeleceu que a ata não poderia ser considerada como projeto comum de defesa da concorrência, pois não incluiu uma seção referente à ajuda de Estado<sup>73</sup>, apesar de a mesma constituir uma distorção da igualdade de condições para competir. A delegação brasileira considerou cumprido o encargo outorgado ao Comitê, observou que o tema ajuda de Estado estava previsto na Decisão n. 20/94, sendo assunto a ser tratado no Comitê Técnico n. 4 e que o projeto acordado no Comitê n. 5 não era mesmo para conter disposições a respeito. A delegação uruguaia

---

<sup>69</sup> Listados em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. Análisis jurídico: El derecho de la competencia en el Mercosur. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 167, nota de rodapé número 4.

<sup>70</sup> O processo legislativo a cargo dos comitês técnicos pode ser conhecido em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. La toma de decisiones en el Mercosur. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 139.

<sup>71</sup> ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>72</sup> *Idem*, p. 95.

<sup>73</sup> PALMA, Maria João. Direito da concorrência na Comunidade Europeia: perspectivas para o Mercosul. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade*, v. 2, p. 311-312.

opinou que o texto definitivo do Protocolo deveria necessariamente contemplar um tema de fundamental importância como ajuda de Estado<sup>74</sup>.

O resultado das negociações foi a Decisão do Conselho Mercado Comum n. 18/96<sup>75</sup>, conhecida como Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, assinada em 17 de dezembro de 1996, na cidade de Fortaleza, durante uma reunião denominada Cúpula, que se realiza duas vezes por ano, concentrando o Conselho Mercado Comum e os presidentes dos Estados-partes. É possível dizer que o fundamento do Protocolo é o artigo 4º. do Tratado de Assunção. De acordo com o Protocolo de Ouro Preto, uma decisão é obrigatória, mas não tem aplicação imediata, uma vez que deve ser internalizada por cada um dos Estados-partes, segundo o procedimento que estes considerem adequado.

Em observações preliminares, tem-se que o Protocolo não incluiu a cláusula de proibição às ajudas dos Estados, que era a proposta da Argentina. Vale lembrar que isso já havia ocorrido com a Decisão n. 21/94 CMC. Por tal fato é dito que o Protocolo não satisfaz totalmente as expectativas jurídicas e políticas<sup>76</sup>. Possui, sim, grande similitude com a lei brasileira e com as diferentes fontes comunitárias<sup>77</sup>. Segundo OLIVEIRA, ele parece adequado em três áreas: adoção da regra da razão, em detrimento do rígido critério do ilícito *per se*, previsão da implementação de um controle de concentrações e estabelecimento de mecanismos de cooperação entre as agências de concorrência nacionais<sup>78</sup>.

O Protocolo apresenta três características principais. A primeira é que todas as práticas concertadas cujo propósito ou efeito seja limitar, restringir, falsear<sup>79</sup> ou distorcer a concorrência ou o livre acesso ao mercado ou que abuse de uma posição dominante no mercado relevante de bens e serviços dentro do Mercosul, e que afete o comércio entre os Estados-partes, são contrárias a ele. A segunda é que a Comissão de Comércio do Mercosul e o Comitê de Defesa da Concorrência executarão as normas estabelecidas nele. Por fim, que as agências nacionais adotarão medidas para estabelecer uma cooperação entre si com vistas à sua implementação. Observa-se que a previsão de descentralização foi mantida.

---

<sup>74</sup> Di BIASE, Hector N. *Regime Jurídico da Concorrência*, p. 68-69.

<sup>75</sup> Os passos do encaminhamento legislativo da proposição até o surgimento do Protocolo podem ser vistos em CAMPELLO, D. *Op. cit.*, p. 325-327. Algumas limitações de um tal documento para o desenvolvimento da política de concorrência no Mercosul foram arroladas em OLIVEIRA, G. *Aspects of Competition Policy in Mercosur*, p. 37-41. O texto legal pode ser conferido em ARAUJO, N. de; MARQUES, F. V. M.; REIS, M. M. *Op. cit.*, p. 167-180; em DROMI, R. *Competencia y monopolio: Argentina, Mercosur y OMC*, p. 405-418 e em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 185-192.

<sup>76</sup> PASCAR, N. *Op. cit.*, p. 217.

<sup>77</sup> A Comunidade Européia completou o sistema da concorrência previsto no Tratado de Roma com outras normas de direito secundário. O Mercosul teria se valido de forma decisiva de todas estas diferentes fontes (*the whole acquis communautaire*) para moldar o seu próprio ordenamento. MANCERO-BUCHELI, G. *Op. cit.*, p. 149.

<sup>78</sup> OLIVEIRA, G. *Competition policy in Brazil and Mercosur: aspects of the recent experience*, p. 486.

<sup>79</sup> O Protocolo acrescentou o verbo falsear. Segundo SILVEIRA, isso “não tem muita significação prática em outras legislações nas quais é utilizada (...). Existe uma aplicação bastante ampla da matéria de concorrência em todas as práticas que, de modo geral, prejudiquem as trocas no mercado comunitário”. SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 188. Também sobre a utilização pela doutrina de um único termo para todos os casos ver RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 69. Sobre a importância dos verbos para configurar os ilícitos ver DROMI, R. *Op. cit.*, p. 90-91.

Esse Protocolo traz dez capítulos e trinta e sete artigos aplicáveis em todo o bloco. Estabelece a competência dos órgãos comuns de defesa da concorrência, determina quais os ilícitos combatidos, o procedimento a ser seguido na apuração e repressão das práticas, as penas aplicáveis aos agentes econômicos infratores, os procedimentos de cooperação entre os órgãos de defesa da concorrência nacionais, a possibilidade de celebração de compromissos de cessação de prática e a forma de solução de controvérsias. Ainda, a título de exemplo, o Capítulo II enumera as práticas e condutas restritivas à concorrência, o IV institui a Comissão de Comércio e o Comitê de Defesa da Concorrência como órgãos de aplicação do Protocolo, o V trata dos seus procedimentos de aplicação e o Capítulo VI se refere ao compromisso de cessação da prática investigada. Não se afastou, todavia, de algumas das ambigüidades constadas da Decisão n. 21/94 CMC<sup>80</sup>.

No novo documento, em seu artigo 4º., houve a substituição da expressão ‘em todo ou em parte substancial do Mercosul’, constada da Decisão n. 21/94, por ‘no mercado relevante de bens ou serviços’. Esta alteração não leva a supor que não tenha mantido semelhante entendimento, segundo SILVEIRA, para quem inclusive a substituição da expressão ‘parte substancial’ por ‘mercado relevante’ parece ser mais apropriada e atende melhor ao rigor técnico<sup>81</sup>. Enfim, esses câmbios não alteraram os requisitos de afetação do mercado relevante.

A pergunta de qual é o âmbito de aplicação das regras do Protocolo poderia conduzir, como avilta GIMENES, ao entendimento de que ele seria uma mera agenda que previsse o prazo em que os Estados-partes deveriam promulgar leis antitruste, atendendo a idéia de que ele serviria apenas a regular uma harmonização, o que, na verdade, era uma das alternativas deixadas em aberto ao Grupo Mercado Comum pela Decisão n. 21/94. Todavia, “Se assim fosse, não faria sentido constarem do Protocolo diversos ilícitos tipificados e previsões de penalidades”<sup>82</sup>. O Protocolo apresenta normas cogentes e imperativas, inafastáveis, portanto, pelas partes, motivo pelo qual ele é sempre aplicado, concordem aquelas ou não. Um estudo mais detalhado de suas regras será feito agora e consolidará essas idéias.

O preâmbulo estabelece as razões que motivaram a sua realização. A importância dele pode ser expressada em duas vertentes: “a) exposição das circunstâncias e motivos que levaram os redatores a formulá-lo e b) fonte de revelação das intenções das partes envolvidas na negociação”<sup>83</sup>.

O âmbito material do Protocolo refere-se às partes e matérias sujeitas a ele. Segundo o artigo 1º., o Protocolo tem por objeto a defesa da concorrência dentro do território dos Estados-partes. Sempre reafirmando, a concorrência desempenha um importante papel no processo de integração. Os legisladores optaram por adotar um sistema de economia livre de mercado, bem como previram o objetivo de constituição de um mercado comum. Este objetivo só é atingido através da garantia da liberdade

---

<sup>80</sup> Apontadas em ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 96.

<sup>81</sup> SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 123.

<sup>82</sup> GIMENES, R. U. *Op. cit.*, p. 424.

<sup>83</sup> MARTINS, Alexandre Marques da Silva. O Direito da Concorrência no MERCOSUL após o Protocolo de Fortaleza. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *MERCOSUL: integração regional e globalização*, p. 571.

de exercício das atividades econômicas em um ambiente com adequadas condições de concorrência. Barreiras, cuja eliminação é essencial para tanto, não devem poder voltar a existir em função de práticas privadas, ou mesmo públicas, estas as mais nefastas.

A defesa de que isso não venha a acontecer é direito garantido em decorrência de uma outra liberdade, que deve ser desenvolvida em paralelo àquelas, qual seja justamente a liberdade de concorrência. Sem esses pressupostos, não haverá mercado comum. As conseqüências de uma área em que a concorrência dominasse não se resumiriam ao atingimento do mercado comum, mas permitiriam o crescimento do tráfego comercial, estímulo e melhoria da atividade econômica e o aumento da competitividade do bloco, além das inúmeras outras vantagens que este trabalho tem citado. Uma questão daí decorrente parece ser como desenvolver a liberdade de concorrência e, conseqüentemente, atingir de forma mais rápida o mercado comum. Um Protocolo para a tutela dessa liberdade já existe, ora é estudado pela maioria dos integracionistas, mas ainda não está plenamente em vigor. A visão dela como uma quinta liberdade econômica fundamental pode ser uma alternativa, levando em conta que na Comunidade Européia as liberdades fundamentais receberam sempre certa prioridade em relação à defesa da concorrência, como na questão do efeito direto, por exemplo. Esses temas vêm sendo pontualizados desde o primeiro capítulo deste estudo.

O artigo 2º. do Protocolo disciplina que as suas regras 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. O caput deste artigo é bastante semelhante ao do artigo 20 da lei brasileira. Ambos foram influenciados pelo artigo 81 TCE. Com efeito, no que tange aos agentes econômicos que se sujeitam às diretrizes do Protocolo, este dispôs que todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado ou outras entidades estarão regidas por ele<sup>84</sup>. Com o uso da expressão outras entidades, o legislador deu a entender que o agente econômico não precisa estar revestido de personalidade jurídica, bem como não necessita ter fins lucrativos. Quanto a essa não-obrigatoriedade, o Protocolo seguiu os mesmos passos do Tratado de Roma. Ao usar a expressão entidades, valeu-se o Protocolo para incluir diversas formas de associação no seu universo de aplicação. De fato, o Conselho do Mercosul adotou em seus pronunciamentos um conceito amplo de empresa, que desempenha para a delimitação do âmbito de aplicação da legislação um papel decisivo<sup>85</sup>.

No Mercosul, todos os âmbitos da atividade econômica são abrangidos pelas regras da concorrência, diferentemente do que ocorre na Comunidade Européia. Mas o artigo 2º., por seu parágrafo único, contém uma espécie de exceção, segundo

---

<sup>84</sup> Já a Decisão n. 21/94 não forneceu evidências sobre a interpretação dada aos termos agentes econômicos e empresas. Vale lembrar que o mesmo fenômeno se passou na Comunidade, onde eles vieram a ser desenvolvidos e definidos somente pela jurisprudência do Tribunal. Sobre a indefinição do conceito de empresa e de agente econômico no Estatuto de empresas bi-nacionais argentino-brasileiras, nas Decisões ns. 21/94 e 18/96 do Mercosul, na lei brasileira e na antiga lei argentina de concorrência, ademais de no direito comunitário até o surgimento do Caso Mannesmann, ver SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 61-69. Caso Mannesmann c. Alta Autoridade, EuGH, Slg. 1962, p. 717.

<sup>85</sup> RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 59.

RAMOS<sup>86</sup>. O desempenho regular de atribuição legal conferida a determinadas empresas não deve ser impedido pela aplicação das regras da concorrência. Várias são as possibilidades que os Estados-partes têm para a obstrução dos mercados e reerguimento de barreiras que afetem o comércio transfronteiriço, como já visto. No caso dos monopólios, esses impedimentos resultam das suas próprias estruturas<sup>87</sup>.

Já foi visto que o Protocolo também é aplicado para pessoas de direito público que tenham participação na vida econômica, isto é, baseia-se na igualdade de tratamento entre privados e públicos. Como na Comunidade, aqui se tenta evitar que o Estado se valha de sua influência para afastar tais órgãos públicos do âmbito de aplicação das regras da concorrência. Por isso, a regra comentada é vista como especial. O Protocolo não se aplica a empresas monopolísticas, quando o desempenho da atribuição legal que foi dada a elas resultar prejudicado por essa aplicação. Essa exceção diz respeito unicamente ao cumprimento da tarefa citada e é vista como uma possibilidade de isenção, já que, presentes as condições, as empresas são liberadas de prestarem atenção às regras. Uma tal regra, como já visto, é tida no ordenamento comunitário. Em conteúdo os artigos parecem conter a mesma abrangência, o que permite inclusive uma comparação. Portanto, pode o Mercosul vir a utilizar o desenvolvimento tido pelo assunto na Comunidade para a aplicação da sua regra.

Em conclusão, os Estados podem continuar a dispor de empresas com direitos monopolísticos. As limitações que estas empresas vierem a promover devem ser combatidas com a aplicação do Protocolo. A exceção legal estudada permite a invocação do cumprimento da tarefa que foi delegada a uma empresa para o afastamento da aplicação da norma. Uma aplicação prática da norma só será possível acompanhar com a sua efetiva entrada em vigor.

Quanto ao âmbito espacial, também depreendido do artigo 2º., o Protocolo visa disciplinar o direito antitruste no espaço geográfico compreendido entre os territórios dos Estados-partes. Mas não limita a incidência dos seus dispositivos a este espaço chamado de âmbito do Mercosul. Para a incidência das normas, não há necessidade de que o agente econômico, que incorra em infração, tenha de estar localizado no território dos Estados-partes. De fato, neste artigo 2º. também é postado o princípio do efeito ou aplicação extraterritorial da legislação concorrencial do Mercosul<sup>88</sup>. Assim, o efeito deve se dar no espaço econômico, como já disciplinava o artigo 5º. da Decisão n. 21/94. Tal basta para que agentes econômicos não estabelecidos no Mercosul venham a submeter-se às suas regras, desconsiderando

---

<sup>86</sup> Ver mais sobre o assunto do exercício do monopólio estatal por empresas, cujo tratamento é feito no Protocolo de forma um pouco divergente do que nas legislações do Brasil e Argentina, em RAMOS. *Idem*, p. 51, 57, 60 e 169-171.

<sup>87</sup> *Idem*, p. 169.

<sup>88</sup> BASEDOW, Jürgen. *Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkung*, p. 21; RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 60 e OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 375-384. Tal opção de elemento de conexão é plenamente válida perante o direito internacional público. SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 156. Críticas à técnica redacional deste artigo podem ser vistas em MARTINS. Para o autor, “Ao estabelecer que as disposições do Protocolo serão empregadas quando houver atos que ‘tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do MERCOSUL’, não era necessário também afirmar que estes mesmos atos devam afetar o comércio entre os países do bloco econômico. Isso porque se um ato irradia seus efeitos no MERCOSUL, é consequência natural que, ao mesmo tempo, atinja as relações comerciais entre os Estados-partes”. MARTINS, A. M. da S. *Op. cit.*, p. 574.

aqui os problemas que esse princípio apresenta e que são ensejadores de uma proposta de um código internacional da concorrência, já vistos.

A primeira questão é saber se o mercado geográfico necessita envolver dois Estados-partes ou bastaria uma parte substancial do mercado relevante, mesmo que limitada a um Estado-parte. Diferentemente do Tratado de Roma, o Protocolo não é claro nesse aspecto, motivo pelo qual a doutrina inclina-se a exigir a transfronteiricidade do prejuízo para a sua invocação<sup>89</sup>. Outras questões doutrinárias envolveriam discussões sobre cláusula de interestatalidade (que, como na Comunidade, aqui também tem a dupla função de ser norma de colisão no artigo 2º. e elemento de hipótese legal de norma material no artigo 4º.), afetação do comércio (já que o Mercosul não se manifesta sobre as afetações potenciais<sup>90</sup>) e afetação sensível (já que devido ao tamanho do Paraguai e Uruguai não era esperado que a afetação devesse ser de forma significativa), bem como uma outra série de raciocínios, que surge uma vez decidida a amplitude da aplicação do texto, que poderia ser levantada tendo em vista a doutrina da barreira dupla ou única ou de um efeito fático desalojador quando uma afetação da concorrência atingisse dois Estados-partes, ainda que a cláusula da interestatalidade não tenha força para excluir a aplicação das leis nacionais, mas o espaço não permite.

Como sabido, um caso pode estar submetido à várias leis nacionais (já que Argentina e Brasil aderiram à doutrina dos efeitos, por exemplo) e ainda à legislação integracionista. Uma paralela aplicação das legislações apresenta-se como possível também no Mercosul, e até mesmo recomendável devido à fraqueza institucional<sup>91</sup>, embora temerosa pelo mesmo motivo. Aí a questão passa a ser qual direito possui primazia. Esses assuntos já foram vistos detalhadamente na parte que tratou da disciplina comunitária, motivo pelo qual aqui não serão repetidos<sup>92</sup>.

MARTINS cogita esse eventual conflito de aplicação com a lei brasileira de concorrência. Esta dispõe que os seus artigos serão observados sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil. Assim, a lei reconhece expressamente a supremacia de tratados internacionais que tratam da matéria e estejam em vigor no Brasil. Por tal, segundo o autor, inexistiria conflito entre os dois diplomas quando o Protocolo ingressasse no ordenamento interno<sup>93</sup>.

Outra espécie de conflito de aplicação é vista por GIMENES. Supõe o autor que agentes argentinos formem um cartel para expulsar do mercado relevante argentino um exportador brasileiro e passem, posteriormente, a abusar da posição dominante<sup>94</sup>. Essa prática incorreria nas leis argentina e brasileira. A solução dada é que “uma vez que seja possível a aplicação das normas do Protocolo, é unicamente este que deverá ser aplicado. (...) não assiste aos Estados-partes avocar para si o direito de aplicar sua legislação nacional num caso em que é sua obrigação obedecer às normas do Protocolo. Proceder dessa forma seria descumprir o próprio Tratado de

---

<sup>89</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 272.

<sup>90</sup> Sobre esta sensível diferença com o regimento comunitário ver RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>91</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 279 e 305.

<sup>92</sup> Podem ser também acompanhados em RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 60-67 e em BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 274-279.

<sup>93</sup> MARTINS, A. M. da S. *Op. cit.*, p. 580.

<sup>94</sup> Outros exemplos de conflitos hipotéticos podem ser vistos em GRINBERG, M. *Op. cit.*, p. 56.

Assunção e colocar em risco o processo integratório”<sup>95</sup>. Isso é evidente no caso argentino apenas, onde a constituição garante primazia aos tratados perante a lei nacional. E seria também para um caso envolvendo o Paraguai. Já para o Brasil e para o Uruguai poderia ser invocado o princípio da *lex specialis* para garantir a aplicação do Protocolo.

Do contrário, para um caso cujos efeitos à concorrência se restrinjam ao território exclusivo de um Estado-parte, segundo o artigo 3º. do Protocolo é da competência exclusiva deste regulá-lo. Essa norma não exclui que o Estado aplique a sua legislação a casos transfronteiriços, isto é, os que não se restrinjam ao seu território, que também afetem o seu mercado nacional, como o segundo visto acima. A partir desse conflito seria possível retornar a toda a discussão tida no capítulo anterior, mas tal não se faz necessário.

Quanto ao âmbito temporal, o Protocolo terá validade a partir do trigésimo dia do depósito do segundo instrumento de ratificação, em relação aos dois primeiros Estados-partes que o ratificarem, e em se tratando dos demais participantes, no trigésimo dia depois de feito o devido depósito do instrumento de ratificação, segundo o artigo 33. O governo do Paraguai é o encarregado de ser o depositário do Protocolo e dos instrumentos de ratificação e de notificar os governos dos outros países da data da entrada em vigor do Protocolo e da data dos depósitos dos instrumentos de ratificação. O Protocolo foi ratificado inicialmente pelo Paraguai e com a ratificação também do Brasil, pelo Decreto n. 3.602/00, entrou em vigor entre estes dois países em 8 de setembro de 2000, mas ainda não foi aplicado<sup>96</sup>. Mesmo assim o Protocolo teve seu regulamento aprovado em 5 de dezembro de 2002 com o Acordo para a Regulamentação da Aplicação do Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul<sup>97</sup>.

Vistas essas preliminares informações, em um sistema em que vigoram os princípios da livre concorrência e iniciativa, é natural o uso de poder econômico por

---

<sup>95</sup> GIMENES, R. U. *Op. cit.*, p. 429.

<sup>96</sup> Com a ratificação, demonstrou o Brasil “o seu interesse em formalizar regras de extrema importância para o correto funcionamento do mercado na região, como consequência do processo de integração econômica”. ANDRADE, Maria Cecília. *A defesa da concorrência no Mercosul e o Protocolo de Fortaleza*, p. 47. Na Argentina, onde a doutrina aponta que a ratificação do Protocolo conta com meia sanção do Senado desde 19 de novembro de 1997, ele até já foi citado em decisões fundadas na legislação nacional da concorrência, em especial no Caso Ambito Financiero c. Clarín. BOGO, Jorge. Caso AMFIN (Ambito Financiero) vs. ARGEA (Clarín): Comentario al fallo de la Cámara Penal Económica. In: CORREA, Carlos María (Dir.). *Derecho de la competencia*, p. 15 e DROMI, R. *Op. cit.*, p. 265-270. A decisão está publicada em CORREA, Carlos María (Dir.). *Derecho de la competencia*, p. 427-478. Algumas razões da Argentina e do Uruguai para a não-ratificação podem ser vistas em DIOS KOSTIANOVSKY, Olga E. *Paraguay and Uruguay in Mercosur: using competition policies as an equalizing tool*, p. 106 e em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. Análisis jurídico: El derecho de la competencia en el Mercosur. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 168.

<sup>97</sup> Com este, assinado em Brasília, foi instituído o Comitê de Defesa da Concorrência e foram estabelecidas questões procedimentais. Não existe até o presente momento qualquer informação sobre o depósito dos instrumentos de ratificação do acordo em questão. MARQUES, F. do V. M. *Op. cit.*, p. 85, nota de rodapé número 9; ANDRADE, M. C. *Competition law in Mercosur: recent developments*, p. 11 e OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 393. O seu texto pode ser conferido em [www.sice.oas.org/trade/mrcsr/agcompop.asp](http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/agcompop.asp) e em *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Bruxelas, fev. 2003, n. 16, p. 191-195, disponível no site <http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/>.

parte de agentes com o objetivo de imporem-se em relação aos seus concorrentes. É possível até ser dito que o objetivo mesmo é a destruição de seus rivais, para que não causem mais incômodo. Esquecem, esses agentes, que a concorrência é salutar para a manutenção do próprio mercado. Por tal é normal que os legisladores, em uma lei de concorrência, legislem sobre as infrações cometidas contra esta, especialmente em mercados onde novas formas de restrição à livre iniciativa surgem rapidamente.

Com efeito, o artigo 4º. do Protocolo apresenta uma descrição geral e o artigo 6º. uma enumeração específica, sistemática esta que não se afasta da utilizada por Argentina e Brasil. Na descrição geral, observa-se que constituem infrações às suas normas, independentemente de culpa, os atos, individuais ou concertados<sup>98</sup>, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens e serviços no âmbito do Mercosul e que afetem o comércio entre os Estados-partes<sup>99</sup>. Observe-se que, diferentemente dos artigos 3º. e 4º. da Decisão n. 21/94, o Protocolo reuniu num mesmo artigo as práticas de natureza coletiva e as de natureza individual<sup>100</sup>, já que a segunda regra fundamental da descrição geral é a punição do abuso de posição dominante. A regra de afetação comportada pelo artigo é muito semelhante à regra da afetação sensível do direito comunitário, como já mencionado. A influência da lei brasileira também é sensível. Diferencia-se desta última, todavia, por prever a punição aos impedimentos ao acesso ao mercado.

Em verdade, os dois grandes documentos normativos vistos até aqui contêm uma estrutura de caracterização das condutas proibidas por meio da combinação de dois elementos, quais sejam, a utilização de uma cláusula geral de ilicitude ou abusividade e da enumeração não-exaustiva de classes de condutas consideradas proibidas<sup>101</sup>.

O artigo 4º. orienta-se pela responsabilidade objetiva, isto é, o empresário estará sujeito às normas de defesa da concorrência mesmo se não agir com dolo, imprudência, negligência ou imperícia. Se existe o comportamento, não é necessário provar a culpa sempre que a conduta se enquadre na descrição do artigo. Para GIMENES, “é compreensível que assim seja, pois, como visto, a defesa da concorrência é fundamental para o futuro do Mercosul”<sup>102</sup>. Para MARTINS, esta manifestação reflete “os novos ventos do direito antitruste”<sup>103</sup>. Para SILVEIRA, mesmo que tal inexigibilidade não tenha constado da Decisão n. 21/94, a

---

<sup>98</sup> Termo que, segundo RAMOS, por abranger também outros fenômenos, não é comparável com o termo práticas concertadas do artigo 81 TCE, já que neste os outros fenômenos vêm expressamente citados. RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 76.

<sup>99</sup> Sobre a adequação do artigo 4º. do Protocolo ao artigo 173 da Constituição brasileira, em especial pela não-previsão desta de abuso de posição dominante como um meio autônomo de desrespeito às regras estruturais da ordem econômica, ver MARTINS, A. M. da S. *Op. cit.*, p. 582-584.

<sup>100</sup> SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 217.

<sup>101</sup> Artigos 3º. e 4º. das Pautas Gerais da Decisão n. 21/94 e artigos 4º. e 6º. do Protocolo de Defesa da Concorrência. *Idem*, p. 185; HERZ, M.; PEROTTI, A. D. *Op. cit.*, p. 51 e VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. La defensa de la competencia en la Unión Europea y en Mercosur. In: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (Coord.). *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, p. 186-188.

<sup>102</sup> GIMENES, R. U. *Op. cit.*, p. 427.

<sup>103</sup> MARTINS, A. M. da S. *Op. cit.*, p. 584-586.



comprovação da culpa para a caracterização das normas de defesa da concorrência era desnecessária<sup>104</sup>.

Desvincula-se a norma do Mercosul de uma territorialidade forte, pois pode haver um ato praticado no Brasil, por exemplo, cujos efeitos sejam a expulsão de um agente, de nacionalidade argentina, do mercado brasileiro<sup>105</sup>. Esse ato, por seus efeitos em mais de um país, apesar de praticado unicamente no Brasil, atenta contra a norma da concorrência. Não se pode dizer, então, nem que a nacionalidade dos agentes nem o território de prática do ato determinam a aplicação do Protocolo.

Ainda sobre o estudo do artigo 4º., questiona GIMENES se é possível utilizar válvulas de escape, como a *rule of reason* ou as isenções governamentais, que criem exceções a tal regra. O autor responde afirmativamente a questão, dentro de certos limites. Pondera que um dos objetivos de normas antitruste é implementar políticas públicas. Sendo assim, ao menos a *rule of reason* seria aplicável também ao Protocolo<sup>106</sup>.

Seguindo na disposição, o artigo 5º. exclui de forma clara de seu âmbito de incidência os monopólios naturais.

O artigo 6º. do Protocolo, como já anunciado, traz dezessete condutas de caráter horizontal e vertical que podem constituir práticas restritivas da concorrência<sup>107</sup>. A lista de condutas reprovadas é meramente exemplificativa, uma vez que o marco geral é disciplinado no artigo 4º. Assim já era para a enumeração de condutas contida nas Pautas Gerais, haja vista a repetição do uso de expressões como ‘além de outras’, que facilmente demonstram a não-exaustividade dos comportamentos anti-concorrenciais vedados no Mercosul.

---

<sup>104</sup> Afirmação para cuja formulação o autor se vale de regras de interpretação consagradas em direito internacional público e das regras da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 193-197.

<sup>105</sup> Em exemplo de GIMENES, R. U. *Op. cit.*, p. 426.

<sup>106</sup> *Idem*, p. 427-428 e BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 281. Ver também sobre um balanço (*Saldierung*) dos efeitos positivos e negativos o que diz RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 117.

<sup>107</sup> Várias semelhanças entre as condutas disciplinadas na Decisão n. 21/94, que era a base mesmo para o Protocolo, e neste próprio, além de acréscimos com este advindos, fortemente influenciados pelo surgimento do amplo rol de condutas disposto na lei brasileira, foram tabelados comparativamente em SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 218-219. Segundo o trabalho do autor, encontram grande semelhança os artigos 3º., incisos I, II, V e VI, e 4º., alíneas a, b, c, e d da Decisão n. 21/94 com o artigo 6º., incisos I, III, VII e VIII do Protocolo. De outro lado, encontram grande semelhança os artigos 3º., incisos III, IV e VII da Decisão com o artigo 6º., incisos II, IV e VI do Protocolo. Da mesma forma entre o artigo 4º., alíneas e, f e g com o artigo 6º., incisos XI, XII e XIII. Do total de outras sete condutas presentes no Protocolo e que não estavam disciplinadas na Decisão, seis encontram redação idêntica na lei brasileira, fato que não permite afastar a conclusão de que houve uma certa influência. A única conduta que não encontra comparação positivada evidente é a do inciso XVII, qual seja manipular mercado para impor preço. Semelhanças também foram listadas por BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 281, nota de rodapé número 259. As principais condutas deste catálogo exemplificativo foram detalhadamente analisadas e interpretadas à luz das decisões dos órgãos de aplicação da concorrência de Brasil e Argentina em RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 107-133. Para o autor, por exemplo, a fixação de preços e condições só é contrária ao Protocolo se realizada por acordo entre concorrentes. Uma fixação individual, assim a acertada entre empresa e seus fregueses ou fornecedores, cairia na alçada da liberdade contratual. *Idem*, p. 108.

Tais condutas não são punidas de *per se*, isto é, não basta a sua existência para que haja sua repressão. Somente constituem ilícitos os casos que se encaixem nas previsões do artigo 4º., 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, afetando o comércio no Mercosul. Por outro lado, mesmo que a conduta não esteja elencada no artigo 6º., partindo da idéia de que é consagrado na doutrina a impossibilidade de realizar uma tipificação exhaustiva ou *numerus clausus* de todas as condutas que podem ser consideradas como ofensivas à livre concorrência<sup>108</sup>, por seu caráter meramente exemplificativo, pode ser punida.

O Protocolo também dispôs sobre as autoridades, abordagem com a qual se passa a tratar dos aspectos processuais. Os órgãos encarregados de aplicá-lo são a Comissão de Comércio do Mercosul<sup>109</sup> e o Comitê de Defesa da Concorrência. Tanto a Comissão como o Comitê são órgãos intergovernamentais. Integram a primeira quatro membros titulares e quatro alternados de cada país. O Comitê é formado pelos órgãos nacionais de aplicação do Protocolo em cada Estado-parte. Também é de sua iniciativa a regulamentação das disposições do Protocolo.

O procedimento para a apuração e punição das práticas ilícitas envolve os órgãos de defesa da concorrência nacionais e os órgãos do Mercosul. Nesses aspectos, tidos como descentralizadores, é que residem as colocações até aqui feitas sobre uma aproximação dos sistemas comunitários e integracionistas ou mesmo uma concessão de aval ao sistema do Mercosul com as recentes reformas conduzidas na Comunidade. O processo de investigação tem início *ex officio* por parte da instituição nacional responsável pela aplicação do Protocolo ou por motivação de qualquer pessoa interessada, devidamente fundamentada, segundo o disposto no seu artigo 10º. A primeira fase é a de análise técnica preliminar. Esta análise é levada à Comissão. Após é tarefa do Comitê decidir se instaura o processo de investigação ou, *ad referendum* da Comissão, o arquiva, segundo o disciplinado no artigo 11. Decretando a sua continuidade, instaura-se a investigação. Durante toda essa fase, o Comitê deverá informar regularmente a Comissão sobre o andamento das investigações.

Na seqüência, o artigo 13 contempla a possibilidade da decretação de medida preventiva, quando se tratar de caso de extrema urgência. Segundo MARTINS, o dispositivo é omissivo ao não prever a partir de que momento é permitida a imposição da medida. Assim, “Permanece a dúvida para saber se é de acordo com o espírito do Protocolo a efetivação de uma cessação de prática sob investigação na fase de análise técnica preliminar, por exemplo”<sup>110</sup>.

Da mesma forma que a lei brasileira, o Protocolo adotou o compromisso de cessação de prática ilícita<sup>111</sup>. Segundo CUNHA, a experiência brasileira demonstrou que o instituto é de grande valia, pois para os órgãos de defesa da concorrência o

---

<sup>108</sup> SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 183-185, motivo pelo qual também as normas do Mercosul não fazem uso de tipologias cerradas ou classificatórias, mas sim enunciativas ou exemplificativas, no trato dos comportamentos anti-concorrenciais.

<sup>109</sup> Criada pelo Protocolo de Ouro Preto e disciplinada no seu artigo 16.

<sup>110</sup> MARTINS, A. M. da S. *Op. cit.*, p. 591.

<sup>111</sup> Ver o trato da questão na legislação brasileira em OLIVEIRA, G.; RODAS, J. G. *Op. cit.*, p. 267 e seguintes e em PROENÇA, José Marcelo Martins. *Concentração empresarial e o direito de concorrência*, p. 143-160.

maior interesse consiste na cessação e não tanto na punição dos infratores<sup>112</sup>, o que seria o objetivo de leis de caráter penal. O compromisso de cessação trata-se de um pacto firmado entre a autoridade de defesa da concorrência e o empresário. Visa a supressão da prática investigada. Com isso a autoridade pretende se certificar que as estruturas do mercado estarão a salvo. Do lado do agente econômico, o compromisso representa uma vantagem ao dar certeza quanto ao rumo das investigações desenvolvidas no processo administrativo, bem como ao não expor a atividade empresarial de forma negativa ao público. O compromisso não implica em confissão quanto à matéria de fato, nem gera presunção de culpa por parte do investigado. Apenas suspende a tramitação do processo administrativo.

Ao contrário da Decisão n. 21/94, que deixava a aplicação de sanções aos Estados-partes e ainda segundo o seu ordenamento jurídico interno, o Protocolo disciplinou as sanções às infrações à defesa da concorrência. No artigo 27 está que o Comitê de Defesa da Concorrência, *ad referendum* da Comissão, determinará a cessação definitiva da prática infracional. O Comitê é, pois, o órgão encarregado de requerer a suspensão da conduta lesiva. No artigo 28 são elencadas as penalidades cabíveis, que podem ser executadas cumulada ou alternativamente. 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, de acordo com o artigo 27, parágrafo 2. Os critérios escolhidos para a dosimetria das penalidades são a gravidade dos fatos e o nível dos danos causados ao livre mercado no âmbito do Mercosul, conforme o artigo 29.

Posteriormente, em 1997, foi aprovada a Decisão n. 2/97 CMC, anexa ao Protocolo, que o completa e estabelece os critérios de quantificação do valor das multas previstas, e a Decisão n. 11/97 CMC, que trata das medidas antidumping para os países membros. Aquela norma definiu com maior precisão as sanções aplicáveis, uma vez que estabeleceu o montante das multas<sup>113</sup>.

Para as divergências relativas à aplicação, interpretação ou ao descumprimento das disposições contidas no Protocolo, são aplicáveis o Protocolo de Olivos, que repetiu o sistema principal do de Brasília, e o Procedimento Geral para as Reclamações perante a Comissão de Comércio do Mercosul, previsto no Anexo ao Protocolo de Ouro Preto. Assim, como alternativa, o Estado prejudicado pode recorrer a esse outro sistema. A Comissão de Comércio possui, em cada Estado-parte, uma seção nacional, que recebe as reclamações dos Estados-partes ou dos particulares. No caso específico da defesa da concorrência, apenas os Estados têm este acesso assegurado.

As grandes ausências do Protocolo são o controle de atos e contratos e, entre estes, o das concentrações de empresas, segundo parte da doutrina<sup>114</sup>. O Protocolo não

---

<sup>112</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 231.

<sup>113</sup> PASCAR, Norma A.; TAJAN DE SAA, Guillermina. Impacto de las políticas sobre defensa de la competencia en los mercados integrados. In: *LA SOCIEDAD comercial ante el tercer milenio*, p. 567-568 e RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *Op. cit.*, p. 174-175. O texto legal pode ser conferido em ARAUJO, N. de; MARQUES, F. V. M.; REIS, M. M. *Op. cit.*, p. 180-181.

<sup>114</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 220-222 e RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 135-145 e 190. Também segundo RIMOLDI DE LADMANN, de sua leitura se depreende que “1) Não são reguladas as aquisições e fusões. 2) Que não resulta explícito se será cada Estado-parte quem tem a obrigação de ditar normas convergentes ou compatíveis para o controle de atos e contratos que possam ter efeitos

regula expressamente o controle de concentrações de empresas, mas o condiciona a uma regulamentação posterior, que era para ter ocorrido dentro de um prazo de dois anos, conforme o artigo 7º. Esta norma só traz uma referência tangencial ao tema das aquisições e fusões de empresas, ainda que a Decisão n. 21/94 tenha sobre ele se referido.

A se basear pela Comunidade, que demorou 16 anos discutindo o seu regulamento de controle das concentrações, surgido recém 31 anos após a assinatura do Tratado, há de se encontrar outra alternativa que a utilização subsidiária de artigos destinados a outras práticas lá feita. A ausência de regras sobre concentração de empresas origina dificuldades para controlar o avanço desmedido de algumas que se agigantam através de fusões com outras, transformando o mercado, exatamente com a remoção de barreiras internas que o alcance do mercado comum traz. Todavia, é conhecida a prática internacional de oferecer um regulamento do controle de fusões em um momento posterior ao surgimento de uma lei de concorrência<sup>115</sup>. E no caso do Mercosul, na lição de FARIA, o exemplo comunitário de regulamentação posterior e por atos distintos, inclusive sob o aspecto hierárquico, até “é digno de ser seguido”<sup>116</sup>.

Ademais dessa particular ausência, o Protocolo optou por não empregar, num primeiro momento, um sistema de controle de outros atos e contratos, o que é comum dentro de sistemas de defesa da concorrência. Tais ausências, entre outras que serão vistas, mas mais o fato de o Protocolo não estar plenamente vigente, levam o Mercosul a não ter um sistema completo<sup>117</sup>.

Espera-se, efetivamente, o surgimento de regras concretas que cumpram com a disposição do artigo 7º. Há muito tempo o prazo estabelecido venceu, sem ter sido tomada qualquer medida. Segundo RAMOS, com toda a certeza essas deverão ser fundamentadas nas regras destinadas às situações semelhantes existentes nas legislações brasileira e argentina<sup>118</sup>, algumas das quais já aqui observadas por ocasião

---

anti-competitivos na região, ou os Estados o farão mediante uma decisão em âmbito dos órgãos do Mercosul. O artigo 7º. se refere a ‘normas comuns’ que devem adotar os Estados-partes e não a uma decisão de órgãos regionais, em cuja hipótese não faria falta dizer que são ‘comuns’. 3) Para a adoção das normas se fixa um prazo de dois anos, que terá que contar-se a partir da data de vigência nos quatro Estados do Protocolo de Defesa da Concorrência. 4) Menciona os atos e contratos. Cabe supor que terá que levar em conta tanto as participações societárias como as formas contratuais de relação. 5) O controle deve exercer-se para evitar que possam limitar ou prejudicar de qualquer modo a concorrência em âmbito regional”. RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *El derecho de la competencia*, p. 179 e RIMOLDI DE LADMANN, E. I. Análisis jurídico: El derecho de la competencia en el Mercosur. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 176.

<sup>115</sup> No cronograma sugerido por OLIVEIRA para a implementação de políticas de concorrência em países emergentes, o sistema de controle de fusões está previsto no estágio dois, de quatro. OLIVEIRA, G. *Op. cit.*, p. 468. Também para as propostas de uma legislação internacional aponta a doutrina a conveniência de uma regulamentação do controle das concentrações em momento posterior. IMMENGA, Ulrich. *El Mercado y el Derecho: Estudios de Derecho de la Competencia*, p. 56-57.

<sup>116</sup> FARIA, W. R. *Disciplina da concorrência e controle das concentrações de empresas no Mercosul*, p. 102, nota de rodapé número 75.

<sup>117</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 220-221 e FIGUEREDO, J. *Op. cit.*, p. 42. O sistema comunitário da concorrência também seria incompleto sem o trato da questão. PASSOS, F. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>118</sup> Mais estudos com esta finalidade, que englobam ainda o direito comunitário, já que conceitos como concentrações de dimensão comunitária deverão ser de grande valia, podem ser acompanhados em RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 135-137 e 147-155.

do estudo das legislações nacionais, que foi realizado por ser conhecido esse objetivo e probabilidade.

Ainda em âmbito de ausências, o Protocolo não previu inaplicabilidades de suas normas, como há no ordenamento comunitário. De fato, as normas de defesa da concorrência no Mercosul não contemplam a possibilidade de um procedimento de isenção ou outras exceções de suas regras. Uma idéia interessante para o momento do surgimento de uma futura legislação sobre concentrações no âmbito do Mercosul seria a de CUNHA quanto ao fato de incluir nela controles apriorísticos e exceções de proibições, como visto até agora institutos inexistentes no direito da concorrência do Mercosul<sup>119</sup>. Outra também oportunamente ofertada para este momento é a aceitação do princípio *one stop shop*<sup>120</sup>, isto é, submeter a notificação a apenas uma instância encarregada dos atos que afetem a dimensão comunitária, o que eliminaria o paralelismo, como de fato é na Comunidade.

Mas, discordando, a verdadeira ausência, ainda que uma menção deva ser feita à das regras antidumping<sup>121</sup>, é o controle das ajudas públicas. A doutrina aponta, mas não aprofunda, o que leva a crer que somente quem estava presente nas determinadas reuniões saiba o que ocorreu e o que foi proposto, que a Argentina tinha uma proposta neste sentido, mas que no momento da aprovação do Protocolo de Defesa da Concorrência não foi considerada. O Brasil manteve a postura de que, ao existirem assimetrias no uso das linhas oficiais de crédito em cada Estado-parte, o tema deveria ser analisado pelo outro Comitê Técnico, encarregado das políticas públicas que distorçam a concorrência<sup>122</sup>. Assim, alegou que o tema não fazia parte do âmbito de regulamentação do Protocolo de Defesa da Concorrência e de fato não veio a fazer, com o que restou contrariado também o Uruguai.

Uma avaliação de um documento jurídico que não está em pleno funcionamento não é tarefa fácil, mas deve ser apresentada. Ela envolve um levantamento de críticas, até de pensamentos que acreditam que o Protocolo não deveria ter sido ratificado por quem foi, mas também outros que vêm nos caminhos perseguidos pela Comunidade um aval ao sistema optado pelo Protocolo e pelo Mercosul em amplitude.

Em um levantamento doutrinário, as posições são as mais variadas. As críticas, da mesma forma, são muito difundidas. MARTINS acredita que dificilmente o Protocolo venha a ser posto em prática, devido à pouca operacionalidade do mesmo<sup>123</sup>. Para CASELLA, em observação contida em um grande número de críticas<sup>124</sup>, “Apesar do Protocolo, ainda há um grande caminho para que se consiga, efetivamente, estabelecer-se um sistema eficaz de defesa da concorrência no Mercosul. O instrumento de direito internacional representa um avanço, mas tem inúmeras lacunas e deficiências, como a inexistência de um controle de concentrações

---

<sup>119</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 77, nota de rodapé número 137.

<sup>120</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 297.

<sup>121</sup> Apontada por BISCHOFF-EVERDING. *Idem*, p. 295-296.

<sup>122</sup> FIGUEREDO, J. *Op. cit.*, p. 78.

<sup>123</sup> MARTINS, A. M. da S. *Op. cit.*, p. 590.

<sup>124</sup> Segundo o autor, em termos de defesa da concorrência, “resta saber se se quer seguir a escola de casos que funcionaram efetivamente, ou se pretende mero projeto grandiloquente, destituído de alcance prático” e “a regulamentação macroeconômica tem, no Tratado de Assunção, formulação que não vai além dos princípios vagos de difícil implementação prática”. CASELLA, P. B. *Op. cit.*, p. 351.

comum. (...) A regulamentação inscrita no Protocolo de Fortaleza parece-me absolutamente insuficiente para os fins a que se destina”<sup>125</sup>. CASTAÑEDA observa que o Protocolo, ao disciplinar que a afetação ao comércio deve ser entre os Estados-partes, enseja considerável ambigüidade. Também para o autor, “o catálogo de práticas (...) pode ser tido como demasiadamente ambíguo; normas não distinguem violações colusórias *per se* da regra da razão ou abuso de dominação, assim não há nenhuma idéia clara sobre qual importância econômica é conferida a cada uma ou como deveriam ser penalizadas em função do dano ao processo concorrencial; algumas práticas comuns de comércio evidenciam rejeitar justificações pró-competitivas e aparecem como ofensas *per se* (...); outras carecem de averiguações substantivas (...), e outras têm um forte sabor ‘dirigista’ (...)”. Como este catálogo é um mandado para as legislações nacionais, o autor ainda previa mais ambigüidades e confusão. Por fim, assevera que o artigo 14 contém um bastante obscuro mandado<sup>126</sup>.

Para SALOMÃO FILHO, na manifestação que possivelmente seja a mais contundente, teria sido melhor não ter ratificado o Protocolo. O seu conteúdo apresenta uma lista de dificuldades. O primeiro problema refere-se ao processo, desenvolvido pelo Comitê em conjunto com os órgãos nacionais, o que não o caracterizaria como independente<sup>127</sup>. A semelhança de algumas regras com a norma brasileira não é compatível com um processo de integração. Melhor teria sido o estabelecimento de uma regra geral para a ação de abuso de poder, por exemplo. Outros problemas se relacionam com a existência de conceitos não claramente definidos, como os de eficiência e concorrência, cuja definição não teria deixado espaço para interpretações políticas. A tentativa de transformação de regras antidumping em regras de concorrência, como previu o Protocolo, é dificultosa<sup>128</sup>. Por fim, em contrário às regras argentina e brasileiras, não previu um controle de concentrações, o que significa uma diminuição das medidas de proteção institucionais e um fato preocupante<sup>129</sup>. Em nova seqüência de argumentos, lembra o autor que a regra, ao invés de estabelecer princípios fundamentais e institucionais, tentou ser detalhada. Isso ocasionaria para os países que não dispunham de leis um peso exagerado. Nos que possuíam, conduziria a afrouxamentos e deficiências. Com isso, a regra tinha uma possibilidade de menor aplicação e sua eficácia como elemento regular do mercado extraordinariamente diminuída<sup>130</sup>.

Como visto, a doutrina critica o fato de a investigação não ser feita diretamente pelo Comitê, mas sim pelas autoridades nacionais. Mas, a bem da verdade, isso não é merecedor de uma crítica. Pode até, à luz das reformas

---

<sup>125</sup> *Idem*, p. 350-351.

<sup>126</sup> CASTAÑEDA, G. *Op. cit.*, p. 501.

<sup>127</sup> Realmente, o fato dos organismos nacionais de cada país deverem se ocupar do controle da concorrência, devido à ausência de órgãos independentes do Mercosul, não é um sistema visto como transparente por parte da doutrina. PASCAR, N. *Op. cit.*, p. 217-218.

<sup>128</sup> Ocorre que em um contexto de mercado comum perde o sentido falar-se em dumping entre os Estados-membros, “pois não há mais diferença entre preços de exportação e preços no mercado interno na medida em que há uma única zona econômica, o mercado comunitário”. Uma diferença entre os preços é impossível de ser cogitada. Assim ocorreu com a Comunidade Européia. Uma vez conformado o mercado comum, o artigo relativo à prática, o 91 TCEE, foi revogado. Então as atenções se voltam a uma prática similar, que é a do preço predatório. Numa legislação de defesa da concorrência em um mercado comum, essa é a prática seguidora do dumping que deve ser proibida. PEREIRA NETO, C. M. da S. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>129</sup> SALOMÃO FILHO, C. *Op. cit.*, p. 39 e 43-44.

<sup>130</sup> *Idem*, p. 47.

comunitárias, ser um fato considerado como moderno e inovador. Segundo aquela, isso gera problemas quando a autoridade deseja proteger a sua empresa ou quando a prática efetuada envolve mais de um Estado. Esse último problema é tentado evitar com a criação do sistema de cooperação entre as autoridades dos Estados-partes, mas que só funciona quando as partes desejam cooperar. Por tudo isso, os procedimentos são vistos como impraticáveis e contra-producentes<sup>131</sup>. As alternativas sugeridas por BISCHOFF-EVERDING para sanar essas deficiências são a criação de autoridades supranacionais, o que ele considera uma exigência de ordem máxima, ou o mecanismo processual totalmente novo previsto no *Draft International Antitrust Code*, descrito como o princípio da iniciativa processual internacional (*Prinzip der internationalen Verfahrensinitiative*), que pode ser caracterizado pela execução de direitos internacionais, através de processo nacional, sob intervenção de autoridades internacionais, nominalmente uma *International Antitrust Authority* e um *International Antitrust Panel*, nos processos nacionais, já comentado por ocasião da análise das perspectivas do surgimento de um código internacional<sup>132</sup>.

É mais que normal que uma inicial avaliação seja carregada de pensamentos críticos. Afinal, nada no mundo é um modelo absoluto em termos de concorrência. Até o Sherman Act, influenciador de muitas legislações é alvo, se não direto, indireto, ou seja, pela não-utilização de muitos de seus princípios por outras legislações, de desprezos. Mas o que teria a legislação do Mercosul até agora vista de aproveitável?

Sabe-se que o Protocolo foi fruto da necessidade imposta pela então fase da integração que almejava a consolidação da união aduaneira. A pressa empregada em sua conclusão pode ser a motivação para toda e qualquer deficiência apresentada. Em uma interpretação mais ampla possível, observa-se uma contribuição do Protocolo para o estabelecimento de uma cultura da concorrência. Nesse sentido, ele ao menos demonstrou que os governos estavam dando maior atenção a assuntos que eram de extrema relevância para o futuro e existência do Mercosul.

Percebe-se nele claramente a influência dos preceitos comunitários. Para CASELLA, “Ora, nada mais compreensível, por ser o direito concorrencial comunitário o mais relevante nos sistemas de integração, servindo de parâmetro para a criação de um modelo no Mercosul”<sup>133</sup>. Todavia, diferentemente do que ocorre na Comunidade, a norma do Mercosul não limita sua aplicação, uma vez que não exclui setores como a agricultura, bancos, ou ainda telecomunicações e transportes.

Tratando-se de aspectos específicos plausíveis, tem-se que o Protocolo prevê um sistema descentralizado de aplicação das regras. De fato, a urgência atual é esta. Esta inovação já foi objeto das recentes reformas na Comunidade Européia, envolvendo a aplicabilidade direta dos artigos 81 e 82 TCE e outras regras. É necessário adequar o tempo das agências de concorrência (*bureaucratic time*) ao tempo da economia (*economic time*) por oportunidade das análises das práticas<sup>134</sup>. Lá a decisão adotada foi transferir para as autoridades nacionais parte da responsabilidade. Aqui as autoridades têm esta responsabilidade. Está-se, pois,

---

<sup>131</sup> BASEDOW, J. Der MERCOSUR als Integrationsmodell. In: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000*, p. 23.

<sup>132</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 289-291.

<sup>133</sup> CASELLA, P. B. *Op. cit.*, p. 350.

<sup>134</sup> OLIVEIRA, G. *Op. cit.*, p. 489.

perante um paradoxo. Não é possível automaticamente criticar um processo de integração que prevê uma descentralização na aplicação de determinadas de suas regras, buscada por outro e até vista como modernizadora.

Com efeito, no Mercosul, o órgão de aplicação das regras previsto no Protocolo é constituído pelas autoridades de concorrência nacionais dos Estados-partes. Essa previsão é a comprovação que o modelo do Mercosul é um modelo descentralizado. Tamaña descentralização da aplicação da lei da concorrência, levada a cabo por este bloco regional *sui generis*, que permite às autoridades dos Estados-partes a instrução dos casos, uma vez que os órgãos nacionais de defesa da concorrência iniciarão o procedimento determinado pelo Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, teria de certa forma influenciado a Comunidade Européia nas suas recentes reformas referentes à aplicação dos artigos 81 e 82 TCE, advindas com o Regulamento n. 1/2003?

O ordenamento do Mercosul prevê inúmeras medidas a serem executadas pelos Estados-partes. Vozes não faltam para pregar mesmo uma completa delegação de poderes às autoridades nacionais<sup>135</sup>. Assim a aplicação do Protocolo, conforme o seu artigo 8º., parágrafo único, confiada ao Comitê de Defesa da Concorrência, instituição que será integrada pelos órgãos nacionais de aplicação do Protocolo em cada Estado-parte, regra esta que foi introduzida pelo fato de, à época, nem Paraguai nem Uruguai disporem de leis de defesa da concorrência e, em consequência, de órgãos de aplicação, e a execução da investigação dos atos restritivos, que é feita pelo órgão nacional do local onde for domiciliado o representado, segundo o artigo 15, para o que conta com o apoio dos demais órgãos. Segundo o artigo 18, quando esse processo investigatório estiver concluído, um parecer conclusivo é encaminhado para o Comitê de Defesa da Concorrência que, com base nele, decide sobre a aplicação de sanções. Estas novamente são aplicadas e executadas pelo órgão nacional do local onde o reclamado tenha seu domicílio, segundo o artigo 20, parágrafo 1º. Da mesma forma a execução das multas aplicadas pelo não-cumprimento de medidas preventivas, segundo o artigo 13, parágrafo 2º. do Protocolo. Semelhante regra descentralizadora é vista no artigo 27. Este refere-se à cessação definitiva da prática infrativa, determinada pelo Comitê, mas levada a efeito pelo órgão nacional de aplicação do Estado-parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora. O mesmo acontece com a aplicação de multas por dia de atraso no cumprimento da ordem de cessação. Ambos os casos, tanto a ordem de cessação, quanto as multas são executados pelos órgãos nacionais. Por fim, é necessário citar a regra do artigo 28, parágrafo 2º., referida às penalidades aplicadas pela violação às normas do Protocolo, igualmente executadas como visto acima, e a regra do artigo 22, sobre o compromisso de cessação. Segundo o artigo 26, o compromisso de cessação, as alterações do compromisso e a eventual sanção aplicada serão levadas a efeito pelos órgãos nacionais. Enfim, a aplicação da lei no Mercosul será realizada de forma muito mais descentralizada que a atualmente perseguida e parcialmente atingida pela Comunidade com as recentes reformas, anteriormente estudadas, repetindo, vistas como modernizadoras.

---

<sup>135</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Is there a basis for a co-operation between the EU and the Mercosur in the field of restrictive business practices?*, p. 122.



Em certa medida a concepção do Mercosul, através do Protocolo e do Comitê de Defesa da Concorrência, foi precursora na opção descentralizadora que almeja permitir às autoridades de cada Estado-parte instruir os casos, como se verá. Ou, se demasiado inusitado e pretencioso esse pensamento, ao menos as atitudes comunitárias legitimam e dão a certeza que as opções feitas pelo Mercosul não distanciam muito das soluções encontradas pela Comunidade, todas fundadas em descentralização dos procedimentos.

Com isso, é de ser mencionado, o Protocolo corre o risco de sobrecarregar as agências nacionais. Muitos de seus mecanismos de aplicação são atribuídos aos órgãos nacionais, já sempre carregados com suas próprias atividades. Esse eventual problema foi considerado na Comunidade Europeia que, mesmo assim, manteve sua disposição de descentralização e modernização.

Um outro aspecto positivo é que um dos países do Mercosul que não têm ordenamentos internos sobre a liberdade de concorrência o ratificou, qual seja o Paraguai. Isso faz serem aqui retomadas reflexões como sobre o Protocolo poder vir a suprir a lacuna interna deste, por exemplo. A essa questão se retornará.

Uma conclusão geral do estudo de ROWAT, LUBRANO e PORRATA JUNIOR é que o Mercosul havia, em um curto período de tempo, começado um admirável estabelecimento de esforços no âmbito da concorrência entre os Estados-partes. Tais aquisições demonstravam o desejo dos Estados-partes em trabalhar conjuntamente. Mas havia ainda muito a fazer<sup>136</sup>. Qualquer sugestão deveria passar pela aprovação de leis nacionais nos países que não têm, especialmente se o objetivo do Protocolo for a harmonização<sup>137</sup>, pela criação de autoridades administrativas e pela própria ratificação do Protocolo. Basta pensar que ele ainda hoje não foi ratificado por todos os Estados-partes, que qualquer idéia quanto ao tema esmoreceria. Só isso permitiria a harmonização de princípios legislativos básicos. É de se recordar que quando do surgimento do Tratado de Roma nem todos os Estados-membros possuíam regras internas sobre o direito da concorrência, mas no final de alguns anos terminaram por proceder a incorporação ao seu ordenamento jurídico interno das regras comunitárias<sup>138</sup>. O mesmo veio a ocorrer recentemente com os países que ingressaram na Comunidade no último alargamento em 2004<sup>139</sup>.

---

<sup>136</sup> ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>137</sup> Segundo OLIVEIRA, a agenda de blocos regionais lida normalmente com duas questões: harmonização de normas nacionais de concorrência, o que envolve a criação de novas estruturas legais em certos países, e negociações para a transformação de regras antidumping em regras de concorrência. OLIVEIRA, G. *Op. cit.*, p. 470. Uma visão do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul como um projeto cauteloso de harmonização de políticas da concorrência é encontrada em COSTA e SILVA, Eugênio da. *A concorrência no Mercosul: considerações preliminares*, p. 51.

<sup>138</sup> Uma discussão doutrinária sobre se devem existir normas e políticas que assegurem a concorrência em legislações nacionais, ao que não se encontra uma resposta unívoca, pode ser vista em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *El derecho de la competencia*, p. 181-182 e em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *El derecho fundamental de las relaciones comerciales internacionales*. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 21-23. Sobre se leis para a defesa da concorrência são mesmo úteis para os países em desenvolvimento, o que se apresenta duvidoso, ver BISCHOFF-EVERDING, P. *Wettbewerbsrecht im MERCOSUR*, p. 20.

<sup>139</sup> Sobre as etapas que os países que então pretendiam incorporar-se ao bloco necessitaram cumprir, em questões relacionadas com o direito da concorrência, como por exemplo a criação conjunta de áreas

Todavia, como lembram ROWAT, LUBRANO e PORRATA JUNIOR, se o objetivo de uma legislação integracionista for criar um corpo de leis aplicável somente à práticas interestatais, o Mercosul necessita criar instituições e sistemas de administração. Ainda, se o objetivo for a criação de regras aplicáveis em ambos os níveis, então o Mercosul e os Estados-partes necessitam determinar a cobertura apropriada da lei comunitária e a sua relação com as leis nacionais<sup>140</sup>.

Os esforços até aqui realizados foram vitais, haja vista o rápido crescimento de fusões e aquisições ocorridas em alguns países do bloco e certas incompatibilidades que existem entre as legislações existentes. Há um longo caminho a percorrer. Falta uma disseminação mais ampla da cultura envolvida, a aquisição de tradição e experiência em termos de legislação anti-concorrencial, a preparação dos setores públicos e privados e o suprimento das agências com suficientes recursos humanos e materiais.

Além disso, uma atenção deve ser dada ao outro objetivo que a Decisão n. 21/94 e obviamente o Protocolo possuíam, que era a harmonização das legislações nacionais, e a sua grande ausência, qual seja a regulamentação de normas referentes às ajudas públicas. De fato, o artigo 3º. da Decisão n. 21/94 preceituava que o Grupo decidiria se o estatuto por ele ordenado consistiria em instrumento de referência ao qual deveriam estar adequadas as legislações nacionais sobre a matéria ou se seria implantado o projeto como Protocolo. Vale recordar que foi apontada a contribuição do surgimento do Protocolo em ter colocado legisladores e doutrinadores do Paraguai e Uruguai em movimento para a apresentação de propostas legislativas.

Não obstante os significativos avanços, o Mercosul não tem uma defesa de concorrência completa. A opção tomada foi a de implantar o projeto como um protocolo. Agora, nada resolve procurar as deficiências do sistema e do procedimento antes de ele estar em prática. Seria mais conveniente executar o Protocolo e então identificar e solucionar suas falhas. Tudo o que não ficou disciplinado em questões de concorrência pode ser objeto da regulamentação do Protocolo de Defesa da Concorrência ou da construção jurisprudencial. Para tanto, segundo o artigo 9º. do Protocolo, o Comitê de Defesa da Concorrência submeterá à aprovação da Comissão de Comércio do Mercosul a sua regulamentação. Uma situação cômoda, até porque não é o objeto central deste estudo promover propostas normativas, exceto para o campo das ajudas públicas, que carece de uma, é a filiação as tantas idéias já lançadas de regulamentação<sup>141</sup>, sem uma discussão mais profunda. Vale dizer que em meados de 1997 o Conselho deu início aos estudos de uma regulamentação, que deveria conter regras sobre execução, meios de prova, oitivas e prazos, entre outras, os quais tiveram uma evolução considerável no final de 2002 com o Acordo para a Regulamentação da Aplicação do Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul, já referido.

---

de livre comércio em um período no qual eles deveriam adequar suas normas às comunitárias, ver RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *El derecho de la competencia*, p. 180.

<sup>140</sup> ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. xv-xvi.

<sup>141</sup> Como as apresentadas em SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 174, 183 e 227-228.

É chegado o momento do trato da grande ausência. Os legisladores deixaram de fora do Protocolo um importantíssimo aspecto da defesa da concorrência, a criação de normas comuns para a disciplina da concessão de ajudas públicas.

### 3.3.e) A grande ausência

Apesar de o tema das ajudas públicas, também chamado na doutrina de dumping governamental<sup>142</sup>, estar profunda e intimamente relacionado com o da defesa da concorrência, aqui neste estudo inclusive usado como uma das manifestações necessárias do direito do Mercosul para atingir a fase de mercado comum, mormente por elas representarem os principais obstáculos a sua concretização, pois justamente oriundas do Poder Público, ele sofreu uma delimitação negativa em importantes trabalhos que se referem ao Mercosul<sup>143</sup>. A doutrina mostra-se incipiente em relação ao tema<sup>144</sup>. Assim, o seu trato aqui não é inoportuno.

A queda das barreiras diretas aumenta a tentativa por parte das empresas de criarem barreiras artificiais para a conquista ou manutenção de mercados. O mesmo ocorre em relação ao Estado que, por meio de auxílios sob as mais variadas formas, procura ajudar as suas empresas ou as privadas a atingirem melhor posição nesse mercado. Num balanço entre práticas privadas e públicas, as públicas são tidas como mais nefastas, pois que comandadas pelo próprio Estado, e as privadas como uma natural propensão do sistema capitalista, ao que o direito deveria coibir. É praticamente impossível retirar o ímpeto natural de uma empresa ou de um empresário de ter um monopólio, querer eliminar a concorrência ou ao menos deter uma posição dominante no mercado. Mas não se espera que o Estado o tenha. Essa relação já foi estudada no capítulo anterior, quando visto o nexos funcional e teleológico existente entre a concessão de auxílios públicos e o mercado comum.

Diferentemente da do Tratado de Roma, na análise do Protocolo do Mercosul verifica-se que apesar das normas serem aplicáveis às empresas que exercem monopólio estatal, não existem normas destinadas à regulação dos atos anti-concorrenciais que possam se originar da fonte mais nefasta, isto é, dos Estados-partes diretamente. A análise da política da concorrência é freqüentemente levada a referir as políticas governamentais que afetam a concorrência, incluindo a proteção ao consumidor, a liberalização do comércio<sup>145</sup>, o uso de medidas compensatórias<sup>146</sup> e antidumping, entre outras. Discordando das posições de que o controle de concentrações seria a lacuna do Protocolo de Defesa da Concorrência, a verdadeira ausência é o controle das ajudas públicas. Este não pode ser realizado por outras normas do documento. Também as legislações nacionais antes estudadas nada tratam

---

<sup>142</sup> FIGUEREDO, J. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>143</sup> RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 53-187; SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 22-23 e CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 12-14.

<sup>144</sup> Como observa CARVALHO, Evandro Menezes. *A integração econômica e o controle das ajudas estatais: uma evolução do direito da concorrência nos países do Mercosul*, p. 7.

<sup>145</sup> LAFER, sobre a relação entre o incremento do comércio e a concorrência, num contexto de interdependência do estágio de união aduaneira do Mercosul, observa que “é de se destacar igualmente a importância da liberação comercial para o êxito de planos de estabilização e a relevância, neste processo, da abertura do mercado sub-regional à concorrência”. LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*, p. 93.

<sup>146</sup> Sobre o tema ver MORAES, Henrique Choer. *O regime de subsídios intrazona no Mercosul*, p. 114-147.

a respeito<sup>147</sup>. Um controle de concentração tem tradição em vir em momento posterior<sup>148</sup>. Um controle de ajudas era mais imperioso, pois mais nefastas, ademais de vindas de entes públicos. Não seria, ainda, inoportuno criar um tribunal para temas de concorrência e antidumping ao estilo do Tribunal de Primeira Instância da Comunidade Européia, o qual é competente lá para esses temas.

Auxílios concedidos pelos Estados às empresas distorcem a concorrência, ocasionando uma competição desleal entre elas, pois aquelas que recebem os auxílios se beneficiam de reduções de custos. As que não se beneficiam sofrem desvantagens e acabam perdendo mercado, chegando, muitas vezes, até a fechar as suas portas. Aqui as práticas são mais nefastas, pois as decisões políticas são mais sensíveis que na Comunidade. Pouquíssimas baseiam-se eminentemente em critérios mercadológicos, administrativos ou logísticos. Com efeito, conforme CARVALHO, “No âmbito do Mercosul, o risco de politizar as decisões sobre as regras de mercado é evidente”<sup>149</sup>.

Em um processo de integração, é importante a inexistência, ou ao menos o controle, de ajudas governamentais em qualquer dos Estados participantes, pois, como visto, o incentivo de forma desleal pode gerar guerra comercial entre as empresas e mesmo entre eles. Isso deforma a concorrência e, por tal, tais práticas devem ser controladas pela legislação de defesa da concorrência. O controle, por outro lado, é um instrumento destinado a criar melhores condições de desenvolvimento para certas áreas geográficas ou setores econômicos. Por tal que, ante uma completa supressão, prega-se o estabelecimento de critérios para a concessão de tais incentivos, o controle da aplicação deles e uma fiscalização rigorosa que evite os desvios de finalidade<sup>150</sup>. Este também é um enfoque encontrado na doutrina. Assim CARVALHO, que se refere, em relação à Comunidade, à ajuda estatal mais como o principal instrumento que pode ser usado para reduzir a falta de competitividade e os níveis de pobreza em regiões deprimidas economicamente, cumprir os fins sociais essenciais a um processo de integração, dessa forma como uma medida para a criação ou manutenção de oportunidades de emprego, fomentar a cultura e preservar o patrimônio comum, muito mais que pelos problemas que causa a ausência de um controle<sup>151</sup>.

Na verdade, o maior problema enfrentado no Mercosul e no resto da América Latina não é disciplinar o setor privado, mas lidar com a inconsistência das ações governamentais, como será visto. O tema das ajudas públicas recebeu um tratamento genérico, estando albergado na disposição programática do artigo 1º. do Tratado de Assunção. Ele foi novamente objeto do Protocolo de Defesa da Concorrência. Em seu

---

<sup>147</sup> CARVALHO, ainda que tenha encontrado nas legislações nacionais “nitidamente o embrião de uma efetiva proteção da concorrência”, viu apenas na legislação do Mercosul o trato do tema das ajudas públicas. A doutrina comparada apresenta legislações nacionais que assim se manifestam, como a espanhola. O autor tentou, na legislação brasileira, encarar o artigo 24, IV, alínea b, da Lei n. 8.884/94 como um controle sobre a concessão de benefícios econômicos pelo governo, mas não concluiu que o dispositivo seja característico para tanto. O mesmo ocorreu com a análise de dispositivos da legislação argentina. CARVALHO, E. M. *Op. cit.*, p. 93, 103-105 e 113-115.

<sup>148</sup> Assim também na Alemanha. REICH, Norbert. *Markt und Recht: Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 251.

<sup>149</sup> CARVALHO, E. M. *Op. cit.*, p. 146.

<sup>150</sup> FIGUEREDO, J. *Op. cit.*, p. 78-79.

<sup>151</sup> CARVALHO, E. M. *Op. cit.*, p. 143-145. No mesmo sentido, DROMI refere-se a uma “solidariedade no desenvolvimento” fundada na intervenção estatal em certas situações. DROMI, R. *Op. cit.*, p. 29-32.

artigo 32 foi previsto um prazo de dois anos para a disciplina das ajudas públicas. Com efeito, o Protocolo dispõe que os Estados-partes comprometem-se, dentro do prazo de dois anos a contar da sua entrada em vigência, e para fins de incorporação a esse 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 esse fim, serão levados em consideração os avanços relativos ao tema das políticas públicas que distorcem a concorrência e as normas pertinentes da OMC. Ele não está plenamente em vigor e o compromisso não foi cumprido.

Como é sabido, o Protocolo dispensou a oportunidade de inserir em suas disposições regras concretas e não meramente programáticas sobre as ajudas públicas<sup>152</sup>, o que era a proposta da Argentina, que contou com o apoio dos outros dois Estados-partes<sup>153</sup>, especialmente dirigida ao Brasil<sup>154</sup>. A alegação brasileira era de que o tema estava afeto a outro Comitê Técnico, e essa divisão também tinha seus motivos, como já mencionado. A proposta da Argentina era de se estranhar, uma vez que ela própria, em sua legislação nacional, nada previu<sup>155</sup>. Certo é que ela foi recusada. A doutrina mercosulista que trata da concorrência parece não ter estado na reunião que abordou o caso, pois os comentários que foram feitos a respeito não são mais que os aqui reproduzidos, ou o tema não mereceu a devida atenção. A tal proposta não foi encontrada para ser comentada neste estudo. A questão que resta é se, em função da norma programática do artigo 32, poderia um anexo sobre o tema ser incorporado ao Protocolo. De uma norma programática não se percebe claramente se uma regulamentação é efetivamente necessária ou não. Mas nesse caso é.

Antes do Protocolo lacunoso, na mesma VII Reunião do Conselho Mercado Comum que aprovou o Protocolo de Ouro Preto, foi emitida a Decisão n. 20/94 CMC, sobre a encomenda à Comissão de Comércio do Mercosul da criação de um comitê técnico destinado a promover o estudo das políticas públicas que distorcem a competitividade e sobre determinações que objetivavam uma igualdade nas condições de concorrência. Com base também nela, a Comissão, como já visto, mediante a Diretiva n. 1/95 CCM, instituiu o Comitê Técnico n. 4 sobre políticas públicas que distorcem a concorrência. Este tinha por função dar cumprimento ao mandato de identificar as medidas de políticas públicas, vigentes em cada Estado-parte, que por seu caráter discriminatório pudessem distorcer as condições de concorrência de modo a beneficiar os agentes econômicos localizados no país, com o objetivo de elaborar propostas para o tratamento de medidas a harmonizar ou eliminar. O prazo dado pela Decisão para a apresentação das propostas perante o Comitê era o de 10 de junho de 1996.

A determinação das tarefas relativas à concorrência a comitês diferentes é que veio a originar posteriormente o afastamento do tema do Protocolo de Defesa da

---

<sup>152</sup> Em pensamento divergente, CARVALHO observa a presença da norma programática no Protocolo de Defesa da Concorrência como uma opção por “reunir em um único instrumento normativo e sob o resguardo de normas concorrenciais, os atos empresariais e as intervenções do Poder Público no mercado”. CARVALHO, E. M. *Op. cit.*, p. 120 e 134.

<sup>153</sup> CORREA, Carlos M. El derecho argentino de la competencia en proceso de cambio. *In*: CORREA, Carlos María (Dir.). *Derecho de la competencia*, p. 47.

<sup>154</sup> PASCAR, N. A.; TAJAN DE SAA, G. *Op. cit.*, p. 565.

<sup>155</sup> CARVALHO, E. M. *Op. cit.*, p. 113-114.

Concorrência, aqui considerada a grande ausência, uma vez que a Decisão n. 21/94 também data da mesma oportunidade, mas previa outro comitê, cujos trabalhos fazem o Mercosul contar hoje com o já estudado Protocolo de Defesa da Concorrência.

A Decisão n. 20/94 CMC dispõe, de maneira geral, sobre as políticas públicas que afetam a concorrência dentro do Mercosul<sup>156</sup>. Ela prevê a futura classificação de medidas em compatíveis e incompatíveis. É a única norma do Mercosul que aprofunda um pouco mais o tema. O passo seguinte a ela, como lembra CUNHA, seria a criação de um estatuto comum de controle dos subsídios governamentais<sup>157</sup>. Outra alternativa seria inserir os resultados dos estudos do Comitê Técnico no Protocolo de Defesa da Concorrência. A tentativa de inserir tais normas no Protocolo não se mostrou frutífera, já que o documento se limitou a regular as questões que envolvem os agentes privados. Numa tentativa de avançar os trabalhos, o Conselho, por meio da Decisão n. 15/96, determinou a criação, pelo Grupo, de um grupo *ad hoc* com o objetivo de assessorar o tratamento das políticas públicas que distorcem a concorrência<sup>158</sup>. O Grupo criou o tal grupo *ad hoc* em sua reunião em Assunção em abril de 1997.

O grupo criado se reuniu poucas vezes e até agora não apresentou proposta para regular a matéria. A doutrina aponta que o escasso avanço registrado é devido às assimetrias de políticas públicas existentes entre os Estados-partes e à negativa dos governos de tomarem as decisões políticas necessárias, sem as quais os trabalhos técnicos não podem avançar<sup>159</sup>. A não-apresentação de propostas limita uma análise normativa do tema das ajudas públicas apenas à Decisão n. 20/94 CMC.

O Conselho do Mercado Comum considerou para a tomada da Decisão que era devido assegurar condições equitativas de concorrência entre os agentes econômicos dos países do Mercosul, que os instrumentos adotados ou em elaboração relativos a restrições não-tarifárias, incentivos às exportações e defesa da concorrência tinham entre seus objetivos o de garantir condições equitativas de concorrência dentro do mercado ampliado, que em certos casos as políticas públicas vigentes nos Estados-partes podiam distorcer as condições de competitividade intra-Mercosul, afetando a plena implementação dos objetivos do Tratado de Assunção, e que era necessário identificar as medidas no âmbito de políticas públicas capazes de distorcer as condições de competitividade intra-Mercosul, e definir o tratamento que lhes devia caber no contexto da consolidação de uma união aduaneira.

No artigo 1º. decidiu o Conselho instruir a Comissão de Comércio do Mercosul a criar um Comitê Técnico encarregado do tratamento do tema das políticas públicas que distorcem a competitividade, já citado.

O artigo 2º. da Decisão estabelece que o Comitê Técnico deverá, como primeira tarefa, identificar as medidas no âmbito de políticas públicas, vigentes em cada Estado-parte, que possam distorcer as condições de concorrência de modo a beneficiar os agentes econômicos localizados no país que as pratica. As medidas que

---

<sup>156</sup> O texto legal pode ser conferido em ARAUJO, N. de; MARQUES, F. V. M.; REIS, M. M. *Op. cit.*, p. 181-184.

<sup>157</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 14.

<sup>158</sup> CARVALHO, E. M. *Op. cit.*, p. 118.

<sup>159</sup> XAVIER BASALDÚA, Ricardo. *Mercosur y derecho de la integración*, p. 225-226.

deverão ser consideradas pelo Comitê são aquelas que, por seu caráter discriminatório, distorçam a competitividade. A seguir, o artigo discrimina as formas de políticas às quais se dirige: a) as medidas que implicam exceções ao regime comercial do Mercosul, b) as de natureza tributária, c) as de natureza creditícia, d) as associadas ao regime de compras governamentais e e) outras. É válido referir que nessa citação o artigo consagra três grandes obstáculos (indiretos) à consolidação do Mercosul, quais sejam o problema da harmonização fiscal, os problemas relativos aos contratos de direito público e os relativos ao controle de auxílios públicos.

O artigo 3º. disciplina que o Comitê elaborará proposta de distinção entre medidas compatíveis e incompatíveis com o funcionamento da união aduaneira, de acordo com critérios de eficiência econômica e com os objetivos globais do Mercosul.

Segundo o artigo 4º., o trabalho de identificação e classificação das medidas deverá cobrir as normas que regulam a atuação de empresas estatais ou entidades equivalentes, monopólicas ou não.

Para a classificação de medidas entre compatíveis ou incompatíveis deverão ser observadas as disposições pertinentes do GATT<sup>160</sup>, segundo o disposto no artigo 5º.

Ainda em relação com essa classificação, o Comitê deverá elaborar proposta para o tratamento delas que consista em harmonização das medidas compatíveis com o funcionamento da união aduaneira e eliminação progressiva das medidas com ele incompatíveis, para o que deverá especificar prazos, segundo o disposto no artigo 6º.

O prazo estipulado pelo artigo 7º. para a apresentação dessas propostas era de 30 de junho de 1995, posteriormente alterado. O que ocorreu em 1995 foi o surgimento de mais uma norma programática, a Decisão n. 9/95, que estabeleceu o Programa de ação para o Mercosul até o ano de 2000, e expressou, quanto ao tema das políticas públicas que distorcem a concorrência, que a meta é garantir à produção de todos os Estados-partes condições equitativas de concorrência, para que a liberação do comércio dê efetivamente lugar à constituição de um espaço econômico ampliado, no qual se possa obter uma colocação mais eficiente dos recursos regionais e um melhor aproveitamento das economias de escala. Para tanto, a Comissão de Comércio do Mercosul identificaria as políticas públicas que pudessem distorcer a concorrência<sup>161</sup>.

A ausência de uma proposta e a não-inclusão do tema no Protocolo deixa o espaço aberto para reflexões. Quem deverá oferecer a proposta futura prevista na Decisão? Quem deverá aprovar a proposta? Segundo o artigo 19 do Protocolo de Ouro Preto, a Comissão de Comércio do Mercosul tem a atribuição de propor ao Grupo novas normas ou modificações às normas existentes referentes à matéria

---

<sup>160</sup> As disposições do GATT sobre os comportamentos que distorcem a concorrência podem ser lidas em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 51-59 e estão comentadas em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *El derecho fundamental de las relaciones comerciales internacionales*. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 14-17. Estão referidas ainda em CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*, p. 169-170 e amplamente trabalhadas em MORAES, H. C. *Op. cit.*, p. 26-72.

<sup>161</sup> XAVIER BASALDÚA, R. *Op. cit.*, p. 227-228.

comercial e aduaneira. Segundo o artigo 14 do mesmo documento, o Grupo deve manifestar-se sobre a conveniência da proposta. O Protocolo não esclarece se o Grupo tem competência para decidir pelo encaminhamento dela ou para manifestar-se no sentido de sua impropriedade e não efetuar a remessa para o Conselho. Mas por lógica o Grupo deve encaminhar. Assim, quem tem que fazer uma proposta é a Comissão, a ser aprovada pelo Conselho<sup>162</sup>.

Refletindo mais, um futuro protocolo de ajudas públicas deverá conter mais que uma mera determinação de que os Estados apliquem suas legislações nacionais, isto é, uma clara enumeração das formas de ajudas que possam ou não prestar às suas empresas, a exemplo do direito comunitário, a definição de ajuda estatal, atos que serão englobados sob esta definição, quem é considerado Estado, qual o órgão competente para desempenhar a função de fiscalização, consulta e julgamento das questões relativas a elas, se a competência será exclusiva, o que necessariamente deverá ser notificado, em que prazos, bem como sanções, multas, nulidades e a disciplina do ressarcimento ao Estado dos valores dados ilegalmente.

Como exemplo de sugestão, CAMPELLO expressa a idéia de que o setor agrícola deveria ser excluído da proibição de concessão de ajudas públicas. Para a autora, em países em desenvolvimento, como os do Mercosul, a atividade depende de subsídios, de benefícios fiscais e de créditos bonificados<sup>163</sup>. No próprio Tratado de Roma há auxílios que são compatíveis. Também, grandes desigualdades regionais e sociais devem lá ser compensadas, mesmo que seja com a concessão de ajudas públicas.

É válido observar a jurisprudência comunitária sobre ajudas públicas para a formulação de uma proposta ao Mercosul? E a jurisprudência e realidades dos Estados-partes? A que modelo ele estaria filiado? Ao da ilicitude, ao do abuso ou ao misto? Essas são questões que também se apresentam para serem respondidas. Duas conseqüências surgem de uma provável adoção do sistema misto: se a concorrência não é um valor em si mesma, ela pode ser sacrificada, e não há, *a priori*, ilicitude ou condenações automáticas, já que nenhuma prática é condenada por si só. Esse modelo parece ser adequado ao caso das ajudas públicas, pois em economias em desenvolvimento, uma completa e automática proibição de ajudas públicas poderia impedi-lo<sup>164</sup>. Assim, as ajudas seriam permitidas, desde que não afetassem outros valores, a serem definidos. Ou seriam proibidas, e o sistema comportaria exceções.

Não é difícil concluir dessa grande ausência que uma futura, se já não atual atuação dos Estados, falseadora da concorrência, só pode ser devida a este vácuo, quando relacionada com a concessão de auxílios públicos.

---

<sup>162</sup> CAMPELLO, D. *Op. cit.*, p. 325-326. Sobre as etapas do processo de tomada de decisões no Mercosul, que são a identificação e definição de problemas, o ingresso dos problemas na agenda do órgão responsável pela decisão, a formulação de propostas políticas, a tomada de decisões, bem como posteriormente a implementação e o controle e a avaliação, ver RIMOLDI DE LADMANN, E. I. La toma de decisiones en el Mercosur. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 133-151.

<sup>163</sup> CAMPELLO, D. *Op. cit.*, p. 335.

<sup>164</sup> Economistas clássicos como BALASSA sugerem aos países em desenvolvimento serem transparentes e controlarem as ajudas, pois dá-las sem controle seria mais nefasto aos olhos internacionais que controlá-las. Pelo dito, parece não propor uma completa e automática proibição. BALASSA, Bela. *The 'New Protectionism' and the International Economy*, p. 422 e seguintes.



Outras políticas eminentemente estatais são nefastas. Veja-se os subsídios à exportação, prática comum em países em desenvolvimento, que visam o incremento da indústria fabril ou agropecuária. Junto a estes, os países ainda financiam empresas comerciais em forma de empréstimos preferenciais, donativos, comodatos de bens públicos, fornecimento de canais de distribuição, financiamentos de programas de pesquisa e desenvolvimento, incentivos fiscais e provisões de capital.

Poder-se-ia indicar a guerra fiscal entre as unidades federativas dos países do Mercosul. Algumas, politicamente mais fortes, mesmo comprometendo suas economias, alcançam a algumas empresas vantagens que as colocam à frente das demais do mesmo ramo e capacidade. Nesse sentido, é desmedida a disputa com empresas que têm como sustentáculo dos seus programas e ações a tutela e o amparo político e econômico de uma entidade pública. A decisão política de um Estado de estender subsídios econômicos que ameacem falsear ou falseiem a concorrência se constitui num grave desvirtuamento das regras dessa liberdade. A guerra fiscal prejudica o desenvolvimento e desestimula investimentos nacionais e estrangeiros ao criar uma concorrência perversa entre empresas e introduzir elementos políticos nas regras econômicas.

A Constituição Federal brasileira de 1988 concedeu aos governos estaduais a possibilidade de legislar sobre seus impostos e, indiretamente, sobre seus incentivos fiscais. Isso ensejou desde então uma verdadeira concorrência entre os Estados federados para atrair empresas, oferecendo subsídios para convencê-las a se instalarem em seus territórios. Os mecanismos empregados por eles são os mais diversos, indo de isenções de até trinta anos do pagamento de impostos, reduções nas tarifas de serviços, doações de terrenos, preparação do terreno para construções, e mesmo o oferecimento de redes de água e esgoto.

Para piorar a situação, como já visto, a desvalorização da moeda brasileira provocou um relativo êxodo de empresas argentinas ao Brasil e uma expectativa de invasão dos artigos *made in Brazil* na Argentina. Efetivamente, entre novembro de 1998 e novembro de 1999 mais de cem empresas emigraram ao Brasil, muito embora a maioria fosse composta de multinacionais cujas decisões são tomadas por matrizes sediadas nos EUA ou na Europa e que possuíam fábricas com capacidade ociosa nos dois países<sup>165</sup>.

Contra deveria insurgir-se o Estado. Isto é, aplicar o conjunto das regras que têm por objeto sua intervenção na vida econômica para garantir o estabelecimento de empresas de forma leal, a competição delas no mercado, que esta não seja falseada por meio de práticas nocivas à concorrência, e o correto direcionamento das verbas públicas, o que se entende por promoção da justiça econômica. Mas não o faz. Ocorre que a outros objetos têm servido a tutela estatal. A outorga de subsídios a certas empresas, propiciando-lhes uma injusta vantagem concorrencial sobre as empresas que não se valem de benefícios governamentais, deixa em aberto a pergunta de se tal ingerência é necessária ou nefasta ao direito de concorrência, que precisa ser livre para o atingimento da fase de mercado comum.

---

<sup>165</sup> BURBRIDGE, Martín. *La política industrial del Mercosur*, p. 34-35 e 37.

Esse tratamento deixa margem para a proteção estatal ao livre mercado e à observância das regras de concorrência, da forma que se opera, colisionar com a necessária abertura em um processo de integração. Até porque a tutela poderá ferir regras do direito de integração.

Não é de se esperar que em um bloco econômico um país tenha a expectativa de crescer mediante a arrecadação de empresas do seu parceiro ou a absorção do outro. Mesmo assim o Brasil, através de sua embaixada na Argentina, e só lá, publicou um *Guía para el Inversor* destinado a seduzir potenciais investidores argentinos<sup>166</sup>. BURBRIDGE lembrou, nesse momento, que a Argentina tinha a desgraça de estar em meio ao fogo cruzado dos Estados brasileiros dispostos a atrair investimentos custasse o que custasse. Mas também que o governador de Córdoba lançou uma campanha que ficou conhecida como *Mejoro cualquier oferta* e que a província de Buenos Aires sancionou a *Ley del Compre Bonaerense*, segundo a qual as licitações estaduais eram destinadas às empresas radicadas na província<sup>167</sup>.

Todas essas argumentações são feitas fechando os olhos para as situações em que as próprias empresas públicas inibem a concorrência. Em que pese ter havido, nos últimos tempos, um grande número de processos de privatização, durante longa data as empresas estatais se valeram de tratamento diferenciado, concessão de subsídios e outras políticas. Empresas públicas são abrangidas pelas disposições do Protocolo de Defesa da Concorrência. Como se observou, o risco da quebra da liberdade de concorrência é muito maior quando é partícipe o próprio Estado, no momento em que implementa políticas incompatíveis com aquelas, ainda que isso seja realizado por meio de suas empresas.

Da mesma forma, transcendendo essa análise interna, quando um país toma a decisão política de relativizar sua legislação e garantia trabalhistas, está dando margem ao estabelecimento, nele, de empresas internacionais em busca de melhores condições econômicas e menores custos. De forma direta, em prejuízo ao trabalhador, esse país estará favorecendo a prática de dumping social. A vantagem da desregulamentação trabalhista estará induzindo, em flagrante quebra das regras de concorrência, que deveriam ser baseadas na competitividade ou na posição geográfica, por exemplo, empresas a nele se estabelecerem.

Mas nem tudo é uma inércia absoluta. Durante a XXV Reunião do Conselho Mercado Comum, realizada em Montevideu, foi aprovada a Decisão n. 40/03 CMC, chamada de Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul<sup>168</sup>. O referido documento se aplica às entidades de todos os níveis governamentais e tem por objetivo proporcionar aos fornecedores e prestadores estabelecidos nos Estados-partes e aos bens, serviços e obras públicas originários destes Estados-partes um tratamento não-discriminatório no processo de contratações efetuado por entidades públicas. Nesse processo é devido considerar as diferenças entre o tamanho das economias dos Estados-partes, através de patamares diferentes para sua aplicação. Ainda, ele deverá ser realizado de forma transparente e com a observância dos princípios básicos de

---

<sup>166</sup> *Idem*, p. 38.

<sup>167</sup> *Idem*, p. 38-39.

<sup>168</sup> Um anterior estudo sobre a questão das compras governamentais, que se refere à criação de um grupo *ad hoc* para o trato da questão e à tomada das resoluções ns. 79/97 e 34/98 GMC, pode ser visto em XAVIER BASALDÚA, R. *Op. cit.*, p. 228-231.

legalidade, objetividade, imparcialidade, igualdade, devido processo, publicidade, vinculação ao instrumento da concorrência e a outros que concordem com ele<sup>169</sup>. Algum progresso, mesmo que lento, é presenciado.

### 3.3.f) A aplicação das normas

Algumas considerações sobre a incorporação da normativa Mercosul sobre direito da concorrência são necessárias, após o levantamento das regras materiais e procedimentais, uma vez que os Estados-partes não possuem mecanismos de recepção direta das regras editadas pelos órgãos integracionistas. A manutenção do sistema dualista pode tornar as normas absolutamente inócuas e contribuir para o não-atingimento do mercado comum. Evidentemente que só com a incorporação das normas a integração estará assegurada. É nessa etapa, segundo RIMOLDI DE LADMANN, “onde se fracassa”<sup>170</sup>. Aqui se fala das normas que existem, das que forem criadas para o suprimento das lacunas e das que forem criadas para substituir as já existentes e atacadas pela doutrina.

Assim, cabe questionar como se legitimam os atos emanados dos órgãos do Mercosul, ainda que o interesse específico seja relacionado aos acima vistos. A aplicação das normas do Mercosul depende da constituição de cada Estado-parte<sup>171</sup>. Nem todas as constituições autorizam a transferência de competências às instituições. A isso há uma verdadeira aversão histórica. Nem as regras dispõem de princípios como o de primazia do direito da integração. Algumas doutrinas observam que pelo fato das normas do Mercosul necessitarem de concordância unânime dos Estados-partes, a elas deveria ser reconhecido efeito direto e imediato<sup>172</sup>. Outras observam que o fato de o Mercosul poder praticar todos os atos necessários à realização de seus objetivos, segundo o artigo 35 do Protocolo de Ouro Preto, é o reconhecimento de alguma supranacionalidade ao Mercosul<sup>173</sup>. Todavia, assim não ocorre. Em verdade, nenhum dos princípios aplicados ao ordenamento comunitário e vistos no primeiro capítulo deste estudo se aplica ao Mercosul<sup>174</sup>. Uma norma do Mercosul só tem efeito depois que todas as partes tiverem adotado as medidas necessárias segundo as leis

---

<sup>169</sup> *PRIMER Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur: un foco para el proceso de integración regional*, p. 16.

<sup>170</sup> RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *Op. cit.*, p. 148.

<sup>171</sup> A questão da hierarquia das normas emanadas dos órgãos do Mercosul na órbita interna é estudada em OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur. In: BASSO, Maristela (Org.). *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros*, p. 76-87 e amplamente em VENTURA, Deisy. *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional*, p. 167-223, para quem os Estados-partes se dividem em potencialmente federalistas, sendo a Argentina o mais deles, e irredutíveis soberanistas, sendo o Uruguai o mais deles.

<sup>172</sup> ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Op. cit.*, p. 49-50.

<sup>173</sup> Chamada de supranacionalidade mínima, qual seja, aquela para existir. MARQUES, Cláudia Lima. *O “Direito do Mercosul”: Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração*, p. 80 e MARQUES, C. L. *Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul: primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor*, p. 85-87.

<sup>174</sup> Estudados um a um em sua relação com o Tratado de Assunção em SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 102-115, onde o autor inclusive avilta a possibilidade de que alguns atos emanados dos órgãos do Mercosul não se submeteriam à necessidade de um processo de incorporação, ao que, na época, não encontrou fundamento.

nacionais<sup>175</sup>. Existe uma ampla tendência nos países de dar preferência à constituição nos casos de conflitos entre normas de direito internacional público e direito interno<sup>176</sup>. Ademais, a incorporação de normas não tem prazos definidos, ausência que aparenta ser o maior inimigo da normativa Mercosul, ainda que a Decisão n. 20/02 CMC busque prevenir o atraso da incorporação das normas do Mercosul.

Resumindo, a validade interna das normas depende da necessária concordância parlamentar e da publicação dos documentos. Com isso, tornam-se direito nacional e ainda diretamente aplicável. Todavia, as constituições são sempre supremas<sup>177</sup>.

No Brasil, decisões, resoluções, e diretivas de órgãos do Mercosul não encontram aplicabilidade direta e imediata. A norma constitucional brasileira não determina aos tratados uma posição superior em relação às leis nacionais, ainda que a integração latino-americana seja um princípio constitucional. Também não há norma que autorize a transferência de competências aos órgãos internacionais. O país se orienta pela teoria dualista. Por ela, todos os tratados internacionais, mesmo os do Mercosul, devem ser transpostos para que tenham validade dentro da ordem jurídica brasileira. Após serem assinados, os tratados dependem da ratificação do Congresso Nacional. Ratificados e promulgados, ingressam no ordenamento jurídico nacional, sendo considerados, na hierarquia legislativa, como leis federais ordinárias<sup>178</sup>.

---

<sup>175</sup> A doutrina vê duas espécies de normas, assim aquelas que prevêm expressamente a necessidade de serem aprovadas pelos congressos nacionais e posteriormente ratificadas e aquelas que não contêm esta previsão. As segundas são as que os governos deveriam impor ao ordenamento nacional como necessárias à continuação do processo de integração. Aqui entende-se que nem sempre é necessária uma lei do Congresso para a incorporação. Na medida em que o conteúdo da norma corresponda à matérias de competência do poder executivo, como por exemplo as que organizam os trabalhos e o funcionamento dos órgãos do processo de integração, se teria entendido que a emissão pela autoridade competente de um ato que recepcionasse a norma do Mercosul seria um procedimento legal suficiente para a promoção da incorporação. Seria mesmo de bom alvitre não exigir de toda a norma do Mercosul a internalização segundo os mesmos requisitos exigidos para acordos de direito internacional público, normalmente afetada por demoras legislativas. OLIVAR JIMENEZ, M. L. *Op. cit.*, p. 67 e 72-76. Sobre os efeitos de uma eventual dispensa de transposição das normas do Mercosul ver VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 151. Por outro lado, há normas do Mercosul que entram em vigor através do que se chama protocolização na Aladi, como os acordos de alcance parcial. Todavia, o valor jurídico daquelas normas ainda é muito discutido e, no Brasil, tudo passa pela aprovação do Congresso Nacional. MARQUES, C. L. *O "Direito do Mercosul": Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração*, p. 81-83. Originalmente era prevista uma transposição facilitada para as normas técnicas, mas que não foi executada por nenhum Estado-parte. SAMTLEBEN, Jürgen. Der MERCOSUR als Rechtssystem. In: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000*, p. 71. Já o *PRIMER Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur: un foco para el proceso de integración regional* apresenta um gráfico na p. 33 onde se observa que sim, há normas que não necessitam de incorporação. A Decisão n. 23/2000 CMC sobre a incorporação da normativa Mercosul ao ordenamento jurídico dos Estados-partes trouxe novidades ao tema da implementação das normas, que podem ser conferidas em RIMOLDI DE LADMANN, E. I. *Op. cit.*, p. 142-146.

<sup>176</sup> SILVA, Elaine Ramos da. *Rechtsangleichung im Mercosul: Perspektiven für das Niederlassungsrecht von Gesellschaften anhand von Erfahrungen in der Europäischen Union*, p. 48-49.

<sup>177</sup> RAMOS, D. M. *Op. cit.*, p. 20-22 e TEPEDINO, Gustavo. Tecniche legislative ed interpretative nell'armonizzazione del diritto privato comunitario: l'esperienza del Mercosul. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário direito e globalização: a soberania*, p. 267.

<sup>178</sup> Ver mais sobre o tema em REIS, Márcio Monteiro. Aplicação das normas oriundas do Mercosul no Brasil. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário direito e globalização: a soberania*, p. 335-343. Sobre o famoso Caso Porto de Belém e a confirmação pelo Supremo Tribunal Federal que o

Problemático é o choque das disposições dos tratados com leis federais supervenientes. Nesse caso prevalece, segundo o direito nacional, contrariamente à sistemática do direito internacional, a máxima da *lex posteriori derogat priori*. Essa solução também entra em conflito com o sistema de solução de controvérsias estabelecido pelo Mercosul<sup>179</sup>. Por isso tudo a doutrina, segundo SILVA, aguarda para o caso de normas provenientes do Mercosul um afastamento da máxima<sup>180</sup>. Ademais do reconhecimento do mesmo patamar hierárquico para o direito interno e para o internacional, o país aplica, ainda, a regra *lex specialis derogat generali*<sup>181</sup>.

Na Argentina, os tratados internacionais que forem assinados têm uma posição hierárquica mais elevada que as leis nacionais, diferentemente do Brasil. Quando se trata de direitos humanos, existe a possibilidade de uma igualdade com as normas constitucionais. Da mesma forma, o Congresso argentino pode aprovar tratados que deleguem jurisdição e competências a organizações internacionais. Vê-se, com tal disposição, uma abertura a um sistema supranacional. Nesse caso, as normas oriundas dessas organizações possuem primazia às leis nacionais. Isso ficou evidente com a alteração constitucional ocorrida em 1994, já que o artigo 75, inciso 22, prevê que os tratados têm hierarquia superior às leis.

No Uruguai, a constituição não traz menção expressa ao relacionamento entre direito interno e direito internacional. Ela encontra-se em igualdade com a brasileira, apoiando a integração na América Latina, mas não prevê transferências de competências.

No Paraguai, assim como na Argentina, a primazia dos tratados internacionais e, em consequência, das normas do Mercosul frente ao direito interno, resulta diretamente da respectiva constituição, que é a norma hierarquicamente mais alta. O artigo 141 da lei maior paraguaia prevê que os tratados celebrados e ratificados pelo legislativo, após troca ou depósito dos respectivos instrumentos de ratificação, integram o ordenamento jurídico interno, em hierarquia imediatamente inferior à constituição.

Como visto, em todos os países a constituição tem a posição hierárquica mais alta. As diferenças estão nas relações com as demais normas nacionais. Argentina e Paraguai dão preferência aos tratados em relação às leis. O Brasil e o Uruguai calam-se sobre essa relação. Nesses países os conflitos são solucionados pelos princípios antes indicados de *lex posteriori derogat priori* e *lex specialis derogat generali*.

Em regra, como se observa dos modelos adotados, os processos de internalização são morosos. A conclusão é que a garantia de uma aplicação uniforme da ordem do Mercosul dentro dos Estados-partes é difícil. O direito do Mercosul não

---

rito da transposição se impõe igualmente às normas provenientes do Mercosul ver, em análise crítica, VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 155 e seguintes. Mais jurisprudência pode ser consultada em ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*, p. 144-158.

<sup>179</sup> CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 243.

<sup>180</sup> SILVA, E. R. da. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>181</sup> KLEINHEISTERKAMP, Jan. Seguridad jurídica en el Mercosur: La interpretación uniforme del derecho comunitario. In: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. *Globalización y Derecho*, p. 358; MARTINS, Renata. *MERCOSUR: Der Südamerikanische Gemeinsame Markt im Überblick*, p. 855 e VENTURA, D. *Op. cit.*, p. 192-193.

dispõe de uma dogmática comparável à comunitária, que envolve a primazia e a aplicabilidade direta do direito, bem como um cabedal jurisprudencial. Tais princípios não foram nem de forma expressa nem por outras medidas transportados ao Mercosul. Em função dessas ausências, sobretudo da supranacionalidade, é que não se pode falar de um direito comunitário do Mercosul, como já observado. Do contrário não haveria uma separação doutrinária entre este e o direito da integração. Isso ficou evidente por oportunidade das tratativas para o Protocolo de Ouro Preto, quando uma proposta uruguaia referente ao capítulo das fontes jurídicas foi recusada. O princípio da aplicação simultânea, constado no artigo 40 do Protocolo de Ouro Preto, contraponto da aplicação imediata, torna a transformação das normas do Mercosul em direito interno dependente dos Estados-partes<sup>182</sup>. Assim as relativas ao direito da concorrência, anteriormente vistas.

---

<sup>182</sup> WEHNER, Ulrich. *Der Mercosur: Rechtsfragen und Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojektes und die Erfolgsaussichten der interregionalen Kooperation mit der Europäischen Union*, p. 111-119.

### 3.4. ALTERNATIVAS PARA O MERCOSUL ATINGIR A FASE DE MERCADO COMUM

A passagem do período de transição de zona de livre comércio à união aduaneira, como etapas preliminares à última fase, de mercado comum, apresenta-se como o momento mais apropriado para fomentar a questão das cinco liberdades econômicas fundamentais. O mercado comum requer a liberação não apenas da circulação de bens, mas também de todos os demais fatores de produção, isto é, as pessoas, os serviços e os capitais, para os quais, a partir de então, não existam obstáculos para entrada e saída no interior de cada Estado-parte. Para o alcance da etapa de mercado comum, imprescindível se faz a presença delas, entre as quais também está a de concorrência. Um sistema de livre concorrência requer que os Estados-partes se abstenham de conceder às empresas subsídios que falseiem, ou ameacem falsear essa liberdade, a produção ou o comércio entre eles, bem como a proibição de outras práticas destinada aos operadores privados e públicos.

Durante esse período de transição, devem ser declinados os níveis em que essas liberdades serão realmente implementadas e as condições necessárias para viabilizá-las, além do incremento das políticas macroeconômicas. Nesse sentido, a observação do exemplo da Comunidade Européia, quanto às experiências positivas lá operadas, é pertinente. Reconhece-se, por outro lado, que a liberdade de concorrência constituirá, pela sua própria natureza e abrangência, um desafio permanente ao processo de integração, dependendo, entre outras variáveis, principalmente da vontade política das autoridades dos Estados-partes e dos seus nacionais à sua plena consolidação.

A construção de um espaço integrado de liberdades impõe-se a um mercado comum autêntico. Somente com a conformação da liberdade de concorrência, e das outras, será possível constituir o Mercosul em um verdadeiro mercado comum. Nesse sentido, a defesa do direito “que as empresas têm de, no âmbito de um bloco, serem submetidas às mesmas regras e exigências para que possam competir em igual condição”<sup>1</sup> é um preceito fundamental para a consagração da terceira etapa da integração econômica, por ser relevante um sistema eficaz e completo de proteção da concorrência e repressão aos abusos do poder econômico, sob pena de comprometer irremediavelmente o funcionamento das estruturas e da atuação dos agentes econômicos no mercado.

A busca por alternativas para a conformação das liberdades fundamentais, aqui especialmente a liberdade de concorrência, para com isso possibilitar o alcance da fase de mercado comum, é o foco desta última parte do estudo. Em verdade, é necessário encontrar alternativas ao pensamento de que só a opção pela supranacionalidade conduziria o processo ao mercado comum. Um dos caminhos para a conformação da liberdade de concorrência em particular seria tratá-la como a quinta liberdade econômica fundamental.

---

<sup>1</sup> SILVA NETO, Orlando Celso; MELO, Suzana Soares. Considerações sobre cooperação jurisdicional no âmbito do Mercosul. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*, p. 87.

A defesa da liberdade de concorrência e a garantia de adequadas condições de concorrência pertencem às medidas que devem ser tomadas para o alcance, inicialmente, e posteriormente para o funcionamento do mercado comum, o objetivo final do Mercosul. Há a necessidade de inclusão efetiva de uma tal normativa na agenda do processo de integração. Além dessa contribuição, a concorrência promoveria um crescimento do tráfego comercial transfronteiriço, bem como uma elevação da competitividade das empresas da região. Por tudo isso também a liberdade de concorrência é vista como uma das fundamentais.

O alcance de um mercado comum por esse processo de integração criaria novos espaços para pessoas jurídicas e naturais, conduzindo para uma modernização econômica e tecnológica e melhorando a oferta e a qualidade dos bens e serviços para os consumidores. Outras vantagens extensivas a esses seriam a queda dos preços, acesso a produtos de alta tecnologia, a produtos condizentes com as normas protetivas do meio ambiente, a uma ampla oferta e a um regular abastecimento.

O Protocolo de Defesa da Concorrência existente é um instrumento válido, com aplicabilidade abrangente. Ele tem como modelos as leis dos Estados-partes. Essas legislações contribuem para a interpretação de suas regras. A fundamentação nas referidas leis nacionais é um elemento positivo, pois afasta inúmeras divergências que seriam sensíveis se um outro sistema totalmente divergente delas tivesse sido o escolhido.

Por outro lado, a existência de modelos em pleno funcionamento, com vasta jurisprudência, como o comunitário e o norte-americano, o primeiro aplicável a um processo de integração, e um estudo e o conhecimento prévio deles, aqui parcialmente realizado, elevam o Mercosul ao posto de grande beneficiário desses exemplos, com vistas a se tornar um terceiro grande sistema jurídico concorrencial, especialmente em temas que se referem ao mercado comum, por perseguir esse objetivo, como por exemplo a afetação do comércio entre os Estados-membros, mas também quanto ao aspecto de como a Comunidade valeu-se da concorrência para a superação dessa fase de processos de integração na qual se encontra o Mercosul. Os aspectos materiais e processuais das normas comunitárias e outras são muito importantes e por tal foram vistos anteriormente, mas mais é o uso verificado da concorrência como instrumento e meio para o efetivo alcance da fase de mercado comum e agora funcionamento da fase de mercado interno. Essa foi a principal contribuição.

Na doutrina, observa-se que SILVEIRA conclui em seu estudo que “O objetivo do Mercosul somente será plenamente atingido por meio da livre circulação de fatores produtivos, com a garantia da livre concorrência no mercado regional. Caso contrário, o direito de escolha do consumidor, garantido pelo livre comércio, será destruído pela ação nociva dos monopólios, oligopólios e demais formas de *trust*”<sup>2</sup>. Tendo em conta os objetivos deste estudo, é de ser citado aqui como efeito da não-conformação da liberdade de concorrência não só o prejuízo ao direito de escolha dos consumidores, mas também o não-atingimento da fase de mercado comum.

---

<sup>2</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, p. 224.



CUNHA, em precisa comparação que faz dos sistemas comunitário e mercosulista, chega à conclusão que o fato de o Mercosul ser intergovernamental dificulta a aplicação eficaz do seu direito da concorrência e que a Comunidade Européia, por seu caráter supranacional, desenvolveu o emprego efetivo desse direito que veio a se constituir num pilar para o aprofundamento da integração<sup>3</sup>. Para tanto, o primeiro aspecto analisado é a diferença entre as organizações internacionais intergovernamentais e as supranacionais. Posteriormente, são analisados os poderes dos órgãos das organizações. Por fim, conclui com uma exposição de perspectivas de desenvolvimento do direito de defesa da concorrência no Mercosul mesmo sob um regime intergovernamental, uma vez vista a indispensabilidade do regramento concorrencial para o alcance da fase de mercado comum.

Quanto ao primeiro enfoque, uma organização precisa estar acima dos conflitos de interesses dos Estados e das rivalidades que podem resultar do relacionamento entre eles. O modelo supranacional traz essa possibilidade, o que não ocorre com o modelo intergovernamental. Assim, no Mercosul a atribuição de poderes teria sido muito pequena e, em função disso, como sabido, a organização não dispõe de autonomia, os órgãos criados não são independentes e a aplicabilidade do direito depende de internalização. Isso influenciará a formação do direito da concorrência, que por si só padece da fraqueza institucional, e a aplicação pela organização desse direito. Segundo o modelo adotado, aos órgãos do Mercosul falta poder para atingir seus objetivos. Eles são frágeis, bem como o poder de execução de suas decisões, e dependem dos governos nacionais. O bloco necessitará legislar mais sobre a concorrência. A função legislativa é desempenhada por órgãos que carecem de poder, como visto. Embora o direito criado tenha caráter vinculante, lhe falta aplicabilidade direta. A entrada em vigor desse direito só ocorre após a internalização. Ao Estado-parte ou ao particular afetados por esta não-internalização resta a possibilidade de recorrer ao sistema de solução de controvérsias. Há entre a Comunidade e o Mercosul uma diferença nos destinatários das normas, uma vez que aquela tem como tais os particulares e este os Estados, o que resulta em processos distintos de aplicação do direito. Outro problema é que no Mercosul o direito derivado não predomina sobre o nacional, carece pois de primazia.

Já na Comunidade, a Comissão e as autoridades e os tribunais nacionais aplicam o direito da concorrência. A função administrativa dos órgãos envolve a apuração de infrações, a tomada de decisões e a execução destas. Aqui a falta de aplicabilidade direta e de primazia pode comprometer a formação de um sistema eficiente de defesa da concorrência. Além de tudo, há diferenças no sistema de votação, que no Mercosul requer consenso. O direito é aplicado pela colaboração ativa entre os órgãos nacionais e os comuns. Os órgãos comuns agem por intermédio dos órgãos nacionais, a quem está encarregada até a aplicação das sanções. Nesse ponto, uma ineficiência do sistema é a possibilidade de haver uma não-colaboração do órgão nacional, quanto à requisição de informações, por exemplo, ao não ter interesse em punir uma empresa de sua nacionalidade. A carência de informações inviabilizaria a instrução de um processo. Tal acontecimento demonstraria ainda a prevalência dos interesses de um país sobre os do bloco. No Mercosul a função judiciária não é desempenhada por órgão algum. O método de solução de controvérsias é

---

<sup>3</sup> CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, p. 251-274.

extrajudicial. Em matéria de defesa da concorrência recorre-se diretamente à arbitragem entre os Estados. O particular envolvido em nenhum momento faz parte diretamente do conflito. Os órgãos do Mercosul não podem acionar um Estado, o que só é permitido a um outro Estado.

O resultado é que as diferenças são enormes, não somente no direito da concorrência, mas em toda a integração. A Comunidade criou um sistema eficaz de defesa da concorrência, que muito ajudou no aprofundamento da integração. Suas normas têm aplicabilidade direta, os procedimentos não dependem das autoridades nacionais e há um órgão jurisdicional. No Mercosul a realidade é outra. Ele não dispõe de órgãos fortes para desempenhar a função de criação e aplicação das normas da concorrência, o que torna o seu sistema de defesa de difícil aplicação.

A conclusão trazida por CUNHA é que o direito “europeu é mais eficiente, pois se criou tribunal supranacional para resolver os conflitos, órgão com ampla competência e poderes, suficientes para impor suas decisões aos Estados-membros, atingindo, também, na matéria da concorrência, diretamente os particulares”<sup>4</sup>. Já o sistema de defesa da concorrência no Mercosul “apresenta falhas estruturais. Bem que se tentou estabelecer um sistema eficaz de defesa (...), mas a falta de poder dos órgãos não permitiu efetivamente o desenvolvimento desta função”<sup>5</sup>.

Também para CUNHA, como se depreende, a intergovernabilidade é o bode expiatório. Segundo ele, “O melhor dos mundos seria a criação do sistema supranacional de defesa da competição, com a supranacionalidade do órgão de aplicação da lei e do controle jurisdicional, além do direito secundário obrigatório e diretamente aplicável. (...) O ideal, para o Mercosul, seria a formação do sistema totalmente supranacional, com órgãos que realmente detivessem poderes legislativos, administrativos e judiciários”<sup>6</sup>, acompanhando e bem representando forte entendimento doutrinário retratado. Sim, há uma probabilidade que este quadro seja o ideal.

Mas então ficar-se-á sem um direito da concorrência e sem a sua aplicação porque não há órgãos supranacionais? É possível pensar em algo mesmo sem a supranacionalidade? De fato, como já ressaltado, é necessário encontrar alternativas ao pensamento de que só a opção pela supranacionalidade conduziria o processo ao mercado comum. A supranacionalidade no momento atual é algo inatingível, não desejado por setores importantes governamentais e doutrinários. É possível pensar em algo com o sistema que está à disposição? Afinal, este sistema foi o alguma vez escolhido. Não há outro leito por onde o Mercosul possa fluir. Não se pode colocar todas as esperanças numa alteração de sistema que não tenha a menor previsão de ocorrer e nem atual viabilidade de concretização, para a qual desde o transpasse da fase provisória a doutrina não apresenta inovações que não sejam vinculadas à aceitação da supranacionalidade. O sistema à disposição tem suas deficiências, mas é um sistema. A OMC e outras dezenas de organizações internacionais não têm supranacionalidade. Muitas não se desenvolveram ao patamar da Comunidade Européia, mas nem por isso padeceram. Também nem o sucesso da Comunidade é

---

<sup>4</sup> *Idem*, p. 270.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 273.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 274.

devido exclusivamente à supranacionalidade. Apenas conferi-la ao processo do Mercosul não o torna um mercado comum.

É possível pensar-se em outros caminhos de progresso para o regramento da concorrência que não envolvam apenas as consagradas medidas de modernização das normas, fortalecimento das agências nacionais, dotar os órgãos de instrumentos legais apropriados, atribuição de autonomias, treinamento dos funcionários, troca de experiências através de cooperações técnicas, aceleração de processos decisórios pela implementação de processos não tão burocráticos, ainda?

O processo vive em descompasso, uma zona de livre comércio ainda não está completamente efetivada, o Código Aduaneiro não foi posto em vigor, as alfândegas não estão preparadas para gerenciar (quando muito para fiscalizar) o processo aduaneiro, a harmonização das legislações não ocorreu, a que há é fundada na origem comum no direito romano dos direitos dos países, a supranacionalidade não vai vir, nem um tribunal com essas características, as normas que o bloco tem não são dotadas de aplicabilidade direta, muito menos são claras, e isto traz dificuldades para a solução dos conflitos. Está-se, sobretudo e mais sensivelmente, em meio a uma crise econômica. Aumentada um pouco mais essa lista de problemas, não seria difícil pensar-se que se está frente ao fim<sup>7</sup>.

Há como possibilitar avanços com o sistema atual de intergovernabilidade? A OMC não é supranacional e teve um *Panel* e acolheu uma proposta de código mundial. Porque o Mercosul precisa ser supranacional? Seria ótimo se fosse, mas não é. A adoção da supranacionalidade teria de passar pela modificação da constituição brasileira, por exemplo. Para tanto, segundo CAMPELLO, seria imprescindível “varrer da mentalidade política do Brasil a falácia da nacionalidade exasperada que leva a uma visão paroxística de soberania, incompatível com a ideologia da integração a que se dizem filiar os países do Mercosul”<sup>8</sup>, o que não tem se mostrado fácil. Implicaria, ainda, uma necessidade de observar mais detalhadamente a experiência jurisprudencial do TJCE, pois ele trabalhou sob tal regime, concebendo princípios.

Isto posto, a doutrina oferece, sobre a real possibilidade de se instaurar um sistema de defesa da concorrência com características intergovernamentais, algumas idéias de reforma. A primeira seria a transformação do Comitê de Defesa da Concorrência em órgão autônomo, sem a necessidade de tomar todas as medidas *ad referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul, mediante a reforma do Protocolo

---

<sup>7</sup> Sobre a possibilidade da integração do Cone Sul conseguir resultados eficazes no continente americano, CASELLA traz a afirmação de que a evolução de seu processo está confirmando a inviabilidade de ser alcançada a etapa de mercado comum, cuja proposta entende ser tanto questionável quanto inútil, pois “está se mostrando demasiadamente ambiciosa e de alcance político e institucional maior do que nossos dirigentes estariam aptos a captar e conduzir”. Entre críticas e descrenças implícitas, o autor também acusa os governos locais, com especial destaque para o caso brasileiro, de imobilismo e falta de visão. CASELLA, Paulo Borba. *Mercosul: exigências e perspectivas*, p. 263-266. Muito embora outra doutrina diga que o Brasil e a Argentina viveram décadas de hostilização ou afastamento recíprocos e hoje se apresentam como países que aceitam “uma relativa interdependência regional”. ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Mercosul: fundamentos e perspectivas*, p. 15.

<sup>8</sup> CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, p. 295.

de Ouro Preto e sua previsão lá<sup>9</sup>. A segunda refere-se à obrigatoriedade de constituição de órgãos nacionais de defesa de concorrência. Por fim, possibilitar que as diferenças entre os Estados e o órgão comum sejam também levadas ao sistema de solução de controvérsias. Com isso entende a doutrina que haveria a possibilidade de aplicação efetiva da lei de defesa da concorrência no Mercosul<sup>10</sup>.

Mas como desenvolvê-la de forma mais efetiva, e com isso também acelerar o alcance da fase de mercado comum? A primeira nova alternativa, especificamente dirigida à conformação da liberdade de concorrência, é vê-la como a quinta liberdade econômica fundamental. A Comunidade Européia parece ter assim entendido. Lá, as liberdades fundamentais tradicionais se desenvolveram mais rapidamente que a liberdade de concorrência e qualquer outra original política comunitária. Em momentos posteriores, a liberdade de concorrência foi se desenvolvendo e se aproximando das liberdades fundamentais, em função do que, no primeiro capítulo foi dito que ela deve ser considerada como a quinta. A sua consideração e introdução nessa categoria em um processo de integração em formação, desde os seus primórdios, permitiria a sua plena conformação e, conseqüentemente, o mais rápido atingimento da fase de mercado comum.

O que este trabalho deseja fomentar é não somente o estabelecimento de um direito de defesa da concorrência<sup>11</sup>, mas sim o atingimento da fase de mercado comum. Para isto o bloco pode se valer da contribuição da liberdade de concorrência (ou do direito público subjetivo à ela<sup>12</sup>) a partir de sua visão como uma quinta liberdade econômica fundamental. Assim, além de o direito da concorrência fornecer elementos preciosos para a regulamentação do comércio entre os Estados-partes e entre estes e outros Estados, aqui se quis demonstrar o seu papel para o atingimento da fase de mercado comum.

Uma liberdade de concorrência, efetivada por um direito da concorrência, vista como uma quinta liberdade econômica fundamental, tornaria o Mercosul um processo de integração preparado juridicamente, e não tão dependente da política, para implementar rapidamente o que falta. O plano jurídico preparado poderia conduzir o político meio que a reboque. Esse patamar jurídico antecipar-se-ia ao momento do estabelecimento de barreiras indiretas, motivo pelo qual esta idéia vem vinculada à criação de regras para o controle da concessão das ajudas públicas.

Todas essas questões, quais sejam a visão da liberdade de concorrência como uma quinta liberdade fundamental, a necessidade da regulação da concessão de ajudas públicas, o estabelecimento do direito como a base garantidora do processo, entre outras, como a mercosulização das normas existentes e a aplicabilidade de princípios

---

<sup>9</sup> Composição, responsabilidades e poderes do reformado Comitê podem ser vistos em CUNHA, R. T. da. *Op. cit.*, p. 275-278.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 274-279.

<sup>11</sup> No que se diferencia dos objetivos de CUNHA, ademais de ele ter delimitado negativamente a sua obra, com a exclusão de temas como os subsídios por parte dos governos dos Estados-membros. *Idem*, p. 5-16.

<sup>12</sup> Sobre o caráter de direito público subjetivo do direito comunitário primário, classificação sob a qual estão tanto as liberdades fundamentais tradicionais como a da concorrência, ver KINGREEN, Thorsten; STÖRMER, Rainer. *Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts*, p. 263-290. Especificamente sobre o referido caráter nas liberdades tradicionais ver KINGREEN, Thorsten. *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 23-37.

processuais da proposta de código internacional da concorrência no direito do Mercosul, são apresentadas a seguir como alternativas para o avanço do processo de integração que ocorre no Cone Sul até o alcance da fase de mercado comum.

### 3.4.a) A visão de quinta liberdade fundamental

Os Estados-partes do Mercosul, ajustados em um projeto de integração, decidiram criar um mercado comum. Esta é uma das formas possíveis de integração. Um processo de integração que opta pela constituição de um mercado comum exige a convergência de políticas econômicas. Ele pressupõe a eliminação de barreiras, uma tarifa externa comum e a conformação das liberdades econômicas. Os processos em curso atualmente não se resumem mais a garantir aspectos econômicos, mas sim envolvem fenômenos sociais. Evoluíram, é possível dizer, pois todos começam tendo um interesse econômico. O que mais levaria com sucesso países a sentarem ao redor de uma mesa? Prova da mudança é a Comunidade, que eliminou o termo econômica do nome e em Amsterdam deu sensível preferência a aspectos sociais<sup>13</sup>. O Mercosul, mesmo tendo surgido com um propósito fortemente econômico<sup>14</sup>, já está em busca de uma melhor participação do cidadão, através da difusão de um sentimento de pertencimento (*sentimiento de pertenencia; Gefühl der Zusammengehörigkeit*)<sup>15</sup> ao processo. Mas não só a integração tem uma faceta social. A concorrência também, ao pleitear o estabelecimento de uma cultura de concorrência<sup>16</sup>.

Para que um processo que pretenda atingir a fase de mercado comum se complete, ele necessita garantir a concorrência dentro do mercado. Há, pois, necessidade de regras e regulamentações. Só a liberalização do comércio não se apresenta como mecanismo suficiente para a regulação do mercado<sup>17</sup>. O progresso tecnológico e eficiência econômica que uma integração oferece e procura, ao mesmo tempo, não podem ser desordenados. Uma ausência de regras permite limitações à concorrência e conduz o processo a uma desintegração<sup>18</sup>. Empresas privadas se valem das suas dimensões atingidas com os processos de aglutinação que a própria integração enseja e os Estados são levados a usar artifícios para garantirem a competitividade de suas empresas. Os Estados são os mais perigosos inimigos da

<sup>13</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercosul e a livre circulação de pessoas*, p. 62-63, 65, 81, 93-94, 96, 104, 109 e 125-126, 133.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 112. Sobre ser o Mercosul mais que somente um processo econômico, isto é, ter como objetivos também a paz, solidariedade e o bem-estar, que transpõem uma chamada globalização dos mercados, ver MANÓVIL, Rafael Mariano. Das Unternehmensrecht im MERCOSUR. In: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000*, p. 145-146.

<sup>15</sup> Sobre a importância de um tal sentimento para o avanço do processo ver JAEGER JUNIOR, A. *Op. cit.*, p. 125-126 e BASEDOW, Jürgen. Der MERCOSUR als Integrationsmodell. In: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). *Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000*, p. 11-12. A participação da sociedade civil no processo de integração europeu pode ser conferida em FLESCHEBERG, Jana. *Civil society and regional integration in the EU: history and concept*, p. 102-116. Já a ausência de uma dimensão social no Mercosul pode ser conferida em JAEGER JUNIOR, A. *Temas de direito da integração e comunitário*, p. 36-43 e em JAEGER JUNIOR, A. *Mercosul e a livre circulação de pessoas*, p. 59, 99, 111-129 e 175-176.

<sup>16</sup> BISCHOFF-EVERDING, Peter. *Wettbewerbsrecht im MERCOSUR*, p. 234.

<sup>17</sup> Questionamentos sobre se a mera liberalização é suficiente para o estabelecimento de fato de fatores de mobilidade, isto é, do mercado comum, podem ser acompanhados em BEHRENS, Peter. *Integrationstheorie: Internationale wirtschaftliche Integration als Gegenstand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung*, p. 33.

<sup>18</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 236-237.

concorrência<sup>19</sup>, os inimigos públicos número 1<sup>20</sup>, pois não resistem à tentação de intervir, o que tem sido mais prejudicial que a própria quebra do mercado<sup>21</sup>. Por tal motivo, a Comunidade legislou a proteção à liberdade de concorrência desde o seu princípio. A concorrência serviu como instrumento para a remoção de barreiras e para a segurança da liberdade de circulação econômica no mercado criado. O direito que a ela serve, como já visto, foi de fundamental importância para a integração das economias e para o alcance da fase de mercado comum, a ponto de ter sido considerado que a liberdade por ele protegida foi elevada à categoria de liberdade fundamental.

Há, pois, uma relação entre integração e concorrência, conforme aponta BISCHOFF-EVERDING. A integração dos mercados favorece a concorrência, a queda das barreiras dá margem a abusos, que devem ser disciplinados, mas também permite a entrada de produtos em benefício dos consumidores, por um lado, e a concorrência permite que a integração avance, pois as empresas saem de forma transfronteiriça a abrir filiais e se fusionar em busca de vantagens comparativas, por outro. Ambas perseguem o mesmo objetivo de melhor alocação de recursos. Mais concorrência conduz a uma competitividade em relação a terceiros mercados<sup>22</sup>.

O segundo passo desse raciocínio será aprofundado aqui, qual seja, analisar como esta nova visão atribuída para a liberdade de concorrência pode ser útil para o Mercosul atingir o seu mercado comum, isto é, o seu estágio final de integração. A integração do Mercosul é baseada na premissa da concorrência e até leis materiais já existem para tanto. A questão que se espera evidenciar é que a concorrência pode auxiliar o Mercosul em seu objetivo ou, ao menos, que a visão da liberdade de concorrência como a quinta liberdade econômica fundamental pode auxiliar a conformação do direito de concorrência.

Neste trabalho já foram levantados alguns estudos doutrinários que vêem a liberdade de concorrência como a quinta liberdade econômica fundamental, imperiosa de estar conformada, o que pode ser entendido que só ocorre com a existência de um direito em vigência, para o alcance da fase de mercado comum pelo Mercosul. Discussão como a de se a liberdade da concorrência é a quinta ou não talvez nem tenha sido feita de forma exaustiva e além da doutrinária no âmbito comunitário. Três quartos dos Estados-membros aderiram ao Tratado de Roma. Se alguém realizou essa discussão, foram os seis países fundadores. Os demais, como dito, aderiram.

Na Comunidade Européia, o mercado comum, criado pelos Tratados constitutivos, já está consolidado. Com a vigência do Ato Único Europeu (AUE), foi elevado à categoria de mercado interior<sup>23</sup>. Porém, o atingimento desse patamar se

---

<sup>19</sup> EMMERICH, Volker. *Kartellrecht*, p. 19.

<sup>20</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, p. 21.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 22 e CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*, p. 176. Por outro lado, há empresas que se beneficiam desta intervenção, pois ela pode vir a limitar a competitividade de empresas rivais com muito mais eficácia que as próprias práticas das empresas com esta finalidade e, ainda, com um custo bem menor do que se as empresas mesmas tivessem de sustentar medidas colusórias. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>22</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 234-236.

<sup>23</sup> Sobre essa modificação no nome da fase de integração e sobre o momento vivido pela integração européia, lembra-se, além do já visto no primeiro capítulo, que “Há opiniões relevantes que chegaram a

procedeu de forma progressiva, durante quase vinte e cinco anos<sup>24</sup>. No Mercosul a realidade é outra. Essa integração está em meio a um processo fundacional. Por isso, é deveras oportuna a discussão. Aqui, o sucesso do Mercosul depende do alcance da fase de mercado comum. Este está diretamente relacionado com a efetivação das normas que regulam a concorrência e a conformação da liberdade de concorrência, por sua vez, com a sua visão como uma quinta liberdade econômica fundamental.

A Comunidade, entre todos os exemplos que poderia fornecer para a regulamentação de um direito da concorrência no Mercosul, como o dado nos aspectos materiais e processuais, deixa transparecer que o principal está no entendimento da liberdade de concorrência como uma quinta liberdade. O que ocorreu foi que as liberdades tradicionais apresentaram um desenvolvimento mais aligeirado que os demais aspectos, como as políticas, por exemplo. Nesse sentido, o que precisa ser desenvolvido, deve ser elevado a uma liberdade. Assim parece ter sido feito com a original política de concorrência. Pouco a pouco a liberdade nela implícita foi se aproximando em todos os sentidos das demais liberdades. Escolheu-se uma entre as políticas, e a esta foi dado um patamar especial. Pensamentos doutrinários e mesmo jurisprudenciais que sustentam essas alegações foram trabalhados no capítulo primeiro. Vale repetir que o direito comunitário da concorrência, tutelador da liberdade de concorrência, pode ter apresentado um desenvolvimento que hoje o equipara e aproxima em nível de importância para a manutenção do mercado interno, mas que uma vez se mostrou importante para o atingimento do mercado comum, às liberdades tradicionais, em função de a liberdade tutelada ter sido confirmada como uma quinta liberdade fundamental, o que hoje se manifesta em reformas pela busca de aplicabilidade direta e descentralização dos processos de aplicação das regras da concorrência.

Mas quais as vantagens desse deslocamento? Passar-se-ia a ver desde já, isto é, desde a fase na qual o Mercosul se encontra agora, a liberdade de concorrência como uma das liberdades fundamentais de um mercado comum, absorvendo de imediato o mecanismo, ou o instrumento, de desenvolvimento já constatado na Comunidade. Uma vez dada a importância de liberdade fundamental à liberdade de concorrência, o direito por ela tutelado apresentaria um desenvolvimento adequado e em paralelo, como por exemplo, com o da liberdade de circulação de bens no Mercosul. A liberdade de circulação de bens no Mercosul não está plenamente implementada, mesmo assim já apresentou um enorme sucesso, ainda que tenham sobrevivido crises é o que de melhor foi atingido, materializado no incremento das trocas comerciais entre os Estados-partes, e sobretudo se desenvolveu mais que o direito da concorrência. É o mesmo que dizer que o direito que rege a liberdade de circulação de bens é mais vigente que o direito que rege a liberdade de concorrência. O desenvolvimento unicamente das liberdades tradicionais não conduz ao alcance do mercado comum, ou ao menos ao seu funcionamento. Assim FRADERA, para quem ainda que a criação de um mercado comum suponha a existência das quatro liberdades, “elas não são bastantes em si para mantê-lo, e a normatização da

---

dizer que se trata do fenômeno mais importante deste século, mas outros grandes juristas e comunitaristas dizem que estamos ante uma reformulação do que era o mercado comum nos tratados constitutivos das CE.”. LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. El mercado interior: las cuatro libertades. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve (Coord.). *Mercosur y Comunidad Europea*, p. 90.

<sup>24</sup> BABACE, Héctor. La libre circulación de los trabajadores en el Mercosur. In: VÁZQUEZ, M. Cristina *et alli*. *Estudios multidisciplinares sobre el Mercosur*, p. 117.

concorrência é elemento essencial”<sup>25</sup>. Um desenvolvimento paralelo parece ser uma das alternativas encontradas pela Comunidade.

A primeira sugestão é, pois, positivar, em alguma das iniciativas de relançamento previstas ou mesmo em uma revisão do Tratado de Assunção, a liberdade de concorrência no direito originário, ao lado das demais, como a quinta. Em seguida, ter-se-ia o direito, particularizado em um dos seus âmbitos, o concorrencial, como base para o processo, já escrito, isto é, direito posto servindo como instrumento do atingimento do mercado comum e da própria evolução do processo.

Portanto, considera-se uma alteração no Tratado de Assunção. Este apresenta um rol de liberdades muito escasso, que precisa ser desdobrado com conhecimentos oriundos da economia até mesmo para se entender que o Mercosul apresenta quatro liberdades fundamentais. Não há como, todavia, e nem seria possível, propor ou ter esperado uma alteração no Tratado de Roma. Tal não foi, em primeiro lugar, necessário. Os desenvolvimentos se apresentaram independentemente dessa radical mudança. Vieram por meios doutrinários, jurisprudenciais e pelo direito secundário. Já no caso do de Assunção, a alteração com a inclusão expressa da liberdade de concorrência no rol das liberdades fundamentais promoveria efeitos nem que sejam psicológicos de que ela deve ser assegurada e desenvolvida na mesma proporção do que as demais e consolidaria o entendimento tido com a observação da sua contribuição na formação do mercado comum, de que ela é imprescindível para tanto.

### **3.4.b) A regulamentação das ajudas públicas**

A segunda alternativa, complementar, já que nenhuma é bastante em si, é solucionar o problema da grande ausência das regras da concorrência do Mercosul, qual seja a regulamentação das ajudas públicas. Pior que uma regra não estar em vigor é não haver regra para colocar em vigor.

Conforme EMMERICH, “O mais perigoso inimigo da concorrência é, de fato, como sempre, o Estado”<sup>26</sup>. A consequência de suas próprias práticas é, muitas vezes, a destruição da concorrência. Por tal motivo, a Comunidade legislou a atuação das empresas estatais e a concessão de auxílios públicos desde o seu princípio.

A doutrina do Mercosul não vê o caso de forma diferente. PASCAR observa que “O maior problema que enfrentam as agências de combate aos monopólios no Mercosul e no resto da América Latina não é disciplinar o setor privado, mas tratar a inconsistência das ações governamentais”<sup>27</sup>.

O estabelecimento de normas claras sobre as ajudas públicas no Mercosul seria, também para CARVALHO, uma “evolução do direito da concorrência”.

---

<sup>25</sup> FRADERA, Véra Maria Jacob de. *A integração européia e o Mercosul: confronto atual (direito da concorrência e integração em perspectiva comparatista)*, p. 89-90.

<sup>26</sup> EMMERICH, V. *Op. cit.*, p. 19.

<sup>27</sup> PASCAR, Norma. *Legislación sobre Defensa de la Concurrencia/Competencia en la Unión Europea y Ley Argentina*. In: PIMENTEL, Luiz Otavio (org.). *Direito da Integração: estudos em homenagem a Werter R. Faria*, p. 216 e PASCAR, Norma A. *Nueva Ley de Defensa de la Competencia en Argentina n. 25156/99. Actualidad en la Unión Europea. Protocolo n. 18 en el Mercosur*, p. 255.



Permitiria o alcance de objetivos de eficiência e equidade econômicas no espaço intra-regional, além de estar o bloco atendendo “às demandas próprias de um regime de livre comércio no plano internacional” e evitando provocar demandas de retaliação<sup>28</sup>.

De fato, entre os clássicos, como BALASSA, é sugerido aos países em desenvolvimento serem transparentes e controlarem as ajudas públicas, o que seria bem visto aos olhos internacionais<sup>29</sup>.

Todas as intervenções do Estado na economia importam em distorções da livre concorrência. E como a economia é um sistema, as distorções provocam conseqüências em todo o conjunto. Eventuais limitações à concorrência só podem ser fundadas em interesse geral, e não no de um setor específico que momentaneamente apresenta dificuldades. Essa decisão também não pode estar nas mãos dos agentes econômicos, mas sim nas do poder público, submetido a regras.

Como já visto, os legisladores deixaram de fora do Protocolo este importantíssimo aspecto da defesa da concorrência, qual seja a criação de normas comuns para a disciplina da concessão de ajudas públicas. Por isso, esta parte pretende novamente ressaltar a necessidade da correta utilização das políticas públicas para a garantia da proteção da liberdade de concorrência comercial e os efeitos da utilização incorreta dessas, especialmente quanto ao retardamento do alcance de tal liberdade e a conseqüente não-conformação da fase de mercado comum, um dos objetivos do Tratado de Assunção.

Enquanto um novo desafio, tem o Mercosul a imperiosa necessidade de ver reguladas todas as questões relacionadas à concorrência. Serve o direito comunitário da concorrência à função de modelo a ser validado ou não. Certo é que no modelo comunitário o tema foi tratado no início do processo e mesmo no direito primário.

A função da concorrência como elemento permitidor da fase de mercado comum é, talvez, para o processo do Mercosul a mais sensível. O mercado comum ensejou na Comunidade Européia o desaparecimento dos obstáculos diretos das barreiras, o que determinou uma nova orientação da Comissão relativamente ao controle dos auxílios públicos, inclusive com uma extensão desse conceito. A relação entre a concretização do mercado comum e o controle dos auxílios públicos conheceu uma intensidade crescente à medida que foram sendo eliminados os obstáculos diretos, através de proibições de restrições às liberdades de circulação. Neste momento as empresas ficaram mais sujeitas às regras de mercado e mais desamparadas, o que levou os Estados a recriarem certos obstáculos, só que indiretos, mas com efeitos análogos.

Buscaram os Estados, assim agindo, conservar pólos empresariais e industriais importantes pela atribuição de específicos benefícios a algumas empresas, que modificaram a estrutura concorrencial a seu favor, possibilitando a sua manutenção artificial no mercado. Esse fenômeno é conhecido na doutrina como o nexo funcional e teleológico entre mercado comum e a política de ajudas públicas, como já visto no capítulo antecedente. É nexos de esforços antagônicos, já que visa eliminar as barreiras

---

<sup>28</sup> CARVALHO, Evandro Menezes. *A integração econômica e o controle das ajudas estatais: uma evolução do direito da concorrência nos países do Mercosul*, p. xi, 7 e 4, respectivamente.

<sup>29</sup> BALASSA, Bela. *The 'New Protectionism' and the International Economy*, p. 422-436.

por um lado, o que gera para o outro um inafastável desejo de aumento de concessões. E isso por sua vez é fato que gera novas barreiras. Reafirmando, na exata medida e proporção em que se removem as barreiras nacionais ao livre fluxo, os Estados têm propensão de criarem barreiras indiretas de proteção artificial às suas empresas. No Mercosul, todos esses fenômenos ainda irão acontecer. Por isso, é necessária uma regulamentação desde já.

Algumas empresas podem transcender o direito ao diálogo e a legalidade do direito de petição e praticarem esforços corporativos para influenciarem as autoridades estatais. Nos países do Mercosul, mesmo práticas de subornos de autoridades públicas não são desconhecidas. As empresas podem praticar lobbies com a intenção de forçarem os Estados a tomarem medidas que venham a limitar a competitividade de seus parceiros, como por exemplo a concessão de determinados auxílios sem a observância de critérios mercadológicos, ou mesmo a não regular o mercado. A prática do *feel good factor* político-eleitoral é igualmente conhecidíssima nos países do Mercosul. Por trás dela é possível ser visto um efetivo prejuízo à concorrência.

Para tudo isso ser coibido, ou ao menos controlado, é imperiosa uma correta legislação que venha abranger o tema das ajudas públicas. Duas sugestões cabem ser feitas: inserir os resultados dos estudos realizados no Protocolo de Defesa da Concorrência e compatibilizar a questão com os dois Estados-partes que já o ratificaram ou continuar a desenvolver o caminho expresso na Decisão n. 20/94 até o surgimento de um protocolo próprio de regras destinadas aos Estados-partes. A legislação poderia seguir o princípio da concorrência em potencial<sup>30</sup>. Sob esse entender-se-ia que a ajuda pública somente pudesse ser concedida quando e se potencialize a concorrência no mercado relevante. Do contrário, não. A teoria da concorrência em potencial é aplicada para estimular e não para defender a concorrência, pois em última análise ela pretende que a empresa interessada em participar de um mercado novo o faça individualmente, por si própria, ou mediante a constituição de uma subsidiária, com o que acirrará a concorrência local<sup>31</sup>. Prevê a teoria que o ato somente seja condenado quando ele não aumentar a concorrência, quando não provocar o estresse da concorrência. Uma opção por seguir esta teoria seria uma alternativa válida para o Mercosul suprir sua lacuna. Deve, sobretudo, estabelecer regras claras sobre as compatibilidades e proibições, a serem determinadas por uma análise efetuada caso a caso ou por uma exemplificação de tipos, e submeter os Estados-partes à elas e a um controle.

### **3.4.c) O direito como base garantidora do processo**

A busca de alternativas fundadas em regulamentações tem suas razões. São sensíveis na história algumas experiências, em que o direito teve mais importância do que a política.

Nesse sentido, BEHRENS, ao comentar a evolução que as teorias de Adam Smith tiveram, observa que o Século 19 apresentou, com toda nitidez, uma integração econômica diferente. A integração vista correspondeu a esse novo sistema. Uma

---

<sup>30</sup> Referido em MAGALHÃES, José Carlos de; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. *A concentração de empresas e a competência do CADE*, p. 40-44.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 43.

ameaça a ele foi conhecida com o protecionismo do final do século e com a Primeira Guerra Mundial. Outra particularidade do sistema era a sua dependência de institutos jurídicos ou quase-jurídicos de característica integracionista, como o princípio da nação mais favorecida. Ante o quadro, afirma o autor que “Este fático mecanismo de regulação válido tornou a integração econômica internacional possível sem integração política, sem que os Estados se vinculassem politicamente (*ohne Weltstaat*). (...) o Século 19 realizou integração através do direito, não através da política”<sup>32</sup>. A referida dependência do processo ao direito tornava este mais garantidor que a política.

A liberdade de concorrência não se trata de um instituto novo. Muito menos o seu direito de defesa. Este surgiu para regular as anomalias posteriormente apresentadas pelo sistema substituto do mercantilismo e desde então é visto como um processo dinâmico. Nos primórdios do capitalismo, após a Revolução Industrial, havia concorrência, mas nenhum controle que garantisse o seu livre exercício. Adam Smith já defendia a tese da livre concorrência, criticando o protecionismo e os privilégios concedidos pelo Estado. Isso representava a libertação das limitações impostas pelo Estado mercantilista. Para ele, o mercado teria capacidade de auto-regular-se, sendo controlado por uma mão invisível, o que dispensava qualquer tipo de regulamentação, mesmo a da concorrência. Cada um teria a liberdade de determinar o que produzir e em que quantidade.

O desenvolvimento dos mercados na economia capitalista do Século 19 apresentou progressivo e constante aumento da concentração econômica. A liberdade prolatada permitiu uma concorrência exacerbada, com exageros do interesse individual e conspirações contra os consumidores, tendente a gerar cartéis, *trusts*, monopólios e oligopólios. Isso, por sua vez, fez com que aumentasse a intervenção estatal nos processos do mercado por mecanismos artificiais para resguardar o desenvolvimento, o que não era admitido pelos pensadores econômicos clássicos de então. Uma intervenção do Estado só era admitida nos setores que não apresentassem qualquer interesse à iniciativa privada. Em alguns momentos, já no declínio da doutrina clássica, essa intervenção foi extrema, como na época das Guerras Mundiais, pois os Estados precisavam de empresas grandes e fortes para a produção dos bens necessários para o abastecimento das nações. Com a queda dos regimes europeus, a economia capitalista adotou a estrutura econômica dos países vencedores.

Uma outra consequência foi a constatação que uma regulação do sistema pelo mecanismo da mão invisível tinha se tornado inapta. Por isso, foi necessário desenvolver um outro sistema de controle. Novamente o direito assume a função de garantir ao mercado o seu perfeito funcionamento. As primeiras leis, nesse sentido, surgiram nos Estados Unidos da América. A idéia era de uma concorrência que aumentasse o bem-estar dos consumidores<sup>33</sup> através da redução de preços e encorajamento de inovações<sup>34</sup>.

Tal antecedente histórico deve ser considerado hoje para se sugerir o direito como elemento propulsor e permissionário da integração, em substituição ao político

---

<sup>32</sup> BEHRENS, P. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>33</sup> Até hoje cada vez mais reverenciado em doutrinas como PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Bem-estar dos consumidores e repressão a cartéis liderados por associações e sindicatos*, p. 13-33.

<sup>34</sup> BELLAMY, Christopher. *Some reflections on competition law in the global market*, p. 17.

ou econômico. Em verdade, a integração é um fenômeno econômico que exige soluções jurídicas<sup>35</sup>, também.

BEHRENS, em uma de suas conclusões, quando da construção de uma teoria jurídica da integração, tem que “A contribuição do direito para a integração consiste primordialmente em tornar esta, em uma medida respectivamente definida, independente das vontades políticas dos Estados-membros, que mudam”. Todavia, lembra adiante que o direito subsume à política e que nesse ponto terminam as alternativas que a ciência constrói<sup>36</sup>.

No capítulo primeiro foi visto o papel das instituições e do direito para o desenvolvimento da liberdade de concorrência na Comunidade Européia. Sobre isso, DEZALAY e TRUBEK asseveram que “o volume, a densidade e a importância da legislação da Comunidade Européia têm sido ainda maiores que as previsões que poderiam ter sido feitas por observadores quando do processo de formação da Comunidade. As razões para a ‘juridificação’ da Comunidade Européia são complexas: a mais importante, talvez, é que foi provado ser mais fácil criar a Comunidade através do direito do que da política”, pela dificuldade do consenso interno dos Estados-membros<sup>37</sup>. A ausência de supranacionalidade no Mercosul, contudo, coloca a política em um patamar mais alto que o direito<sup>38</sup>. Aqui a realidade é um pouco diferente. Analisando também o espaço da América Latina, por exemplo, tem-se que as legislações foram implantadas com pouca discussão, que os administradores destas leis tiveram “que dedicar grande parte dos seus esforços para a tarefa de introduzir a existência de tais leis” e que os “sujeitos afetados (...) dedicam muitos de seus esforços em batalhas legais destinadas à defesa da legalidade das leis protecionistas do passado”<sup>39</sup>. A contribuição, pois, resulta sensivelmente diferente.

Na seqüência do processo de integração do Mercosul, o direito, como uma ordem da sociedade, é chamado a completar as estruturas faltantes, ao que a política não tem se mostrado engajada. Por isso, essa é uma proposta do direito. Vê-se aqui, impulsionado pelas milhares queixas doutrinárias sobre a falta de vontade política, o direito como elemento propulsor de um processo de integração. Uma proposta política diria que é necessária a internalização das regras. Evidente que ela é condição *sine qua non* de tudo o que foi visto, mas o direito tem mais a apresentar. Começa pela regra a ser internalizada, que no caso das ajudas públicas no Mercosul, por exemplo, não existe. A sugestão é que ela seja baseada em um patamar ótimo, que venha a conquistar um clamor da sociedade civil. Aí não há movimento político que possa ser forte para barrar o desenvolvimento de um processo de integração. E termina o direito constituindo um sistema que funcione por si só, independente das vontades políticas. Estas podem ser alteradas, mas o construído e garantido pelo direito permanece.

A alternativa aqui levantada é a criação de uma ordem jurídica, que seja já existente quando da chegada do mercado comum, dando condições ao processo

---

<sup>35</sup> SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>36</sup> BEHRENS, P. *Op. cit.*, p. 49-50.

<sup>37</sup> DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M. A Reestruturação Global e o Direito. In: FARIA José Eduardo (Org.). *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*, p. 50.

<sup>38</sup> MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Defesa da Concorrência, Supranacionalidade e Mercosul*, p. 182.

<sup>39</sup> TINEO, Luis. *Políticas de competencia en América Latina*, p. 91.

avançar. No inverso desse entendimento, igualmente válido, está que uma ordem de concorrência apressaria o alcance do mercado comum. A função da ordem jurídica para a integração dos mercados na Comunidade Européia foi analisada por MÜLLER-GRAFF<sup>40</sup>. Como citado anteriormente, a integração dos mercados comunitários não teria se tornado realidade sem a estrutura de uma ordem jurídica. Poderia a política se empenhar ao máximo, mas sem as soluções trazidas pelo direito, a integração não avançaria. O objetivo de mercado interno, como um avanço do mercado comum, reforçou essa dependência. A ordem jurídica possibilitou, estabilizou e integrou a integração dos mercados na ordem política geral. A essa tarefa servia a colaboração dos diferentes níveis da ordem jurídica, nominalmente os nacionais e o comunitário<sup>41</sup>. Cabia ao direito comunitário garantir as liberdades de circulação por meio das liberdades fundamentais e torná-las efetivas por meio de harmonização, bem como assegurar um sistema de concorrência não-falseado. Este exemplo é válido ao Mercosul.

#### 3.4.d) Mercosulização do Protocolo e da regra das ajudas públicas

O fato de apenas dois países terem normas infra-constitucionais consolidadas de defesa da concorrência é um fator que minora os efeitos e até auxilia a adoção de normas de integração nesta matéria. O exemplo mais evidente para uma mercosulização foi visto com o estudo da europeização das regras da concorrência, segundo a qual os Estados seguem promovendo uma harmonização das normas nacionais perante a comunitária sem que de cima venham regras que os obriguem<sup>42</sup>.

Para SILVA, “A preparação da liberdade e das condições de igualdade de concorrência através da harmonização de diferentes legislações nacionais é coisa do futuro”<sup>43</sup>, ainda que as legislações nacionais não apresentem barreiras. Todavia, o fato dos países não disporem de legislação específica pode ser também observado com bons olhos, pois permitiria uma mais fácil harmonização das legislações de concorrência por, em verdade, não existirem<sup>44</sup>. Aceitar a substituição das leis nacionais parece ser mais difícil que normatizar algo que não está regulado. O pensamento inverso também é verdadeiro. Um país vir a ter uma lei que nunca teve pode vir a ser mais difícil que alterar uma, pois neste caso no mínimo uma experiência anterior teria ele tido. E sempre lembrando que se quisesse tê-la tido, teria regulado sem interferências.

---

<sup>40</sup> MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian. *Binnenmarktziel und Rechtsordnung: Binnenmarktrecht*, p. 14-17.

<sup>41</sup> O conceito de ordem jurídica, empregado no seu trabalho, envolve o conjunto dos direitos válidos dentro da Comunidade, assim tanto a ordem comunitária como as ordens dos Estados-membros. *Idem*, p. 14.

<sup>42</sup> PASCAR, Norma A.; TAJAN DE SAA, Guillermina. Impacto de las políticas sobre defensa de la competencia en los mercados integrados. *In: LA SOCIEDAD comercial ante el tercer milenio*, p. 570.

<sup>43</sup> SILVA, Elaine Ramos da. *Rechtsangleichung im Mercosul: Perspektiven für das Niederlassungsrecht von Gesellschaften anhand von Erfahrungen in der Europäischen Union*, p. 76.

<sup>44</sup> Evidentemente que não é possível exaltar o caráter benéfico da ausência em si de legislação. PASCAR, N. *Op. cit.*, p. 216 e PASCAR, N. A. *Op. cit.*, p. 255. Porém, não é possível “deixar de assinalar que foi a mesma razão a que permitiu acelerar o processo de harmonização até a chegada de um instrumento comum” como o Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul, isto é, a inexistência. PASCAR, N. A.; TAJAN DE SAA, G. *Op. cit.*, p. 565. Neste contexto, uma uniformização, para PASSOS, seria “muito mais adequada do que a simples harmonização”. PASSOS, Fernando. *O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul?*, p. 47.

Da mesma forma, conflitos entre normas nacionais e comunitárias seriam esperados em menor número, primeiro devido aos poucos participantes deste processo, e segundo pelo já alegado fato de que alguns países não possuem normas amplas e detalhadas ou mesmo nenhuma. Mas dado o caráter intergovernamental, que busca respostas no direito internacional público e no sistema de solução de controvérsias, um concurso de normas no Mercosul não é tão desprovido de problemas. Não se têm aqui regras autorizadoras como os artigos 94 e 95 do Tratado de Roma.

O artigo 3º. da Decisão n. 21/94 preceituava que o Grupo decidiria se o estatuto por ele ordenado consistiria em instrumento de referência ao qual deveriam estar adequadas as legislações nacionais sobre a matéria ou se se implantaria o projeto como protocolo. A opção adotada foi a de um protocolo. Esta opção não invalida que os Estados-membros que não têm legislações concorrenciais consolidadas nele se espelhem para a emissão de uma. Como lembra SILVEIRA, “Nesta possibilidade, duas ‘opções’ podem ser utilizadas: a substituição total das normas nacionais pertinentes à defesa da concorrência e a coexistência dessas normas sem que uma norma interfira na outra (conforme o modelo adotado na Comunidade Européia). Dos termos do Protocolo de Defesa da Concorrência entende-se que adotou-se claramente a última possibilidade sugerida. Dispõe o artigo 3º. sobre a existência de competências exclusivas e coexistentes”<sup>45</sup>. Enfim, uma tal opção não impede que seja aguardada uma harmonização vinda de baixo também no Mercosul<sup>46</sup>. E nem que uma quarta sugestão deste estudo diga respeito à adoção pelos países do próprio Protocolo como norma interna. Devido às suas dimensões, se é levado a crer que a única defesa de concorrência que interesse a alguns países do bloco seja mesma a transfronteiriça, o que vem reforçado justamente pela inércia na regulamentação.

Embora tal modelo de relação seja semelhante ao comunitário, e talvez por isso mesmo, vale reforçar a influência que aquela legislação teve na elaboração tardia de leis nacionais, bem como as elucubrações feitas sobre um total afastamento dos direitos nacionais, o que vem ocorrendo desde o Caso Walt Wilhelm até o novo regulamento de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE, em vigor desde 2004. É ainda de ser recordado que a inexistência de controle de concentrações de empresas em alguns Estados-membros ensejou o uso da norma comunitária por eles e a inclusão nela de cláusulas de remessas dos casos para a Comissão.

É pertinente lembrar que os países do Mercosul são, também, membros do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT). Esse Acordo, atualmente em sede de Organização Mundial do Comércio, possui regras concernentes à liberdade de concorrência e políticas de subsídios, às quais poderiam ser harmonizadas, coordenadas ou até mesmo coexistir.

Isto posto, vale dizer que o Protocolo recebeu as ratificações parlamentares de no mínimo dois Estados-membros e está em vigor entre esses. Até o Paraguai, país do Mercosul que não tem ordenamentos internos sobre a liberdade de concorrência, o ratificou. Mesmo na hipótese de ratificação pelos quatro países do Protocolo, é importante lembrar que, diferentemente da Comunidade Européia, a estrutura

---

<sup>45</sup> SILVEIRA, P. A. C. V. da. *Op. cit.*, p. 99.

<sup>46</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 269.

intergovernamental do Mercosul não produz manifestação quanto às garantias de seu cumprimento, infelizmente, mas é uma tentativa.

### 3.4.e) Um código internacional ao Mercosul

Uma última reflexão leva em conta todos os países do bloco aceitarem um código internacional<sup>47</sup>. De forma extremada, o esforço para a conformação da liberdade de concorrência no Mercosul poderia ser temporariamente suspenso à espera de uma norma de caráter internacional. Porém, trata-se de uma hipótese drástica que ofende a capacidade humana de encontrar soluções jurídicas alternativas de forma rápida.

Vários Estados se valem da doutrina dos efeitos para regular as suas relações concorrenciais internacionais. Entre eles o Brasil e a Argentina, e o Mercosul e a Comunidade, para citar os blocos. Como já visto, esse sistema apresenta deficiências, como a territorialidade das decisões, que nem a utilização de princípios como o de *positive comity* soluciona. Essas deficiências levaram juristas a propor um código mundial de defesa da concorrência. Seria possível a participação dos Estados-partes em um tal projeto? Sim. Ainda que de origem européia, sua realização contou com a colaboração de juristas de todos os cantos do mundo e foi apresentado para a OMC. Assim, estaria teoricamente aberta a porta para a participação de todos os membros desta organização internacional.

Quanto a isso, a doutrina apresenta duas outras soluções, fortemente correlacionadas com a de um código mundial, que podem ser efetivadas à espera daquele. Como já mencionado, a conclusão de BASEDOW foi a de reconhecer a sua importância, apoiando inicialmente a existência de disciplinas da concorrência em blocos regionais e que estes venham a interagir entre si em um segundo momento. Esta interação, uma vez plena, teria como resultado a disposição de um direito de caráter universal<sup>48</sup>. A atração que a participação nesta interação promove deveria conduzir o Mercosul a efetivar o seu direito da concorrência. Então poderia firmar acordos eficazes com outros blocos econômicos e aprimorar os já firmados e assim contribuir para o surgimento de um direito mundial. E haveria uma agência reguladora dos conflitos de quarta geração, isto é, aqueles relacionados com a concorrência em sede de acordos entre blocos econômicos? Esta questão ainda não foi tratada pela doutrina.

Uma outra alternativa envolvendo a proposta apresentada de um código internacional é aproveitar o seu novo tipo de processo proposto e criar uma instância no Mercosul que possa acionar, isto é, que tenha direito de petição, nos tribunais nacionais. Essa idéia já foi lançada por BISCHOFF-EVERDING<sup>49</sup>. Ela envolve o princípio da iniciativa processual internacional.

Como já visto no capítulo anterior, o *Draft International Antitrust Code* desenvolveu um sistema completamente novo para a realização de um direito de

---

<sup>47</sup> Argumentos doutrinários a favor da adoção de normas em nível internacional podem ser vistos em RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. *El derecho de la competencia*, p. 182-183.

<sup>48</sup> BASEDOW, Jürgen. *Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, p. 164-175.

<sup>49</sup> BISCHOFF-EVERDING, P. *Op. cit.*, p. 290-291 e 304.

concorrência de caráter mundial, “orientado sobre a base da conexão do direito nacional com as obrigações internacionais dos Estados”<sup>50</sup>. Haveria uma autoridade internacional antitrust sem competências decisórias próprias, mas habilitada para as iniciativas em matéria de procedimentos. Os passíveis de serem iniciados por esse meio não seriam destinados aos casos de não-transposição do acordo ou transposição deficiente em direito interno. Mas sim aos casos de afetação da concorrência, isto é, aos casos que a afetassem segundo as normas nacionais, quais sejam, as normas internacionais já transpostas. A eficácia do sistema estaria no fato de que, se a autoridade nacional não inicia o procedimento, a autoridade internacional cuida de fazê-lo ante o tribunal nacional.

Este sistema é transferível ao processo regional. A autoridade seria de caráter comunitário, assim como o direito a ser transposto.

---

<sup>50</sup> IMMENGA, Ulrich. *El Mercado y el Derecho: Estudios de Derecho de la Competencia*, p. 58-59.



### 3.5) CONCLUSÃO PARCIAL

A conclusão do desenvolvido neste capítulo é a seguinte:

A primeira parte concentrou-se em caracterizar o estágio atual, os objetivos do processo, a estrutura institucional, o sucesso comercial, a crise sofrida, o mecanismo de solução de controvérsias, a harmonização legislativa e o desenvolvimento das liberdades fundamentais no Mercosul. O fenômeno da integração econômica foi sentido também no Cone Sul, onde quatro países observaram não ser mais possível um isolamento e formaram um bloco regional, o Mercosul, em 1991, através do Tratado de Assunção. A cooperação econômica entre Brasil e Argentina da década de 80 foi vista como precursora desse processo. O seu objetivo principal é a conformação de um mercado comum, de acordo com o exposto no artigo 1º. do Tratado. Essa é a fase que enseja a presença das liberdades fundamentais e a regulamentação de uma série de outros assuntos, bem como, conforme apontado pela doutrina, é o propósito que oferece um esboço de simetria com o buscado e atingido pela integração econômica que se desenvolve em parte da Europa. Para o seu alcance, o artigo 5º. do Tratado previu uma série de instrumentos. O objetivo não foi atingido durante o período provisório, que tinha término previsto para 1994. Em verdade, o próprio Tratado demonstra ter sido concebido para um período com essa característica.

Esse não-alcance se tornou evidente com o surgimento do Protocolo de Ouro Preto, em 1994, que expressou a importância dos avanços atingidos até então e implementou uma união aduaneira como etapa para a construção do mercado comum, uma vez que disciplinou as regras sobre a tarifa externa comum. Com isso, foi considerado encerrado o período provisório. A partir de sua vigência, o Mercosul passou a ter personalidade jurídica. Este documento do direito primário sublinhou uma vez mais a opção por um caráter intergovernamental do processo, em que as decisões são tomadas por consenso e com a presença de todos os Estados-partes. Esse caráter é o que representa a maior assimetria entre este processo e o da Comunidade Européia, sendo apontado como o principal impedimento à necessária execução do direito da integração nos Estados-partes. O Protocolo também criou novos órgãos e aumentou a responsabilidade dos que haviam sido criados pelo Tratado de Assunção. Atualmente são em número de sete. Como órgãos com poder de decisão, manteve e concretizou o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul. O processo de constituição das normas do Mercosul em geral é estruturado de forma simples. Ele inicia no Grupo, que tem o poder de iniciativa. Após, a proposta é remetida ao Conselho. As particularidades do processo residem na necessidade de consenso, o que afasta a possibilidade de haver decisões por maioria. A Comissão possui dez comitês técnicos, que se dedicam ao trato de aspectos como aduanas, barreiras comerciais não-tarifárias, defesa do consumidor e normas da concorrência. Por tal ela é tida como órgão-chave para a desejada constituição do mercado comum. Para a questão da concorrência, a ela foi delegada a competência normativa. O último órgão criado é o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, pelo Protocolo de Olivos, instalado em 2004. A existência de um oitavo órgão é vista com a previsão do Comitê de Defesa da Concorrência pelo Protocolo de Defesa da Concorrência. O Comitê e a Comissão são os órgãos aplicadores das normas da concorrência.

Constituída a união aduaneira, o Mercosul centrou-se na definição do alcance do seu relacionamento com o exterior. Em 1996 o processo recebeu dois novos parceiros, na condição de Estados associados, sendo eles o Chile e a Bolívia. Outros demonstraram, desde então, interesse em formalizar acordos com o Mercosul. Na mesma época, o bloco estabeleceu uma forte relação de cooperação com a Comunidade Européia, com quem foi celebrado o Acordo-quadro Inter-regional de Cooperação, entre outras organizações e países. Quanto à questão da concorrência, o Acordo não se resumiria à remoção de barreiras, mas sim abrangeria falseamentos conduzidos pelos Estados e por empresas privadas. Os instrumentos escolhidos foram a cooperação e a coordenação entre as autoridades responsáveis pela aplicação das regras da concorrência. O surgimento de um protocolo para a defesa da concorrência no Mercosul é uma consequência concreta debitada à assinatura desse Acordo. Em termos finais, a relação estabelecida objetiva a formação de uma zona de livre comércio entre os dois blocos. Várias dificuldades impedem o atingimento desta, especialmente a política agrícola protecionista da Comunidade e os profundos dilemas com os quais o próprio Mercosul se depara.

O Mercosul gerou mais ganhos que qualquer organização anterior da qual fossem integrantes os seus Estados-partes. As relações de cooperação e de comércio foram expandidas. Até 1997 elas cresceram assustadoramente. Dispôs de uma condizente estrutura institucional. Tornou-se um mercado interessante para os investidores estrangeiros. A idéia de uma moeda única chegou a ser aviltada. Foi considerado um potencial competidor para a Comunidade Européia e para o Nafta. No período de euforia, surgiu uma Comissão Técnica para o tratamento das políticas públicas que distorcem a concorrência e foi firmado o Protocolo de Defesa da Concorrência. Nesse momento passou a ser visualizado um ordenamento jurídico no bloco, que conta até com um processo civil internacional. Apesar do sucesso, o bloco veio a enfrentar graves problemas.

Desde 1999 os Estados-partes vêm enfrentando crises econômicas que tiveram reflexos no Mercosul. Alguns instituíram cláusulas de salvaguarda, que desencadearam reações nos outros. Reveses políticos também foram computados. Tais fatos tornaram difíceis as relações entre os parceiros, especialmente entre os maiores. A própria manutenção e o futuro da integração foram questionados. Paralelo ao momento de crise, surgiu a Alca, que representou ser um perigo aos projetos de desenvolvimento do Mercosul e um novo competidor comercial. Com o agravamento da situação da economia argentina no final do ano de 2001, as expectativas de que o bloco viesse a se tornar um mercado comum diminuíram. É conhecida e difundida na doutrina a expressão de que ele palmilha uma região nebulosa entre uma zona de livre comércio ainda não totalmente implementada e os primeiros passos para o estabelecimento de uma união aduaneira. As perspectivas para a primeira fase giram em torno do avanço do programa de liberação de barreiras e para a segunda em torno da manutenção ao Paraguai e Uruguai de uma série de medidas especiais. Ante a essas crises, o processo conheceu idéias de relançamento, fundadas no fortalecimento institucional, na incorporação das normas emanadas dos órgãos do Mercosul pelos Estados-partes e na efetivação do sistema de solução de controvérsias advindo com o Protocolo de Olivos. Desde 2002 Brasil e Argentina vinham reestabelecendo relações amistosas e cooperativas um com o outro e no contexto do Mercosul, para que os inúmeros ganhos adquiridos desde a sua fundação não fossem desperdiçados. Em

2004 novas desavenças comerciais se tornaram conhecidas sob o nome de Guerra das Geladeiras.

Desde o surgimento do processo de integração, a doutrina tem indicado que o bloco deveria adotar um regime supranacional, com o que é esperada a solução de inúmeros problemas e um melhor enfrentamento dos períodos de crise. Segundo a opção feita pelo bloco, basta que um país discorde dos demais para que uma medida não seja adotada. A escolha pela supranacionalidade também envolveria um sistema efetivo de solução de controvérsias e um órgão para aplicar as decisões. Mas, como visto, o Protocolo de Ouro Preto reafirmou a opção original. Este estudo entendeu que o modelo escolhido por ele, de caráter intergovernamental, trata-se de uma opção válida e que pode comportar um avanço. A idéia da supranacionalidade não encontra aceitação plena nos governos e nem em outros círculos.

Em função de obstáculos constitucionais e da opção pela intergovernabilidade, o mecanismo de solução de controvérsias assumiu uma característica diferente do existente na Comunidade Européia. O primeiro documento que regulou-o foi o Protocolo de Brasília, de 1991, de caráter transitório, que implantou um sistema arbitral. Posteriormente, o Protocolo de Ouro Preto manteve o mecanismo, ao não instituir um órgão permanente. Mesmo em meio aos períodos de crise, o sistema atingiu um relativo significado. Em 1999 veio à tona o primeiro laudo arbitral. Ele representou uma esperança, haja vista que até uma primazia do direito do Mercosul em função dele foi aviltada. O segundo laudo trouxe ao sistema ganhos em segurança jurídica, uma vez que analisou e tomou posição em cada questão argumentada, com grande rigor processual. Já com o terceiro laudo, o sistema evidenciou um caráter de precedência entre este e o segundo em relação ao primeiro. Outras decisões se seguiram sob os princípios do Protocolo de Brasília. As iniciativas tendentes a dar um impulso à integração envolveram a superação das deficiências derivadas da carência de um órgão que garantisse a interpretação uniforme do Tratado e tivesse capacidade para sancionar as violações às normas do Mercosul, a adaptação do sistema ao estágio atual da integração e a necessidade de fortalecer a estrutura institucional. Para tanto, em 2002 foi aprovado o Protocolo de Olivos. Ele entrou em vigor em 2004, derogando o de Brasília. A possibilidade de recurso ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul é o principal avanço em relação ao sistema anterior. Até então o sistema não dispunha de uma instância recursal. Outras inovações são a faculdade de submissão de controvérsias a outros sistemas de solução das mesmas do qual sejam partes os Estados do Mercosul, como o da OMC, e a possibilidade de o Tribunal emitir, perante requisição dos Estados-partes, opiniões consultivas sobre o direito da integração. A doutrina aguarda com grande expectativa a aplicação desse instrumento de interpretação. Por fim, alguns procedimentos também sofreram mudanças. Nenhuma alteração em relação às reclamações de particulares, que continuam sem poder acessar diretamente as instituições, foi trazida. Não apenas o sistema de solução de controvérsias, mas o sistema jurídico como um todo recebeu algumas manifestações favoráveis e inúmeras críticas. Em verdade, a ordem jurídica do Mercosul é invariavelmente tida como frágil. Todavia, este estudo evidenciou que instituições com poderes supranacionais semelhantes aos daquelas da Comunidade seriam inadequadas ao Mercosul, mas que a alguns temas, como o direito da concorrência, uma certa supranacionalidade poderia ser de bom alvitre. Assim, acompanhando parte da doutrina vista, está certo o Mercosul em restringir-se, no presente momento e estágio da integração, ao modelo intergovernamental, até porque

um avanço pode ser conhecido sob ele, como por exemplo o incremento comercial obtido já na relação entre Argentina e Brasil anterior ao Mercosul, e porque uma opção pela supranacionalidade não garante uma evolução imediata. Sobretudo, a esse entendimento também se é trazido pelo fato de ser esse o modelo de processo escolhido. Por suas características, que o diferenciam de todos os outros processos, o Mercosul chegou a ser visto como um novo tipo de integração. As manifestações favoráveis ao modelo existente foram entendidas como uma demonstração de confiança ou, pelo menos, de não-adversidade.

A efetivação das políticas de integração ocorre por meio de harmonização das legislações nacionais envolvidas. Esse processo não tem se apresentado fácil. Algumas matérias contaram com estudos e mesmo avanços. Assim, por exemplo, investimentos estrangeiros, proteção da propriedade industrial, direito dos contratos, processo civil e proteção dos consumidores. Futuras discussões são aguardadas nos âmbitos dos direitos fiscal, societário e do trabalho, das liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços e na área de falências transfronteiriças.

A doutrina também ofereceu vários estudos sobre o desenvolvimento das liberdades fundamentais e sobre o estágio atual da que está progressivamente tendo uma maior implantação, qual seja a livre circulação de bens. A livre circulação de serviços conheceu o Protocolo de Montevideu sobre o Comércio de Serviços, de 1997, e o Acordo para a Criação do Visto Mercosul, de 2003. Recentemente, a livre circulação de pessoas teve avanços com a garantia de direito de residência, acesso ao mercado de trabalho, ao regime de previdência e aos serviços de educação, entre outros, a certos moradores fronteiriços. Além das liberdades tradicionais, recebeu atenção da doutrina uma outra, que também necessita estar conformada para o alcance do mercado comum, qual seja a que garante condições de concorrência adequadas. Tendo como exemplo o visto na Comunidade Européia, este estudo pregou que a consolidação também desta conduziria o processo a um mais rápido estabelecimento do seu objetivo final e que, para tanto, poderia ser útil a sua visão como uma quinta liberdade fundamental.

A segunda parte apresentou o estágio em que se encontra a regulamentação do direito da concorrência nos Estados-partes. O ordenamento do Mercosul não se afastou da experiência que seus membros ofereceram ao incentivo à concorrência, embora tida como muito recente. Uma cultura de concorrência ainda não é claramente delineada. Todas as constituições consagram disposições a respeito. Todos os países vinculam-se ao princípio da liberdade de concorrência. As legislações especiais existentes têm um mesmo referencial e são muito parecidas sistematicamente. O método utilizado é possuir uma cláusula geral que proíbe determinados comportamentos que conduzam à limitação da concorrência e uma outra norma com um catálogo de exemplos. No Brasil, a primeira lei de concorrência surgiu em 1962 e foi inspirada no Sherman Act norte-americano. Na atual Constituição Federal, de 1988, a livre concorrência foi elevada à princípio constitucional. Posteriormente, a Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, introduziu padrões legais e administrativos próprios das legislações mais avançadas. A três órgãos foi confiada a defesa da concorrência, quais sejam o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Secretaria de Direito Econômico e a Secretaria de Acompanhamento Econômico. Com o amadurecimento do princípio constitucional e com a grande repercussão dos trabalhos dos órgãos aplicadores da lei, o país passou a dedicar uma condizente atenção ao assunto. Leis

com forte vinculação com o sistema concorrencial foram editadas, como o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, e a Lei de Propriedade Industrial, em 1996.

Na Argentina, a primeira legislação surgiu em 1918. Uma segunda lei datou do ano de 1946. Ambas tiveram pouca eficácia. Uma lei de 1980 representou uma total mudança de orientação, tendo adotado um sistema semelhante ao utilizado na Comunidade Européia. Acontecimentos posteriores, como o surgimento do Mercosul, da nova legislação brasileira e da reforma constitucional argentina, que consagrou a defesa da concorrência como obrigação do Estado no texto magno, tornaram imperiosa uma nova legislação. Assim, em 16 de setembro de 1999 foi promulgada a Lei n. 25.156. Ela não apresentou uma presunção legal de posição dominante, como a lei brasileira. Também, adotou um critério unicamente qualitativo, ligado ao valor do faturamento das empresas, para a definição das concentrações econômicas, cujo controle prévio é apontado como a grande mudança introduzida pelo sistema vigente. Ainda diferentemente da lei brasileira, esse controle se restringe a tais atos de concentração. Por outro lado, incorporou o princípio do efeito. A aplicação da lei segue confiada à Comissão Nacional de Defesa da Concorrência, já que o Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência não foi instituído até o momento. Uma comparação entre esta legislação e a brasileira demonstrou que elas não apresentam diferenças significativas, nem incompatibilidades intransponíveis, existindo até mesmo similitudes, o que tornaria possível uma harmonização.

O Paraguai não dispõe de uma legislação de defesa da concorrência. Apenas o artigo 107 da Constituição de 1992 trata da liberdade de concorrência. Ele garante a concorrência no mercado com a proibição de formação de monopólios. O ingresso do país no Mercosul, o surgimento de uma legislação de defesa da concorrência no bloco e uma agitação relativa à reformas e modernizações de leis econômicas internas contribuíram para que o governo apresentasse, em 1996, um projeto de legislação concorrencial. Este foi modelado no projeto do Mercosul, que por sua vez tinha se orientado fortemente na legislação brasileira. Pelo fato de o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul não ser um instrumento que venha a substituir as leis nacionais, seguiu a ser exigido do Paraguai uma legislação própria. Atualmente, as poucas discussões doutrinárias concentram-se em um projeto de 2001, que diverge em pontos essenciais das leis dos demais países. Mesmo não possuindo uma legislação especial, o Paraguai foi o primeiro país a ratificar o Protocolo do Mercosul.

Pelo mesmo motivo, de o Mercosul prever um documento que não seja destinado a substituir as legislações nacionais, ao Uruguai era indicado preparar uma legislação interna. Sugestões foram feitas no sentido de que ela fosse baseada nas do Mercosul e Brasil. Em 2000 o país legislou parcialmente a matéria em três artigos da Lei n. 17.243. Eles não formam uma legislação integral, orgânica e sistemática. O tema está presente entre variadas e diferentes matérias. Há, para uma lei especial, projetos de relevância, entre eles um que chegou a ser aprovado pela Câmara dos Deputados, mas não seguiu a tramitação. Uma segunda fonte é a Lei n. 17.296, de 2001, que previu as sanções para as infrações contra a concorrência e as competências do seu órgão de aplicação. Antes, apenas a Constituição de 1967 estabeleceu o princípio geral de controle de agentes econômicos pelo Estado. Na regulamentação da primeira lei, ocorrida em 2001, a sua aplicação foi encarregada à Direção Geral do Comércio. A conclusão geral é que todos os países apresentam uma falta de cultura da concorrência. O exemplo que se tem é que na Comunidade nem todos os países

possuíam desde o princípio normas de concorrência, mas a legislação comunitária e os seus órgãos de aplicação foram grandes incentivadores para que leis fossem adotadas e um sistema eficiente de controle fosse estruturado. Essa solução é sugerida para ser seguida pelo Mercosul, através de uma mercosulização de suas regras.

A terceira parte evidenciou as principais regras que o Mercosul possui para a defesa da concorrência e as suas aplicações, bem como reportou o que neste estudo foi considerado ausências normativas, especialmente uma regulamentação para a concessão de ajudas públicas. O Mercosul não experimentou um desenvolvimento legislativo da matéria como a Comunidade Européia. Por tal, trabalhar a defesa da concorrência no Mercosul significou contrapor um sistema consolidado a outro em consolidação, tendo por fundamento acordos de caráter intergovernamental entre Estados que enfrentam falta de infraestrutura de mercado livre e de uma cultura de concorrência. Uma alternativa teria sido observar o que a Comunidade fez, obter o mercado comum e assegurar que ele não seja falseado por distorções internas. Outra é entender a liberdade de concorrência como a quinta liberdade, para possibilitar o alcance das etapas posteriores de forma mais rápida e eficaz, o que também é retirado da experiência da Comunidade. Assim, a regulamentação da defesa da concorrência recebeu o indicativo de ser feita antes da conformação do mercado comum, justamente para permitir o seu alcance. O Tratado de Assunção não deu a devida atenção ao assunto, ao manter-se em silêncio sobre a inclusão explícita da liberdade de concorrência junto com as demais, bem como ao não prever regras de concorrência. Também não há casos julgados para avaliar o comportamento das instituições. O Mercosul preferiu delegar a tomada da decisão sobre a regulamentação aos Estados. Uma fixação pela existência de tais regras poderia tornar a assinatura do Tratado impossível. A delegação da tarefa não se mostrou criticável. Pelo contrário, como foi visto, a descentralização da aplicação da lei é o objetivo atual perseguido pela Comunidade. A única referência no artigo 4º., quanto à elaboração de normas comuns sobre concorrência, é o fundamento jurídico apontado para o posterior surgimento do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul. A primeira norma adotada sob aquela disposição foi a Decisão n. 21/94, que teve dois grandes objetivos: estabelecer um sistema provisório de defesa da concorrência e procurar harmonizar as legislações em matéria de concorrência. Ambos não foram atingidos.

Ante a previsão para a existência de uma legislação comum, a discussão passou a ser sobre o modelo a seguir. Segundo o aqui previsto, a conformação do mercado comum é também uma função das regras da concorrência. Por tal, o objetivo que se quer atingir com uma lei assim exerce influência no modelo a ser escolhido. A total falta de parâmetros, pela inexistência de normas, tornava impossível uma comparação com as comunitárias, mas por outro lado facilitava a escolha do modelo. A experiência da Comunidade foi considerada, especialmente por ser um processo de integração que envolve um mercado comum e que apoiou a sua evolução em um sistema de concorrência. Mais importante que a disciplina propriamente dita das regras, parece ter sido a evidência de que na Comunidade a liberdade de concorrência, assegurada pelo direito da concorrência, contribuiu sobremaneira para a integração dos mercados nacionais e para a formação do mercado comum. Materialmente, a doutrina previu vários modelos, inclusive a criação de regras e alternativas próprias ao Mercosul. Quanto à recepção de modelos existentes, a discussão se centrou em avaliar até onde os países do Mercosul, com sistemas de diferentes tradições e estruturas jurídicas, estariam aptos a aplicar normas desenvolvidas em outros sistemas, um até

de característica bem diferente, pois supranacional. Como se concluiu, a semelhança do resultado das discussões com a normativa comunitária é inafastável. A questão passou a ser a compatibilização das normas com um sistema intergovernamental.

Com efeito, a Decisão n. 21/94 foi a primeira que se referiu à liberdade de concorrência e deixou expressar a opção por um modelo. Ela tratou da defesa da concorrência e definiu pautas básicas para a formulação do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, que detalhavam os comportamentos proibidos, pretendiam harmonizar as leis nacionais relativas à concorrência e criar ações coordenadas para a prevenção de práticas anti-competitivas. Outra previsão foi a de que os Estados deveriam cooperar para a criação de normas comuns ou procedimentos relativos às leis de concorrência, através de troca de informações, consultas e cooperação técnica. A descentralização se tornou uma das principais características da normatização, com o envolvimento dos Estados-partes tanto na legislação como na aplicação das regras. Por exemplo, o seu artigo 5<sup>o</sup>. submete as concentrações ao controle dos próprios Estados. E, como já visto, a Comunidade Européia parte agora para a efetivação de um sistema mais descentralizado, também. A Decisão deixava ao Grupo Mercado Comum a opção entre adotar o projeto como Protocolo ou como instrumento de referência ao qual as legislações nacionais deveriam se adequar. Na última hipótese, estaria ela servindo a uma mercosulização das normas internas. A Decisão não alcançou os seus objetivos, pois ela não foi aplicada e nem conseguiu a harmonização das legislações. Isso, porém, não esmoreceu a doutrina em caracterizá-la como um marco, especialmente por ter sido a primeira tentativa de esboço de um sistema de defesa da concorrência no Mercosul.

A Decisão vista, de caráter provisório, determinava a criação de um estatuto definitivo. Então, em 1995, o Comitê Técnico n. 5 aprovou um projeto de protocolo para a defesa da concorrência no Mercosul, que era vinculado às pautas básicas, influenciado por um projeto brasileiro e seguia muito de perto o ordenamento comunitário. O resultado das negociações, que se prolongaram pelo ano de 1996, foi o surgimento do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, pela Decisão n. 18/96, o qual, seguindo o projeto originador, não incluiu uma seção referente à concessão de ajudas públicas. Por tal fato, a doutrina apontou que ele não satisfaz totalmente as expectativas jurídicas e políticas. Três são as suas características principais. A primeira é que todas as práticas concertadas, cujo propósito ou efeito seja limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o livre acesso ao mercado ou que abuse de uma posição dominante no mercado relevante de bens e serviços dentro do Mercosul, e que afete o comércio entre os Estados-partes, são contrárias a ele. Para tanto, ele apresenta uma descrição geral de infrações e uma enumeração específica, sistemática esta que não se afastou da utilizada por Argentina e Brasil. A segunda é que a Comissão de Comércio do Mercosul e o Comitê de Defesa da Concorrência executarão as normas nele estabelecidas. Por fim, que as agências nacionais adotarão medidas para estabelecer uma cooperação entre si com vistas à sua implementação. O seu objeto é a defesa da concorrência dentro do território dos Estados-partes. Este só é atingido através da garantia da liberdade de exercício das atividades econômicas em um ambiente com adequadas condições de concorrência. A questão parece ser como fazer isso da melhor forma. Como visto, uma das idéias que este estudo despertou foi vê-la como uma quinta liberdade econômica fundamental para atingir de forma mais rápida a fase de mercado comum. Na Comunidade, as liberdades tiveram prioridade. O estudo dos aspectos processuais

do Protocolo deixou evidente que a previsão de descentralização da Decisão n. 21/94 foi mantida. O ordenamento prevê inúmeras medidas a serem executadas pelos Estados-partes. Uma completa delegação de poderes às autoridades nacionais chegou a ser defendida na doutrina. Com efeito, o órgão de aplicação das regras previsto no Protocolo, o Comitê de Defesa da Concorrência, é constituído pelas autoridades de concorrência nacionais. O procedimento para a apuração e punição das práticas ilícitas envolve também os órgãos nacionais. A execução das multas e da ordem de cessação definitiva da prática infrativa, *idem*. O processo de investigação dos atos restritivos tem início na instituição nacional responsável pela aplicação do Protocolo. Assim, as autoridades nacionais receberam parte da responsabilidade. Em aspectos como esses é que foi sustentada uma aproximação dos sistemas comunitário e integracionista ou mesmo uma concessão de aval ao último com as recentes reformas conduzidas no primeiro. Não foi visto como pertinente criticar um processo de integração que prevê uma descentralização na aplicação de determinadas de suas regras, quando outro, tido como modelo, vê o mesmo processo como uma modernização. As atitudes comunitárias legitimam e dão a certeza que as opções feitas pelo Mercosul não distanciam muito das soluções lá encontradas. O Protocolo encontra-se ratificado pelo Brasil e pelo Paraguai, entre quem está em vigor. Ainda não foi aplicado. No final de 2002, teve seu regulamento aprovado. Em termos de avaliação, a doutrina expressou até pensamentos de que o Protocolo nem deveria ter sido ratificado por quem foi, apresenta pouca operacionalidade, lacunas e deficiências. O que este estudo defendeu foi ver os caminhos perseguidos pela Comunidade, tidos como de modernização das regras, como um aval ao sistema optado pelo Protocolo e pelo Mercosul em geral, validando-o e buscando sua implementação. Com ele também foi observada uma contribuição para o estabelecimento de uma cultura de concorrência, ainda que embrionária. De fato, o Protocolo demonstrou que os governos estavam dando atenção a assuntos de extrema relevância para a existência e futuro do Mercosul. Nada resolve procurar as deficiências do sistema antes de ele estar em prática. A melhor alternativa é executá-lo e então identificar e solucioná-las, por regulamentação ou pela jurisprudência. Faz-se necessário a ratificação do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul e da Decisão n. 20/94 CMC, sobre políticas públicas que distorcem a competitividade, uma vez que o assunto não foi considerado no Tratado de Assunção, e o surgimento de ordenamentos internos que redirecionem a atuação dos Estados-partes no cumprimento de seus deveres de regular e garantir a liberdade de concorrência, entendendo ser esta um dos pilares fundamentais à concretização do Mercosul, quando do atingimento da fase de mercado comum. Ordenamentos internos podem surgir por um processo de mercosulização das regras ratificadas.

Entre as ausências normativas está o controle das concentrações de empresas, que recebeu uma norma programática que trouxe uma referência tangencial ao tema. Porém, a grande ausência é o controle da concessão de ajudas públicas. O Protocolo do Mercosul não destinou regras à regulação desses atos anti-concorrenciais. O controle das concentrações de empresas pode ser realizado por outras normas ou mesmo ser regulamentado em um momento posterior. Já as ajudas, para um processo que almeja a fase de mercado comum, representam os principais obstáculos a sua concretização, pois justamente oriundas do Poder Público, como visto com o estudo do nexo funcional e teleológico existente entre a sua concessão e o alcance da fase mencionada. No Mercosul, decisões meramente políticas são mais sensíveis que na Comunidade. Nem determinações sobre regras de mercado baseiam-se sempre em



critérios mercadológicos, administrativos ou logísticos. Por outro lado, um controle é apontado como instrumento para a criação de melhores condições de desenvolvimento para certas áreas geográficas ou setores econômicos, reduzir a falta de competitividade e os níveis de pobreza em certas regiões, cumprir fins sociais, a manutenção de empregos, o fomento da cultura e a preservação do patrimônio, o que também corresponde com o objetivo de mercado comum. Por tal que o pregado é sempre o estabelecimento de critérios para a concessão e controle e não uma completa supressão. A única referência no Protocolo, programática, constada no artigo 32, previa um prazo de dois anos para o surgimento de uma regra a partir de sua entrada em vigor. Ele não está plenamente em vigor e o compromisso não foi cumprido. Somente a Decisão n. 20/94 dispõe sobre as políticas públicas que afetam a concorrência dentro do Mercosul. Ela é a norma que aprofunda um pouco mais o tema. Para a sua tomada, o Conselho considerou que, em certos casos, as políticas públicas vigentes nos Estados-partes podiam distorcer as condições de competitividade intra-Mercosul, afetando a plena implementação dos objetivos do Tratado de Assunção, entre os quais o finalístico é o mercado comum. A primeira tarefa do órgão encarregado por ela, um Comitê Técnico, seria identificar as medidas vigentes. A ausência de uma proposta para o tratamento das mesmas, que era aguardada para 1995, bem como a não-inclusão do tema no Protocolo, de 1996, deixou o espaço aberto para novas reflexões. A Comissão é o órgão encarregado para elaborar propostas legislativas. A doutrina ofereceu sugestões. Certo é que a ausência de tais regras manteve a permissão aos Estados de estabelecerem políticas estatais nefastas, incentivos a guerras fiscais, fortalecimento da introdução de elementos políticos em decisões econômicas, relativização de legislações trabalhistas, outorgas de subsídios e inibição da concorrência por empresas públicas, que são medidas prejudiciais à liberdade de concorrência e causadoras de impedimentos ao alcance da fase de mercado comum, isto é, ao avanço do principal bloco sul-americano a essa etapa posterior. A influência das decisões políticas e das vantagens econômicas públicas oferecidas a determinados entes empresariais, públicos ou privados, nacionais ou internacionais, por entidades públicas dos ou pelos próprios Estados-partes do Mercosul, na liberdade de concorrência, é sensível. Em verdade, os Estados têm, como uma de suas funções, o dever de garantir a liberdade de concorrência comercial. Para tal, valem-se dos mecanismos que estão à sua disposição. Ocorre que essa função dos Estados tem sido utilizada com outras finalidades. Tais práticas, da forma que são manifestadas, desvirtuadas de seus objetivos, muitas vezes fundadas em decisões meramente políticas, não cumprem os objetivos de disciplinar a concorrência. Ante a isso, não se conforma a necessária liberdade de concorrência, imprescindível de assim estar para ser atingida a terceira e última fase de um processo de integração. Mas nem tudo é uma inércia absoluta. Em 2003 surgiu o Protocolo de Contratações Públicas no Mercosul, através da Decisão 40/03.

A incorporação das normas, como as relativas ao direito da concorrência, nos ordenamentos internos depende da constituição de cada Estado-parte. Nenhum dos princípios aplicados ao ordenamento comunitário se aplica ao Mercosul. As constituições são sempre supremas. Uma norma do Mercosul só tem efeito depois que todas as partes tiverem adotado as medidas necessárias. Ademais, a incorporação de normas não tem prazos definidos. Os processos são morosos, ainda que a Decisão n. 20/02 busque prevenir atrasos nesses procedimentos.

A última parte dedicou-se a formular alternativas para o Mercosul atingir a fase de integração econômica conhecida como mercado comum, meta esta que é perseguida desde o seu lançamento. O ideal talvez fosse o bloco assumir um caráter supranacional. Este é algo, momentaneamente, inatingível. Por tal, é necessário encontrar alternativas moldadas ao seu caráter intergovernamental. O estágio atual da integração apresenta-se como o mais apropriado para o trato das liberdades econômicas fundamentais. Somente a conformação delas possibilitará constituir o Mercosul em um verdadeiro mercado comum. Também a contribuição do direito da concorrência é permitir um tal alcance. A questão mais estudada foi como garantir a eficácia desse direito. Uma das cinco alternativas interdependentes e complementares defendidas, ao lado de outras referidas pela doutrina para a conformação de um direito de concorrência em um processo de integração de caráter intergovernamental, como a transformação do Comitê de Defesa da Concorrência em órgão autônomo, a constituição de órgãos nacionais de defesa da concorrência e a permissão de que diferenças entre os Estados e o órgão comum sejam levadas ao sistema de solução de controvérsias, é entender a liberdade de concorrência, tutelada pelo direito da concorrência, como uma quinta liberdade fundamental. O direito da concorrência do processo de integração seria melhor e mais rapidamente desenvolvido se a liberdade tutelada por ele, qual seja a liberdade de concorrência, fosse vista como fundamental para o processo do Mercosul desde os seus primórdios. Assim parece ter sido realizado no ordenamento comunitário. A Comunidade valeu-se da concorrência para a superação da fase na qual se encontra o Mercosul que, com esse exemplo, se constitui no grande beneficiário do lá ocorrido. Ela foi o instrumento e o meio para o efetivo alcance da fase de mercado comum. Sua garantia se tornou indispensável para processos de integração que almejam um avanço. No caso do Mercosul, é indicada a inclusão expressa da liberdade de concorrência no rol das liberdades fundamentais nos documentos do direito originário a surgir. No mínimo essa solução causaria efeitos psicológicos de que ela deveria ser assegurada e desenvolvida na mesma proporção que as demais liberdades fundamentais.

A busca da eficácia do direito da concorrência deve ser também beneficiada com a complementação das lacunas, em especial a do controle das ajudas públicas. Esse problema precisa ser solucionado, pois a utilização incorreta de tais mecanismos artificiais ocasiona o falseamento das regras do mercado e o ressurgimento de barreiras comerciais. Os efeitos de um retardamento na implantação de um sistema de defesa da concorrência completo seriam o não-atingimento da fase de mercado comum e a continuada formação de práticas concertadas e demais conseqüências. As formas indicadas para a colmatação dessa lacuna são a inclusão do tema no Protocolo de Defesa da Concorrência ou o surgimento de um protocolo próprio para comportar regras destinadas aos Estados-partes. Para a formulação dessas é indicada a aceitação do princípio da concorrência em potencial.

A terceira alternativa é o estabelecimento do direito como a base garantidora do processo. Experiências históricas demonstraram que em determinados processos de integração econômica ele assumiu um papel mais importante que a política. Houve sistemas muito mais dependentes do direito que da política. Atualmente, uma tal dependência pode ser buscada com a implantação de legislações ótimas, que arrecadariam o consentimento da sociedade, desvincilhando-se de desmandos políticos. O direito, atingindo esse patamar, seria o elemento propulsor e permissionário da integração.

A quarta é a mercosulização das normas existentes e das de criação sugerida. O fato de apenas dois países terem normas consolidadas é um fator que auxilia a adoção de normas de integração. Ao não existirem regras nos demais países, uma harmonização, ou, no caso, uma criação de regras, estaria facilitada, ainda que seja conhecida a dificuldade de implantação de uma cultura de concorrência em uma sociedade que a desconhece. Os Estados podem se inspirar na legislação integracionista para a emissão de normas internas ou mesmo a adoção do próprio Protocolo como norma interna. Devido às suas dimensões, afirmou-se que a única defesa da concorrência que interessa a alguns países do bloco é mesmo a transfronteiriça.

A última alternativa ao desenvolvimento do processo de integração regional que ocorre no Cone Sul é a aceitação de um código internacional da concorrência, com a eventual suspensão dos esforços legislativos aqui referidos. Duas outras idéias, menos drásticas e mais concretizáveis, fortemente vinculadas com a internacionalização das regras, são a regulamentação da concorrência em blocos regionais e a posterior interação entre eles e a incorporação de princípios processuais do *Draft of International Antitrust Code* no seu direito, em especial o da iniciativa processual internacional. Caso a efetivação desse princípio seja de fato válida ao Mercosul, é prudente contar-se com uma autoridade para peticionar perante os tribunais nacionais nas questões de concorrência. Ou um tribunal do Mercosul, de jurisdição restrita ao trato dos casos de afetação à concorrência transfronteiriça.

## CONCLUSÃO

As principais conclusões que resultam deste estudo são em número de cinco.

A primeira é que a liberdade de concorrência é a quinta liberdade econômica fundamental dos processos de integração que tenham por objetivo alcançar um mercado comum.

Para sustentar essa afirmação, foi observada a doutrina que estuda o estabelecimento do mercado comum e a sua principal implicação, a conformação das liberdades fundamentais, na Comunidade Européia.

Um mercado comum era o objetivo final desse processo de integração desde a sua criação. O seu estabelecimento não foi tarefa fácil. O termo necessitou ser conceituado pelo Tribunal de Justiça, após grande esforço doutrinário com o mesmo intuito, a Comunidade precisou aceitar o princípio do país de origem, enfrentar crises políticas e econômicas, superar insuficiências e formular propostas de relançamento de seus objetivos. A sua manutenção foi garantida com a conformação das liberdades fundamentais. Para tanto, foi sensível a contribuição da liberdade de concorrência. Certa doutrina via o objetivo de mercado comum como abrangente para abarcá-la, o que dispensaria os esforços para caracterizar o seu ingresso no rol das liberdades fundamentais, na condição de quinta. Essa interpretação, prematura, viria a perigar o caráter de avanço que o mercado interno, que estava a surgir, que de fato veio a tê-la como tal, comportava. Numa análise mais detida, o que se tinha era a liberdade de concorrência como um meio para o alcance do mercado comum e não como uma liberdade fundamental.

O surgimento do objetivo de mercado interno, como uma nova, posterior e mais ampla fase do que a de mercado comum, vinculada à idéia de reforma e transformação, e de uma nova concepção de aproximação legislativa, constados do Ato Único Europeu, de 1987, afastaram a hibernação a que estava submetida a Comunidade e promoveram uma alteração dos seus rumos.

A positivação do conceito de mercado interno e do que ele compreendia provocou uma discussão e mesmo uma confusão doutrinária sobre quantas e quais seriam as liberdades fundamentais, fornecendo margem a uma nova quantificação delas. Interpretações reducionistas entenderam que ele ignorou a liberdade de concorrência. Parte da doutrina passou a vê-lo como abarcador de mais liberdades fundamentais que as contidas no conceito de mercado comum. Surgiram teorias de dogmática e convergência, fundadas na extensão progressiva de princípios de umas liberdades as outras, para buscar uma melhor aplicação das regras. Para o futuro, pensa-se em oferecer garantias às liberdades fundamentais na condição de direitos fundamentais. Paralelo a isso, um número crescente de autores passou a classificar a liberdade de concorrência como uma delas, em função dos elementos comuns que com elas apresentava e das implicações que o mercado interno trouxe à concorrência, expressando, inclusive, que elas são em número de cinco.

Em um segundo momento, comprovou-se a visão da liberdade de concorrência como a quinta liberdade fundamental com o estudo da jurisprudência do Tribunal.

Junto com o objetivo de mercado interno, o Ato Único Europeu estabeleceu uma nova regra para a aproximação legislativa dos temas destinados ao seu alcance, promovendo, com isso, uma separação entre esta e a existente regra para a aproximação dos temas destinados ao alcance do mercado comum, extremando a diferença entre os conceitos.

A delimitação entre as competências foi decidida pelo Tribunal. O Caso Dióxido de Titânio alterou a classificação da liberdade de concorrência, pois indicou a utilização da regra destinada ao mercado interno para a aproximação das normas que promovessem distorções na competitividade. Assim agindo, precisou e ampliou o seu conceito que, em uma análise literal, não incluía a liberdade de concorrência. Os desmedidos esforços jurídicos desenvolvidos para a sustentação de tema que envolvia a concorrência no artigo dirigido à aproximação das normas destinadas à conformação e manutenção do mercado interno e não na regra destinada a do mercado comum permitiram que neste trabalho tenha sido visualizada a inclusão da liberdade de concorrência no conceito de mercado interno, e na condição de liberdade fundamental, pois estas são os seus elementos originários, assumindo a posição de quinta, referendando as interpretações doutrinárias surgidas em função da confusão criada com a sua positivação.

Por fim, a idéia de uma quinta liberdade foi consolidada com o afastamento de pensamentos contrários a essa visão. Primeiro, uma preferência da política da concorrência entre as suas originais pares mostrou-se permitidora da sua elevação à categoria das liberdades fundamentais. Segundo, a impossibilidade de conformação de um mercado comum em economias planificadas, pela inexistência nelas de um mercado livre com concorrência, afastou a idéia de que tais ambientes pudessem ter um tal mercado sem concorrência, no qual seria então vista como dispensável. Terceiro, o reconhecimento de um caráter transfronteiriço à liberdade de concorrência, com a previsão da cláusula da interestatalidade e pelo fato de que os elementos protegidos pelas liberdades fundamentais, ao transporem as fronteiras, levam acoplados a si uma parcela de concorrência e com isso afetam a concorrência exterior, equiparou-a às liberdades fundamentais e afastou a idéia de que só estas o possuíam e eram entendidas como fundamentais justamente por isso, desobstruindo o caminho para a sua consideração como tal. Além disso, a existência de uma linha divisória entre os sistemas, segundo a qual as regras das liberdades fundamentais seriam dirigidas aos Estados-membros e as da concorrência aos particulares, sustentada principalmente na ausência de um efeito direto horizontal nas primeiras, foi afastada com o reconhecimento de tal efeito a todas elas e com o aumento da sua aceitação nas regras da concorrência, em função das reformas que sofreram, o que contribuiu para uma aproximação entre eles. Na seqüência, o afastamento da linha divisória foi buscado com a menção de jurisprudências que promoveram a publicização das regras destinadas à liberdade de concorrência e a privatização das regras destinadas às liberdades fundamentais, bem como com a das que promoveram o uso das regras do Tratado como um todo para coibir atos vindos dos mais diversos destinatários de suas normas, em função de paralelismos, complementaridades e de uma aplicação combinada das regras dos dois sistemas normativos com o artigo que impõe aos Estados-membros a obrigação de absterem-se de medidas suscetíveis de pôr em perigo a realização dos objetivos do Tratado.

A segunda conclusão é que as reformas sofridas pelo direito da concorrência estão em sintonia com a visão da liberdade por ele tutelada como a quinta liberdade fundamental e com a aproximação entre os sistemas, pois representam o reflexo da sua elevação à categoria das liberdades fundamentais e do recebimento por ela da extensão da aplicação de princípios e interpretações jurisprudenciais originalmente dirigidos a estas.

O entendimento de que houve uma aproximação dos dois sistemas e a introdução da liberdade de concorrência no rol das liberdades fundamentais, permitindo e impulsionando o alcance do mercado comum na Comunidade Européia, foi obtido também com a análise das reformas do direito da concorrência. A maior aplicabilidade direta das regras da concorrência, o que teve como consequência uma descentralização das suas aplicações, e um comprometimento das instâncias nacionais, com a repartição de competências, em função do relaxamento do monopólio da Comissão, servem a uma aproximação progressiva e consistente entre as regras destinadas às liberdades fundamentais e as destinadas à liberdade de concorrência. Vista de outra forma, a aproximação dos temas, como reflexo da elevação desta última àquela categoria, fez com que as suas regras recebessem influência do que vinha sendo empregado para as liberdades fundamentais, lembrando que estas também uma vez foram sujeitas à paulatina extensão de princípios e interpretações jurisprudenciais. As reformas representam a incorporação prática da idéia de que a liberdade de concorrência é a quinta liberdade fundamental.

A aproximação dos sistemas pôde ser sentida ainda na preparação do sistema da concorrência para a sua inclusão na proposta de Constituição para a Europa, na qual, diga-se, assumiu posição destacada ao lado das regras destinadas às liberdades fundamentais, pois no mesmo capítulo. A complementaridade dos temas quanto ao objetivo de mercado interno ensejou uma nova positivação, desta vez sistematicamente próxima. A regra da concorrência foi deslocada do campo das políticas para o das liberdades.

Praticamente todo o direito da concorrência veio necessitar e sofrer reformas nos últimos anos. As mais sensíveis foram as ocorridas nas regras de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE, nas do controle das concentrações de empresas e nas destinadas aos Estados-membros. A reforma oriunda com o Regulamento n. 1/2003, sobre a execução dos artigos 81 e 82 TCE, promoveu a troca do sistema de reserva de autorização pelo de isenção legal, o que foi anunciado como modernização das regras. Ela garantiu a eficácia da proteção da concorrência, a unidade e a coerência na aplicação das regras, a segurança jurídica das empresas e a diminuição dos custos e da demora dos processos. O Regulamento anterior, de n. 17/62, era apontado como unicamente destinado aos operadores privados, o que reforçava a existência de uma divisão entre os sistemas. Quatro são as contribuições evidenciadas com ela: o avanço da europeização dos direitos, por conta do princípio desalojador fático que o Regulamento comporta; um maior alinhamento entre os sistemas, o que coaduna com a caracterização da liberdade de concorrência como a quinta liberdade fundamental, em função da extensão da aplicabilidade direta a mais normas da concorrência; a maior participação das instâncias nacionais nos objetivos do processo de integração, em especial na manutenção e no funcionamento do mercado interno; e a descentralização da aplicação das regras, vinda também com a extensão da

aplicabilidade direta. Uma descentralização é prevista para o Mercosul, a qual, ocorrida na Comunidade, avaliza o sistema escolhido pelo processo de integração.

A oriunda com o Regulamento n. 139/2004, relativo ao controle das concentrações de empresas unificou regras antes dispersas, o que também pode ser debitado à aproximação entre os sistemas, adaptando-as ao desafio da manutenção do mercado interno e ao alargamento de 2004 e o sistema à inclusão na Constituição para a Europa. Essa nova regra manteve certos elementos de descentralização surgidos em 1989, sendo estes as rupturas do exclusivo controle da Comissão, pelas cláusulas alemã e holandesa, e o expresso, e não meramente fático, deslocamento do direito nacional nos casos de concentrações de empresas que atingem dimensão comunitária. Ainda que em rumo diverso que o de promover uma descentralização e um comprometimento de instâncias nacionais mais agressivos, o que foi visto como possível e recomendado por este estudo, essa reforma, que vem sendo levada a efeito desde 1997, contribuiu para a manutenção do mercado interno, pois endureceu o controle das operações, estendendo-o a casos que afetem o mercado de vários Estados-membros, ainda que não economicamente importantes, ensejando a criação de regras nos Estados-membros que não dispunham de uma.

As reformas ocorridas nas regras destinadas aos Estados-membros também envolveram elementos de descentralização nas suas aplicações, de envolvimento de instâncias nacionais e de modernização, uma vez que mais possibilidades de concessão de ajudas públicas foram conhecidas, pelo surgimento de regulamentos como o de n. 994/98, que definiu isenções por categorias de ajudas, e o de n. 659/99, que deu nova orientação às regras de concessão, codificando-as, e com isto trazendo segurança jurídica e transparência aos participantes do mercado. Mesmo nesse âmbito do direito da concorrência, que regula prejuízos teoricamente mais nefastos à manutenção do mercado interno, foi prevista uma regra *de minimis*, relativizadora do controle cerrado da Comissão, apontada neste estudo como mais um ponto de aproximação entre os sistemas.

Por fim, ainda que não referidas às reformas ocorridas no ambiente comunitário, características de descentralização e iniciativas de comprometimento de instâncias nacionais na aplicação de regras da concorrência como alternativas à criação de novos tribunais foram encontradas em propostas de regulamentações internacionais, por exemplo, como decorrência da previsão do princípio da iniciativa processual internacional pelo *Draft of International Antitrust Code*.

A terceira conclusão é que as reformas, pelos elementos de descentralização que comportam e pelo comprometimento das instâncias nacionais que ensejam, oferecem um aval ao sistema previsto para o Mercosul.

Como visto, as reformas no direito da concorrência trouxeram maior aplicabilidade direta às regras, o que teve como consequência uma descentralização das suas aplicações, e um comprometimento das instâncias nacionais, em função do relaxamento do monopólio da Comissão. O Mercosul possui previsão de descentralização desde a Decisão n. 21/94, com o envolvimento dos Estados-partes tanto na legislação, como na aplicação das regras de defesa da concorrência. O Protocolo de Defesa da Concorrência manteve essa característica. Uma completa

delegação de poderes às autoridades nacionais chegou a ser defendida na doutrina. Em verdade, o próprio processo, de caráter intergovernamental, dela não se afasta.

O ordenamento prevê inúmeras medidas a serem executadas pelos Estados-partes. Um dos órgãos de aplicação das regras previstos no Protocolo, o Comitê de Defesa da Concorrência, de natureza intergovernamental, será constituído pelos órgãos nacionais de aplicação do Protocolo em cada Estado-parte. Essa disposição do Protocolo de Defesa da Concorrência enseja uma descentralização teoricamente maior que a levada a cabo na Comunidade. O processo de investigação dos atos restritivos da concorrência tem início no órgão nacional responsável pela aplicação do Protocolo. Quando o processo investigatório estiver concluído, um parecer conclusivo deverá ser encaminhado para o Comitê de Defesa da Concorrência que, com base nele, definirá a prática infrativa e decidirá sobre a aplicação de sanções ou demais medidas cabíveis ao caso. Essas novamente serão aplicadas pelo órgão nacional do local onde o reclamado tenha seu domicílio. Da mesma forma ocorre com a execução das multas aplicadas pelo não-cumprimento de medidas preventivas. Semelhante regra descentralizadora apresenta a questão do compromisso de cessação da prática sob investigação. Este, as suas alterações e a eventual sanção aplicada serão levadas a efeito pelo órgão nacional. Por fim, é necessário referir a regra sobre a cessação definitiva da prática infrativa e a aplicação de multas por dia de atraso no cumprimento da ordem de cessação. Ambos os casos, tanto a ordem de cessação quanto as multas, serão executados pelos órgãos nacionais.

Essas previsões são a comprovação que o modelo do Mercosul é até mais descentralizado que o atualmente perseguido e parcialmente atingido pela Comunidade com as reformas. As atitudes comunitárias legitimam e dão a certeza que as opções feitas pelo Mercosul, ao não se distanciarem das soluções lá encontradas, todas fundadas em descentralização dos procedimentos e caracterizadas como modernização das regras, apresentam indicativos de êxito futuro. O aval é oferecido no sentido de não mais serem cabíveis críticas sistemáticas a um sistema cuja disciplina é confiar a aplicação do direito da concorrência às autoridades nacionais, portanto descentralizado e comprometedor, perante as reformas no processo comunitário, que acirraram esses aspectos.

A quarta conclusão é que a garantia da liberdade de concorrência integrou os mercados e contribuiu para que a Comunidade atingisse o mercado comum, num primeiro momento, sendo atualmente fundamental para a manutenção do mercado interno.

O direito que rege o processo comunitário é de característica supranacional. Aplicado majoritariamente pelo Tribunal, desempenhou um papel de instrumento de integração, dando caráter à Comunidade, proporcionando uma infra-estrutura para a sua formação e coesão e servindo de base científica para a definição de conceitos, bem como para a criação de princípios, tendo posteriormente sido garantido o *acquis communautaire*.

Especificamente do direito da concorrência, ao garantir a liberdade de concorrência, com sua rica e abundante jurisprudência, desenvolvida e aplicada pela Comissão e pelo Tribunal, que ao longo do tempo foi colmatando as lacunas que se



apresentaram, a principal contribuição foi possibilitar a integração das economias dos Estados-membros e a formação e manutenção do mercado comum.

Inicialmente os sistemas das liberdades fundamentais e da liberdade de concorrência eram vistos e aplicados em separado. Com o avanço da Comunidade, as liberdades fundamentais sofreram um desenvolvimento prioritário e foram primeiro afetadas por conceitos e princípios desenvolvidos pelo Tribunal e pelos demais órgãos comunitários. Num segundo momento, observou-se que determinadas situações que impediam o atingimento dos objetivos do Tratado restavam sem poderem ser proibidas. Houve a necessidade de que as regras da concorrência acompanhassem o desenvolvimento emprestado as das liberdades e passassem a abranger os campos desprotegidos. A solução observada neste estudo foi a extensão de características aplicadas às liberdades fundamentais à liberdade de concorrência. Com isso, o resultado foi uma aproximação entre os sistemas que as garantem, hoje conhecida como complementaridade das regras, entre outras designações, o que ensejou que a liberdade de concorrência tenha sido considerada a quinta liberdade fundamental. Uma unificação dos sistemas não se mostrou necessária no ambiente comunitário. O resultado foi uma fundamental contribuição ao alcance do mercado comum. Atualmente a importância dessa movimentação ocorrida e do desenvolvimento atingido pelo direito da concorrência é observada na manutenção do mercado interno.

Voltando-se à específica contribuição da liberdade de concorrência ao alcance do mercado comum, vale mencionar, por exemplo, que a ausência de controle da concessão das ajudas desencadearia o provável insucesso desse objetivo. O estudo também retratou a função do que é considerado auxílio compatível com o Tratado e a do controle das concentrações de empresas para o estabelecimento de condições iguais de concorrência e para o referido alcance. Essa é a principal contribuição da liberdade de concorrência a um processo de integração que o preveja, motivo pelo qual o estabelecimento de um direito de concorrência que a garanta é indicado ao Mercosul para um mais rápido alcance do seu.

A última conclusão é que a visão da liberdade de concorrência como a quinta liberdade fundamental e como permitidora do alcance do mercado comum na Comunidade Européia contribui para o estabelecimento de um eficaz direito da concorrência e este para o alcance de um verdadeiro mercado comum pelo Mercosul.

O Mercosul possui o mesmo objetivo de mercado comum que possuía a Comunidade, no qual reside a principal simetria entre os processos de integração. A sua evolução desde então é caracterizada pelo estabelecimento de uma estrutura institucional, de uma relação com outros processos de integração e países, pela aquisição de personalidade jurídica, por ter experimentado um período de sucesso nas trocas comerciais, pelo enfrentamento de crises econômicas por parte de seus Estados-partes que nele se refletiram, pelo enfraquecimento ante o surgimento de outros processos de integração, pelo não-alcance do objetivo no prazo previsto, pelo não-reconhecimento de um caráter supranacional às suas instituições, no qual reside a principal assimetria com o processo comunitário, pela implantação de um sistema arbitral de solução de controvérsias que atingiu relativo significado, pelo reconhecimento, mesmo do exterior, que as suas opções abertas e não-rígidas lhe garantem uma flexibilidade e funcionalidade *sui generis* e devem ser mantidas, pela realização de tentativas de harmonização das legislações nacionais em determinadas

áreas e por ter conhecido um certo desenvolvimento nas questões envolvendo a livre circulação de bens, especialmente, com a fixação da tarifa externa única, e nas envolvendo a liberdade de concorrência, com o surgimento de uma norma comum sobre concorrência.

Atualmente, o processo palmilha uma região nebulosa entre uma zona de livre comércio no seu interior, ainda não totalmente implementada, e os primeiros passos para o estabelecimento de uma união aduaneira frente a terceiros. Este é o momento mais apropriado para a definição de rumos e para o reforço da intenção de alcançar o mercado comum. Tentativas de relançamento como antídoto à estagnação e para a adaptação do processo ao estágio atual vêm sendo tentadas desde 2000, bem como o fortalecimento da estrutura institucional, o incremento nos processos de incorporação das normas do Mercosul pelos Estados-partes e melhorias no sistema de solução de controvérsias.

A vigência de um direito da concorrência, tutelador da liberdade de concorrência, é, junto com a conformação das demais liberdades tradicionais, um dos preceitos integracionistas fundamentais para um avanço e mais rápido alcance do seu objetivo final. Para o trato da primeira questão, em 1996 surgiu o Protocolo de Defesa da Concorrência. O Tratado de Assunção não havia dado devida atenção ao assunto. O modelo a ser seguido foi estabelecido pela Decisão n. 21/94 e levou em consideração a contribuição que a concorrência estava a dar no processo comunitário. O processo do Mercosul possui um sistema legislado, que embora não seja completo, é válido, estando inclusive a ensejar o surgimento de legislações em alguns Estados-partes. As reformas ocorridas na Comunidade emprestam o aval a essa colocação. Ele necessita da ratificação de dois Estados-partes para que entre em vigor em todo o bloco. Entre os que está, ainda não foi aplicado.

O Protocolo não se afastou da experiência que seus Estados-partes oferecem. Todos possuem disposições constitucionais e vinculam-se ao princípio da liberdade de concorrência. As legislações nacionais existentes, do Brasil e da Argentina, têm um mesmo referencial, são muito parecidas sistematicamente ao possuírem cláusulas gerais e catálogos de exemplos, não apresentam diferenças significativas e nem incompatibilidades intransponíveis que impeçam uma harmonização.

As principais lacunas do sistema são a ausência de um controle das concentrações de empresas e das concessões de ajudas públicas. Ao menos a última questão é de regulamentação necessária para o alcance do mercado comum. O risco de politização de decisões de concessão de ajudas no Mercosul é grande, são conhecidas práticas de guerras fiscais, a existência de empresas públicas que se valem de tratamentos diferenciados para inibir a concorrência e a utilização de elementos não unicamente administrativos, econômicos ou logísticos para a tomada de decisões. O conhecimento das regras comunitárias aplicadas a esses aspectos é de grande relevância para o processo legislativo destinado a suprir as lacunas do sistema da concorrência do Mercosul.

Alternativas de próximos passos a serem tomados para que o Mercosul consolide o seu direito da concorrência e com isso alcance o mercado comum, mesmo com a manutenção do seu caráter intergovernamental, foram trazidas por este estudo.

Tendo como exemplo o ocorrido na Comunidade, um direito da concorrência servirá para criar e desenvolver o mercado comum.

A doutrina pesquisada havia retratado sugestões pontuais como transformar o Comitê de Defesa da Concorrência em um órgão autônomo, constituir órgãos nacionais e permitir que as disputas entre os Estados-partes e os órgão sejam levadas ao sistema de solução de controvérsias.

A primeira sugestão deste estudo é mencionar expressamente a liberdade de concorrência no rol das liberdades fundamentais, que no Mercosul é mais reduzido que na Comunidade, como a quinta, para que receba a mesma atenção e experimente o mesmo grau de desenvolvimento que estas, e partir desde já de uma visão de conjunto, com vistas ao estabelecimento do mercado comum.

A aproximação entre as regras foi vista nesta tese como permitidora do alcance da fase de mercado comum pela Comunidade e, por tal, indicada como útil ao mesmo objetivo no Mercosul. A presença da liberdade de concorrência no catálogo das liberdades fundamentais, ainda que isso não tenha sido necessário na Comunidade, permitiria a ela contar com um desenvolvimento mais acelerado e, tendo por base o exemplo estudado, tornar o alcance do mercado comum no Mercosul mais realizável.

Ante esse quadro, o estudo concluiu que no Mercosul, um mercado comum só será alcançado uma vez conformada a liberdade de concorrência e que a sua mais rápida conformação seria possível com a sua inserção no rol das liberdades fundamentais, como sendo a quinta, conforme demonstrou o desenvolvimento comunitário. Considerando a sua contribuição para a formação do mercado comum, esse também seria mais rapidamente atingido.

A segunda é promover a regulamentação da concessão de ajudas públicas, tema que é a grande ausência do sistema de defesa da concorrência que o Mercosul já tem previsto. Para tanto, há dois caminhos: a inserção do tema no Protocolo de Defesa da Concorrência ou o estímulo ao surgimento de um protocolo próprio para conter as regras destinadas aos Estados-partes.

A terceira é ater-se para que esse direito a ser criado adquira um caráter ótimo, conquiste o clamor da sociedade civil, com vistas a constituir-se na base garantidora e no elemento propulsor do processo, que poderia assim afastar-se dos desmandos políticos.

A quarta é a mercosulização das normas da integração que já existem e das que serão criadas em âmbito de defesa da concorrência. Os países que não têm leis poderiam partir de leis integracionistas para a formulação das suas ou mesmo adotá-las como normas internas.

A última sugestão é a adoção de um código internacional pelos Estados-partes do Mercosul. Outras duas sugestões vinculadas a um direito internacional da concorrência foram defendidas por autores comunitários pesquisados. Uma delas é a regulamentação regional do direito da concorrência, o que aumenta a chance de haver um controle internacional em vigor e em condições de ser aplicado. Tal idéia deveria

representar uma atração ao Mercosul, para incrementar a sua cooperação e interação com outras ordens concorrenciais regionais. A outra é a utilização pelo Mercosul, no seu processo de integração, de um dos princípios da principal proposta para um direito internacional dos cartéis, o *Draft of International Antitrust Code*, independentemente do surgimento ou da aceitação do seu conjunto, qual seja o da iniciativa processual internacional, o que envolve a dotação de um órgão com poder de petição nos tribunais nacionais.

Não é possível afirmar que a implantação de um sistema de concorrência pleno no Mercosul por si só conduzirá o processo ao mercado comum. Mas é possível dizer que sem este, com certeza, ele não atingirá a referida etapa. Este estudo teve em vista ressaltar essa necessidade, evidenciar a contribuição das regras para o alcance do mercado comum na Comunidade e criar caminhos para a citada implantação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELLÁN HONRUBIA, Victoria; VILÀ COSTA, Blanca (dirección). **Lecciones de Derecho Comunitario Europeo**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1996. 367 p.
- ACKERMANN, Thomas. Die neuen EG-Wettbewerbsregeln für vertikale Beschränkungen: Ein Wegweiser durch die geplante Gruppenfreistellungsverordnung und die geplanten Leitlinien der Kommission. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 10. Jahrgang, Heft 24, dez. 1999. p. 741-746. ISSN: 0937-7204.
- AGUINIS, Ana Maria M. de. Actualidad Societaria: La libertad para establecer sociedades en los países del Mercosul. **La información**. Buenos Aires: Cangallo, n. 746, a. 67, fev. 1992. p. 337-346. ISSN: 0325-3538.
- ALBER, Siegbert. **Die Entwürfe des Europäischen Parlaments für eine europäische Verfassung**. Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1991. Heft 248. 46 p.
- ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. **Relações internacionais e sua construção jurídica: aspectos históricos, jurídicos e sociais**. São Paulo: FTD, 1998. 176 p. ISBN 85-322-4192-1.
- ALDECOA LUZARRAGA, Francisco. El acuerdo entre la Unión Europea y el Mercosur en el marco de la intensificación de relaciones entre Europa y América Latina. **Revista de Instituciones Europeas**. Madrid, 1995. p. 761-792.
- ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. **Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional**. Curitiba: Juruá, 1996. 159 p.
- ALMEIDA, José Gabriel Assis de. Compatibilidade entre o Mercosul e a Ordem Jurídica Brasileira. *In*: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário direito e globalização: a soberania**. Rio de Janeiro: Renovar: 1999. p. 333-335. ISBN: 85-7147-143-6.
- \_\_\_\_\_. **Mercosul: manual de direito da integração**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 215 p. ISBN: 85-7387-213-6.
- ALMEIDA, Paulo Roberto de. Dilemas da Soberania no Mercosul: Supranacional ou Intergovernamental? *In*: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário direito e globalização: a soberania**. Rio de Janeiro: Renovar: 1999. p. 263-276. ISBN: 85-7147-143-6.
- \_\_\_\_\_. **Mercosul: fundamentos e perspectivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. 159 p.
- \_\_\_\_\_. O Brasil e o futuro do MERCOSUL: dilemas e opções. *In*: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **MERCOSUL: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 13-38. ISBN: 85-7147170-3.

- \_\_\_\_\_. O Mercosul em crise: que fazer? **Tempo Exterior: revista de análise de estudos internacionais**. Baiona: Instituto Galego de Análise e Documentación, v. IV, n. 6, jan./jun. 2003. p. 111-122.
- \_\_\_\_\_. **O Mercosul no contexto regional e internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 1993. 204 p.
- ALONSO GARCÍA, Ricardo. **Derecho Comunitario y Derechos Nacionales: autonomía, integración e interacción**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. 301 p.
- \_\_\_\_\_. **La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario**. Madrid: Civitas, 1997. 114 p. ISBN: 84-470-0903-3.
- ALTMAYER, Sabine. **Gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Beihilfen: Rückforderung und deren Durchsetzung im deutschen Recht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. 193 p. ISBN: 3-7890-6411-4.
- ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. **Direito da Concorrência nas Comunidades Européias**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1992. 361 p. ISBN: 972-32-0546-7.
- ANDRADE, Maria Cecília. A defesa da concorrência no Mercosul e o Protocolo de Fortaleza. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, jul. 2001, n. 12, p. 47-51.
- \_\_\_\_\_. A política da concorrência e a Organização Mundial do Comércio. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, abr. 2002, n. 14, p. 47-64.
- \_\_\_\_\_. Competition law in Mercosur: recent developments. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, jul. 2003, n. 17, p. 11-14.
- ANDRADE, Maria Cecília; VIEIRA, Caroline Sanselme; PASTORE, Ricardo Ferreira. A responsabilidade dos administradores perante a Lei de Defesa da Concorrência e o Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica: “ISO Antitruste”. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, nov. 2004, n. 19, p. 57-60.
- ANSELMANN, Norbert. Die Rolle der europäischen Normung bei der Schaffung des europäischen Binnenmarktes. **Recht der Internationalen Wirtschaft**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 32. Jahrgang, Heft 12, dez. 1986. p. 936-941. ISSN: 0340-7926.
- ARAÚJO JUNIOR, José Tavares. Antidumping e política de concorrência na Alca e no Mercosul. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, nov. 2001, n. 13, p. 133-141.
- ARAÚJO, Nadia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 368 p. ISBN: 85-7147-399-4.

- \_\_\_\_\_. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 526 p. ISBN: 85-7147-365-X.
- \_\_\_\_\_. O Mercosul e o Ensino Jurídico: Propostas para inserção no atual currículo de ensino. *In:* MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário direito e globalização: a soberania.** Rio de Janeiro: Renovar: 1999. p. 317-324. ISBN: 85-7147-143-6.
- \_\_\_\_\_. **O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul e as opiniões consultivas: análise dos laudos arbitrais, sua ligação com a common law e algumas idéias para o futuro.** 2004. 28 p. (no prelo).
- \_\_\_\_\_. Solução de Controvérsias no Mercosul. *In:* CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **MERCOSUL: integração regional e globalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 99-141. ISBN: 85-7147170-3.
- ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Frederico V. Magalhães; REIS, Márcio Monteiro. **Código do MERCOSUL: tratados e legislação.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 513 p. ISBN: 85-7147-086-3.
- ARAUJO, Nadia de; SALLES, Carlos Alberto; ALMEIDA, Ricardo R. Cooperação interjurisdicional no Mercosul: Cartas Rogatórias, Homologação de Sentenças e Laudos Arbitrais e informação do Direito Estrangeiro. *In:* BASSO, Maristela (Org.). **Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 489-519. ISBN: 85-7348-055-6.
- ARGERICH, Guillermo. Noveno laudo arbitral del MERCOSUR: en los umbrales de la entrada en vigencia del Protocolo de Olivos. **Derecho del comercio internacional: Solución de controversias.** Buenos Aires: Zavalía, n. 1, 2004. p. 230-246. ISBN: 950-572-655-4.
- ARHOLD, Christoph. Das Geldbußenregime nach der Kartell-Verordnung: Leitlinien der Kommissionspraxis und deren Überprüfung durch das EuG. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.** Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 10. Jahrgang, Heft 6, mar. 1999. p. 165-175. ISSN: 0937-7204.
- ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. *In:* MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário direito e globalização: a soberania.** Rio de Janeiro: Renovar: 1999. p. 23-51. ISBN: 85-7147-143-6.
- ARNDT, Hans-Wolfgang. **Europarecht.** 4. ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999. 170 p. ISBN: 3-8114-9933-5.
- ARNOLD, Rainer. **La unificación alemana: Estudios sobre derecho alemán y europeo.** Madrid: Civitas, 1993. 155 p. ISBN: 84-470-0267-5.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. O futuro do Mercosul. **Revista de Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 3, abr./jun. 2002. p. 221-226. ISSN: 1517-6290.

- AUDIT, Bernard. **Droit International Privé**. Paris: Economica, 1991. 904 p. ISBN: 2-7178-2160-0.
- AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, jan./mar. 2003. p. 27-49. ISSN: 1415-7705.
- BAARS, Alf; BENKE, Rafael Tiago Juk. Antidumping no Mercosul: o Quarto Laudo Arbitral. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, nov. 2001, n. 13, p. 24-37.
- BAARS, Alf; BISCHOFF-EVERDING, Peter. Antidumping und Ursprungsregime: das Schiedsverfahren im Mercosur wird zu einer festen Größe. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 13. Jahrgang, Heft 11, jun. 2002. p. 329-335. ISSN: 0937-7204.
- BABACE, Héctor. La libre circulación de los trabajadores en el Mercosur. *In*: VÁZQUEZ, M. Cristina *et alli*. **Estudios multidisciplinares sobre el Mercosur**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995. p. 105-134.
- BAGELLA, Michele. A experiência da CEE na integração econômica e jurídica. *In*: PAES LANDIM, José Francisco (Coord.). **Direito e Integração: experiência latino-americana e européia**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 99-117.
- BAHIA, Carolina. Integração não é um país absorver o outro. **Zero Hora**, Porto Alegre, 14 jul. 2004, p. 11.
- BALART, Laura; NAJURIETA, Maria Susana. Libre circulación de sentencias en un espacio integrado. *In*: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (Coord.). **Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 75-89. ISBN: 85-7453-082-4.
- BALASSA, Bela. **Teoria da Integração Económica**. Lisboa: Clássica, 1961. 453 p.
- \_\_\_\_\_. The 'New Protectionism' and the International Economy. **Journal of world trade law**. Twickenham: Vincent Press, v. 12, 1978. p. 409-436. ISSN: 1011-6702.
- BALBOA, Omar Alberto. Los procesos de integración y el derecho. **Revista del Colegio de Abogados de La Plata**. La Plata: a. 34, n. 55, jul./dez. 1994. p. 321-352.
- BALCELLS, Josep M. III parte: El control de concentraciones económicas en la Unión Europea. *In*: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). **Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado**. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 105-132. ISBN: 950-527-348-7.



- BALLARINO, Tito. **Manuale di Diritto Dell'Unione Europea**. 6. ed. Milão: Cedam, 2001. 700 p. ISBN: 88-13-22819-8.
- BALZE, Felipe A. M. de la (comp.). **Argentina y Brasil: enfrentando el siglo XXI**. Buenos Aires: Asociación de Bancos de la República Argentina, 1995. 487 p. ISBN: 950-9515-96-5.
- BANGEMANN, Martin. **Auf dem Weg zum EG-Binnenmarkt 1992**. Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1989. Heft 185. 36 p.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. As instituições do MERCOSUL: comparações e prospectiva. *In*: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Coord.). **O MERCOSUL em movimento**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 54-74. ISBN: 85-85616-71-7.
- \_\_\_\_\_. Impacto do Mercosul sobre o sistema legislativo brasileiro. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). **Mercosul: das negociações à implantação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 17-30.
- \_\_\_\_\_. Origens do direito da concorrência. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. São Paulo: USP, v. 91, 1996. p. 3-26. ISSN: 0303-9838.
- BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). **Mercosul: das negociações à implantação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. 437 p.
- BAQUERO CRUZ, Julio. **Entre competencia y libre circulación: el derecho constitucional económico da la Comunidad Europea**. Madrid: Civitas, 2002. ISBN: 84-470-1857-1.
- BARDENHEWER, Angela; PIPKORN, Jörn. Angleichung der Rechtsvorschriften: Artikel 100 A. *In*: von der GROEBEN, Hans; THIESING, Jochen; EHLERMANN, Claus-Dieter. **Kommentar zum EU-/EG – Vertrag: Art. 88-102 EGV**. 5. ed. Band 2/II. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. p. 2234-2333. ISBN: 3-7890-4061-4.
- BARNETT, Randy E. New Evidence of the Original Meaning of the Commerce Clause. **Arkansas Law Review**. Fayetteville: University of Arkansas School of Law, v. 55, n. 4, 2003. p. 847-900. ISSN: 0004-1831.
- BARRA, Rodolfo. Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias: el caso “Francovich” – una experiencia para el Mercosur. *In*: PÉREZ GONZÁLES, Manuel *et alli*. **Desafios del Mercosur**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. p. 413-453. ISBN: 987-507-011-4.
- BARRAL, Welber. O Protocolo de Olivos e as controvérsias no Mercosul. *In*: HOFMEISTER, Wilhelm; TREIN, Franklin. **Anuário Brasil-Europa 2002: solução de controvérsias, arbitragem comercial e propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2003. p. 83-96. ISBN: 85-7504-048-0.

- BARRAL, Welber (Org.). **O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. 516 p. ISBN: 85-87514-07-5.
- BARROS, Cássio Mesquita. Circulação dos trabalhadores no Mercosul. *In*: CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes (Coord.). **Temas de integração com enfoques no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1997. p. 176-189.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 379 p. ISBN: 85-020421-49.
- \_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 366 p. ISBN: 85-7147-353-6.
- BARTOSCH, Andreas. 5 Jahre Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, eine Zwischenbilanz. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 15. Jahrgang, Heft 2, jan. 2004. p. 43-49. ISSN: 0937-7204.
- \_\_\_\_\_. **Die zweite Reform der europäischen Zusammenschlusskontrolle**. Internet: [http://www.der-syndikus.de/briefings/eu/eu\\_030.htm](http://www.der-syndikus.de/briefings/eu/eu_030.htm). Acessado em 19 de julho de 2004.
- \_\_\_\_\_. Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine 'neue Verordnung Nr. 17'. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 4, feb. 2001. p. 101-107. ISSN: 0937-7204.
- \_\_\_\_\_. Von der Freistellung zur Legalausnahme: was geschieht mit der Rechtssicherheit? **Wirtschaft und Wettbewerb**. Düsseldorf: Handelsblatt, 50. Jahrgang, Heft 5, maio 2000. p. 462-473.
- BARTOSCH, Andreas; NOLLAU, Anne-Kathrin. Die zweite Generalüberholung der europäischen Fusionskontrolle: das Grünbuch der Kommission vom 11.12.2001. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 13. Jahrgang, Heft 7, apr. 2002. p. 197-208. ISSN: 0937-7204.
- BASEDOW, Jürgen. Der MERCOSUR als Integrationsmodell. *In*: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). **Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001. p. 9-28. ISBN: 3-7890-7236-2.
- \_\_\_\_\_. Souveraineté Territoriale et Globalisation des Marchés: le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence. **Recueil des Cours**. La Haye: Académie de Droit International de La Haye, 1997. t. 264. p. 9-178. ISBN: 90-411-1016-X.

- \_\_\_\_\_. **Weltkartellrecht: Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkung.** Tübingen: Mohr Siebeck, 1998. 198 p. ISBN: 3-16-146978-X.
- BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). **Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001. 314 p. ISBN: 3-7890-7236-2.
- BASSO, Maristela. Apresentação. *In*: BASSO, Maristela (Org.). **Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 15-27. ISBN: 85-7348-055-6.
- BASSO, Maristela (Org.). **Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 668 p. ISBN: 85-7348-055-6.
- BATISTA, Vanessa Oliveira. **União Européia: livre circulação de pessoas e direito de asilo.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 248 p. ISBN: 85-7308-206-2.
- BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. **Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990.** Berlin: Walter de Gruyter, 1990. 1543 p. ISBN: 3-11-011985-4.
- BAUR, Jürgen F.; MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZULEEG, Manfred (Hrsg.). **Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht: Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag.** Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1992. 852 p. ISBN: 3-452-22250-0.
- BECHTOLD, Rainer. Die Stellung der Kommission und der Unternehmen im EWG – Kartellverfahren. **Europarecht.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 27. Jahrgang, Heft 1, jan./mar. 1992. p. 41-54. ISSN: 0531-2485.
- BEHRENS, Peter. Die Konvergenz der Wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht. **Europarecht.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 27. Jahrgang, Heft 2, apr./jun. 1992. p. 145-162. ISSN: 0531-2485.
- \_\_\_\_\_. Integrationstheorie: Internationale wirtschaftliche Integration als Gegenstand politologischer, ökonomischer und juristischer Forschung. **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.** Tübingen: J. C. B. Mohr, 45. Jahrgang, 1981. p. 8-50. ISSN: 0033-7250.
- \_\_\_\_\_. Probleme der zentralen und dezentralen Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft. *In*: DUE, Ole; LUTTER, Marcus; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). **Festschrift für Ulrich Everling.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. p. 83-101. Band I. ISBN: 3-7890-3741-9.

- BELLAMY, Christopher. Some reflections on competition law in the global market. **New England Law Review**. Boston: New England School of Law, v. 34, n. 1, 1999. p. 15-20.
- BELLIS, Jean-François. La réforme des règles d'application des articles 81 et 82 du Traité. **Journal des Tribunaux: Droit Européen**. Bruxelles: Larcier, a. 11, n. 97, mar. 2003. p. 65-74. ISSN: 0779-7656.
- BENICKE, Christoph. Zum Unternehmensbegriff des Europäischen Wettbewerbsrechts. **Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 8. Jahrgang, Heft 11, 1997. p. 373-379. ISSN: 0938-3050.
- BERG, Werner. Grenzüberschreitende Zusammenschlüsse im Gesellschaftsrecht und Wettbewerbsrecht: Beseitigung der letzten Hindernisse. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, Beiheft I, 2004. p. 157-182. ISSN: 1435-5078.
- BERNARD, Nicolas. La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le Traité CE sous l'angle de la compétence. **Cahiers du droit européen**. Bruxelles: a. 34, n. 1-2, 1998. p. 11-45. ISSN: 0007-9758.
- BEUTLER, Bengt; BIEBER, Roland; PIPKORN, Jörn; STREIL, Jochen. **Die Europäische Union: Rechtsordnung und Politik**. 5. ed. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001. 785 p. ISBN: 3-7890-7243-5.
- BIANCHI, Patrizio. **Construir el mercado: Lecciones de la Unión Europea – el desarrollo de las instituciones y de las políticas de competitividad**. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1997. 260 p. ISBN: 987-9173-19-9.
- BIEBER, Roland (Hrsg.). **Das Europa der zweiten Generation: Gedächtnisschrift für Christoph Sasse**. Kehl am Rhein: Engel, 1981. 924 p. Band II. ISBN: 3-88357-004-4.
- BIRK, Rolf. Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Harmonisierung des Arbeitsrechts. *In*: LENZ, Carl Otto (Hrsg.). **EG-Handbuch Recht im Binnenmarkt**. 2. ed. Berlin: Neue Wirtschafts-Briefe, 1994. p. 365-406. ISBN: 3-482-43552-9.
- BISCHOF, Hans Helmut. **Europarecht für Anfänger**. 2. ed. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996. 183 p. ISBN: 3.406.40117.1.
- BISCHOFF-EVERDING, Peter. Is there a basis for a co-operation between the EU and the Mercosur in the field of restrictive business practices? **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, abr. 2002, n. 14, p. 113-124.
- \_\_\_\_\_. **Wettbewerbsrecht im MERCOSUR**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003. 377 p. ISBN: 3-7890-8280-5.

- BLAISE, Jean-Bernard. Les nouvelles orientations du droit communautaire de la concurrence: Danger pour le marché unique? **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 10, mai. 2001. p. 289. ISSN: 0937-7204.
- BLAKE, Stephen; SCHNICHEL, Dominik. Schutz der Kronzeugen im neuen EG-Wettbewerbsrecht. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 15. Jahrgang, Heft 18, set. 2004. p. 551-555. ISSN: 0937-7204.
- BLECKMANN, Albert. Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte. *In*: BIEBER, Roland (Hrsg.). **Das Europa der zweiten Generation: Gedächtnisschrift für Christoph Sasse**. Kehl am Rhein: Engel, 1981. p. 665-684. Band II. ISBN: 3-88357-004-4.
- \_\_\_\_\_. Zum Begriff des Gemeinsamen Marktes im EWG-Vertrag. **Monatsschrift für Deutsches Recht**. Hamburg: Dr. Otto Schmidt KG, 40. Jahrgang, Heft 1, 1986. p. 5-10.
- \_\_\_\_\_. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der EG-Richtlinien. **Recht der Internationalen Wirtschaft**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 30. Jahrgang, Heft 10, okt. 1984. p. 774-777. ISSN: 0340-7926.
- BOEREN, John; PENDERS, Zaïra. The Position of the Commerce Clause in U. S. Constitutional Law. **Tilburg Foreign Law Review**. Tilburg: Tilburg University, v. 5, n. 3, 1996. p. 209-220. ISSN: 0926-874X.
- BOGO, Jorge. Algunas cuestiones claves en el análisis de las fusiones y adquisiciones de empresas bajo la Ley 25.156. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruselas, abr. 2002, n. 14, p. 8-19.
- \_\_\_\_\_. Caso AMFIN (Ambito Financiero) vs. ARGEA (Clarín): Comentario al fallo de la Cámara Penal Económica. *In*: CORREA, Carlos María (Dir.). **Derecho de la competencia**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. p. 13-19. ISSN: 0328-9680.
- BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**. New York: Free Press, 1993. 479 p.
- BÖRNER, Bodo. Die fünfte Freiheit des Gemeinsamen Marktes: der freie Zahlungsverkehr. *In*: HALLSTEIN, Walter; SCHLOCHAUER; Hans-Jürgen (Hrsg.). **Zur Integration Europas: Festschrift für Carl Friedrich Ophüls aus Anlass seines siebzigsten Geburtstages**. Karlsruhe: C. F. Müller, 1965. p. 19-31.
- \_\_\_\_\_. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften zur Bedeutung der allgemeinen Ziele der Europäischen Verträge für den Wettbewerb. *In*: **MISCELLANEA W. J. Ganshof van der Meersch**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1972. t. 2. p. 29-56.

- \_\_\_\_\_. Rechtsfragen des Zahlungs- und Kapitalverkehrs in der EWG. **Europarecht**. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1. Jahrgang, Heft 2, 1966. p. 97-128. ISSN: 0531-2485.
- BÖRNER, Bodo; JAHREIß, Hermann; STERN, Klaus (Hrsg.). **Einigkeit und Recht und Freiheit: Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag am 14. Dezember 1984**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1984. 505 p. Band I. ISBN: 3-452-19883-9.
- BOSCHERINI, Fabio; KOSACOFF, Bernardo. Prólogo. *In*: BIANCHI, Patrizio. **Construir el mercado: Lecciones de la Unión Europea – el desarrollo de las instituciones y de las políticas de competitividad**. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1997. p. 11-19. ISBN: 987-9173-19-9.
- BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de. **Os Direitos Humanos e o Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 336 p. ISBN: 85-7147-136-3.
- BREI, Gerald. Das Grünbuch zur europäischen Fusionskontrollverordnung. *In*: **SCHWERPUNKTE des Kartellrechts 2001**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 2002. p. 101-109. ISBN: 3-452-25243-4.
- BRIGOLA, Alexander. **Das System der EG-Grundfreiheiten: Vom Diskriminierungsverbot zum spezifischen Beschränkungsverbot**. München: C. H. Beck, 2004. 236 p. ISBN: 3-406-51766-8.
- BRUNET, Ferran. **Curso de integración europea**. Madrid: Alianza Editorial, 1999. 777 p. ISBN: 84-206-8688-3.
- BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de empresas e Direito antitruste**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996. 335 p.
- BUNTE, Hermann-Josef. Das Verhältnis von deutschem zu europäischem Kartellrecht. **Wirtschaft und Wettbewerb**. Düsseldorf: Handelsblatt, 39. Jahrgang, Heft 1, jan. 1989. p. 7-21.
- \_\_\_\_\_. **Kartellrecht**. München: Verlag C. H. Beck, 2003. 478 p. ISBN: 3-406-48411-5.
- BURBRIDGE, Martín. La política industrial del Mercosur. **Revista de Derecho del Mercosur**. Buenos Aires: La Ley, a. 4, n. 2, abr. 2000. p. 34-43. ISSN: 0329-1685.
- \_\_\_\_\_. ¿Nos sigue conveniendo el Mercosur? **Revista de Derecho del Mercosur**. Buenos Aires: La Ley, a. 3, n. 1, fev. 1999. p. 256-260. ISSN: 0329-1685.

- CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos. *In*: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). **Direito Comunitário do MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 162-176. ISBN: 85-7348-047-5.
- CALLIESS, Christian; RUFFERT, Matthias (Hrsg.). **Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV**. 2. ed. Krefeld: Luchterhand, 2002. 2750 p. ISBN: 3-472-04810-7.
- CALLIESS, Graf-Peter. Transnationales Verbrauchervertragsrecht. **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**. Tübingen: Mohr Siebeck, 68. Jahrgang, 2004. p. 244-287. ISSN: 0033-7250.
- CALVETE, Carla da Silva. Acordos coletivos e dimensão social na União Europeia e no MERCOSUL. *In*: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **MERCOSUL: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 175-203. ISBN: 85-7147170-3.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. **Globalización y Derecho**. Madrid: Colex, 2003. 617 p. ISBN: 84-7879-767-X.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Algunas cuestiones sobre la libre prestación de servicios en el mercado único europeo. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, a. 38, v. 116, out./dez. 1999. p. 78-96.
- \_\_\_\_\_. **Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea**. Madrid: Colex, 2001. 292 p. ISBN: 84-7879-617-7.
- \_\_\_\_\_. **Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea**. Madrid: Colex, 2003. 1308 p. ISBN: 84-7879-766-1.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; GOÑI URRIZA, Natividad. **El control de las concentraciones de empresas en Europa**. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. 375 p. ISBN: 84-340-1108-5.
- CAMPELLO, Dyle. **O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 366 p. ISBN: 85-7147-244-0.
- CAMPOS, João Mota de. **Direito Comunitário**. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. 845 p. v. 1. ISBN: 972-31-0523-3.
- \_\_\_\_\_. **Direito Comunitário**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991. 770 p. v. 3. ISBN: 972-31-0537-3.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts**. Berlin: Duncker und Humblot, 1969. 169 p.

- CAPELLI, Fausto. Die Vollendung des Europäischen Binnenmarktes. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, Beiheft 1, 1992. p. 11-25. ISBN: 3-7890-2814-2.
- CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. *et alli* (Hrsg.). **Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. 869 p. ISBN: 3-78901498-2.
- CARBAJALES, Mariano. Derecho de la Competencia en la Unión Europea: un ejemplo para el Mercosur. **Revista de Derecho del Mercosur**. Buenos Aires: La Ley, a. 1, n. 2, sep. 1997. p. 136-144. ISSN: 0329-1685.
- CARPENA, Heloisa. O direito de escolha: garantindo a soberania do consumidor no mercado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, jul./set. 2004. p. 154-171. ISSN: 1415-7705.
- CARVALHO, Evandro Menezes. **A integração econômica e o controle das ajudas estatais: uma evolução do direito da concorrência nos países do Mercosul**. Santa Maria: Curso de Pós-graduação em Direito (UFSM). Dissertação de Mestrado, 2001. 168 p.
- CARVALHO, Isabel Maria Felgueiras T. **Circular Livremente na Europa: as mercadorias, as pessoas e as empresas**. Porto: ELCLA, 1995. 238 p.
- CARVALHO, Patrícia. Joint Venture: um olhar voltado para o futuro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, abr./jun. 2001. p. 162-172.
- CASELLA, Paulo Borba. **A Comparative Approach to Competition Law in the European Communities and the Mercosul**. Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1993. Heft 301. 72 p.
- \_\_\_\_\_. **Comunidade européia e seu ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 1994. 648 p.
- \_\_\_\_\_. Direito da Concorrência na UE e no Mercosul. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). **Mercosul: das negociações à implantação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 306-352.
- \_\_\_\_\_. **Mercosul: exigências e perspectivas**. São Paulo: LTr, 1996. 320 p.
- \_\_\_\_\_. Soberania e aplicação do direito da concorrência na CE e no Mercosul. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 31, n. 121, jan./mar. 1994. p. 117-143.
- CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **MERCOSUL: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 1160 p. ISBN: 85-7147170-3.



- CASES, Luís (Dir.). **Anuario de la competencia 1997**. Madrid: Marcial Pons, 1998. 617 p. ISBN: 84-7248-624-9.
- CASPARI, Manfred. Die Beihilferegeln des EWG-Vertrags und ihre Anwendung. *In*: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). **Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. p. 69-91. ISBN: 3-7890-1383-6.
- CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. **Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario**. Torino: G. Giappichelli, 2002. 355 p. ISBN: 88-348-2223-4.
- CASTAÑEDA, Gabriel. Competition Policy and Economic Integration in NAFTA and MERCOSUR. **International Business Lawyer**. Londres: International Bar Association, v. 26, n. 11, dez. 1998. p. 496-504. ISSN: 0309-7676.
- CELLI JUNIOR, Umberto. **Regras de concorrência no Direito Internacional moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 252 p. ISBN: 85-7348-111-0.
- CHÉROT, Jean-Yves. **Les Aides d'Etat dans les Communautés Européennes**. Paris: Economica, 1998. 379 p. ISBN: 2-7178-3625-X.
- \_\_\_\_\_. **Marché commun, règles et politiques communes?** Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1993. Heft 299. 21 p.
- CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes; CHIARELLI, Mateo Rota. **Integração: direito e dever**. LTr, 1992. 288 p.
- CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes (Coord.). **Temas de integração com enfoques no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1997. 277 p.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel. Las libertades fundamentales en un marco integrado. **Derecho de la Integración**. Rosario: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, n. 6, 1997. p. 29-40.
- \_\_\_\_\_. Problemática de la recepción del modelo comunitario europeo en el Mercosur. *In*: RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto (Org.). **Mercosur: Unión Europea**. Assunção: Intercontinental, 2001. p. 243-254. ISBN: 99925-59-30-6.
- CLASSEN, Claus Dieter. Auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik der EG-Grundfreiheiten? **Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 6. Jahrgang, Heft 4, abr. 1995. p. 97-106. ISSN: 0938-3050.
- \_\_\_\_\_. Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 4. Jahrgang, Heft 3, fev. 1993. p. 83-87. ISSN: 0937-7204.

- CLAUSNITZER, Martin. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit der Selbständigen. *In*: LENZ, Carl Otto (Hrsg.). **EG-Handbuch Recht im Binnenmarkt**. 2. ed. Berlin: Neue Wirtschafts-Briefe, 1994. p. 239-294. ISBN: 3-482-43552-9.
- COELHO, Inocêncio Mártires. A defesa da concorrência na Constituição de 1988. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 70, out./dez. 1994. p. 101-111.
- COLOMA, Germán. **Defensa de la competencia: análisis económico comparado**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003. 438 p. ISBN: 84-95823-31-4.
- COMUNIDADES Europeias: Comissão. **A Europa de A a Z**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1997.
- \_\_\_\_\_. **A livre circulação de pessoas na Comunidade Europeia**. Luxemburgo: Serviço das Publicações das Comunidades Europeias, 1983. 47 p.
- \_\_\_\_\_. **Direito da concorrência nas Comunidades Europeias: explicação das regras aplicáveis aos auxílios estatais**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1997. 50 p. ISBN: 92-827-9668-X.
- \_\_\_\_\_. **Europa: perguntas e respostas**. Luxemburgo: Serviço das Publicações das Comunidades Europeias, 1997. 173 p.
- \_\_\_\_\_. **Os direitos dos consumidores no mercado comum**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1993.
- CONNOR, John M. International Convergence of Antitrust Laws and Enforcement. *In*: VIEIRA, Wilson; CARVALHO, Fátima (Edit.). **MERCOSUL: agronegócios e desenvolvimento econômico**. Viçosa: UFV, 1997. p. 221-244.
- CONSIDERA, Claudio Monteiro; ARAÚJO, Mariana Tavares de. Competition advocacy in Brazil: recent developments. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, fev. 2003, n. 16, p. 72-78.
- CORREA, Carlos M. El derecho argentino de la competencia en proceso de cambio. *In*: CORREA, Carlos María (Dir.). **Derecho de la competencia**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. p. 41-48. ISSN: 0328-9680.
- CORREA, Carlos María (Dir.). **Derecho de la competencia**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. 489 p. ISSN: 0328-9680.
- COSTA, Ligia Maura. A cooperação entre empresas no Mercosul. *In*: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Coord.). **O MERCOSUL em movimento**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 21-38. ISBN: 85-85616-71-7.

- COSTA e SILVA, Eugênio da. A concorrência no Mercosul: considerações preliminares. **Revista de Direito Econômico**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, n. 25, jan./jul. 1997. p. 45-51. ISSN: 0102-924X.
- COUMES, Jean-Michel; BROCHE, Jérôme. La proposition de réforme du droit communautaire de la concurrence: le principe et les conséquences. **Revue du Marché commun et de l'Union européenne**. Paris: Éd. Techniques et Économiques, n. 451, sep. 2001. p. 546- 552.
- CRAIG, Paul; de BÚRCA, Gráinne. **EU law: text, cases, and materials**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. 1241 p. ISBN: 0-19-925608-X.
- CREIFELDS, Carl; WEBER, Klaus (Hrsg). **Rechtswörterbuch**. 15. ed. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999. 1632 p. ISBN: 3 406 44300 1.
- CREMER, Hans-Joachim; GIEGERICH, Thomas; RICHTER, Dagmar; ZIMMERMANN, Andreas. **Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger**. Berlin: Springer, 2002. 1483 p. ISBN: 3-540-42954-9.
- CREMER, Wolfram. Das Verhältnis der Beihilferegeln gemäß Art. 92 f. EGV zur Warenverkehrsfreiheit. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 31. Jahrgang, Heft 2, apr./jun. 1996. p. 225-237. ISSN: 0531-2485.
- CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 1**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. 236 p. ISBN: 987-507-216-8.
- CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. 232 p. ISBN: 987-507-232-X.
- CUNHA, Ricardo Thomazinho da. **Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia**. Barueri: Manole, 2003. 368 p. ISBN: 85-204-1718-3.
- CURIEL LEIDENZ, Claudia. La necesaria discusión de los regímenes de libre competencia en América Latina. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, fev. 2004, n. 18, p. 71-82.
- CUSHMAN, Barry. Continuity and Change in Commerce Clause Jurisprudence. **Arkansas Law Review**. Fayetteville: University of Arkansas School of Law, v. 55, n. 4, 2003. p. 1009-1054. ISSN: 0004-1831.
- DA CRUZ VILACA, José Luís. An exercise on the application of Keck and Mithouard in the field of free provision of services. *In*: DONY, Marianne (Coord.). **Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck**. Bruxelles: Bruylant, 1999. p. 797-816. v. II. ISBN: 2-8027-1252-7.

- DALLA VIA, Alberto Ricardo. El primer laudo arbitral del Mercosur. **Revista de Derecho del Mercosur**. Buenos Aires: La Ley, a. 3, n. 4, ago. 1999. p. 104-108. ISSN: 0329-1685.
- DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. O MERCOSUL perante o sistema constitucional brasileiro. *In*: BASSO, Maristela (Org.). **Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 102-116. ISBN: 85-7348-055-6.
- D'ANGELIS, Wagner Rocha. **Mercosul: da intergovernabilidade à supranacionalidade?** Curitiba: Juruá, 2001. 280 p. ISBN: 85-7394-592-3.
- DARTAYETE, María Cristina. Armonización de normas en el Mercosur. **Revista de Derecho del Mercosur**. Buenos Aires: La Ley, a. 3, n. 1, fev. 1999. p. 63-80. ISSN: 0329-1685.
- DAUSES, Manfred A. Die rechtliche Dimension des Binnenmarktes. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1. Jahrgang, Heft 1, apr. 1990. p. 8-11. ISSN: 0937-7204.
- \_\_\_\_\_. **Rechtliche Grundlagen der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion**. München: C. H. Beck, 2003. 278 p. ISBN: 3-406-50668-2.
- DE LEÓN, Ignacio. The role of competition policy in the promotion of competitiveness and development in Latin America. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, dez. 2000, n. 11, p. 57-71.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A ampliação da União Européia. **Revista Direito e Justiça – reflexões sócio-jurídicas**. Santo Ângelo: Ediuri, a. 3, n. 5, abr. 2004. p. 77-83. ISSN: 1676-8558.
- den TOOM, Marcelo A. The application of ICN's recommended practices for merger notification procedures in Argentina: what should be changed to achieve full consistency? **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, fev. 2004, n. 18, p. 3-10.
- DENIZARD, Jean-Pierre; DELACROIX, Céline. La modernisation du droit communautaire des ententes: le point de vue de chefs d'entreprise. **Revue du Marché commun et de l'Union européenne**. Paris: Ed. Techniques et Économiques, n. 451, sep. 2001. p. 553-559.
- DERINGER, Arved. Stellungnahme zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag (Art. 81 und 82 EG). **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 11. Jahrgang, Heft 1, jan. 2000. p. 5-11. ISSN: 0937-7204.
- DETHLOFF, Nina. **Europäisierung des Wettbewerbsrechts: Einfluss des europäischen Rechts auf das Sach- und Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. 342 p. ISBN: 3-16-147379-5.

- DEZALAY, Yves; TRUBEK, David M. A Reestruturação Global e o Direito. *In:* FARIA José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 29-80.
- Di BIASE, Hector N. Regime Jurídico da Concorrência. **Revista do Conselho da Justiça Federal**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, v. 1, n. 2, ago. 1997. p. 65-69. ISSN: 1414-008X.
- DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier; MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen. **Derecho de la Unión Europea: Textos y comentarios**. Madrid: Mc Graw Hill, 2001. 1323 p. ISBN: 84-481-2907-5.
- DIOS KOSTIANOVSKY, Olga E. Paraguay and Uruguay in Mercosur: using competition policies as an equalizing tool. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, abr. 2002, n. 14, p. 95-111.
- DONY, Marianne (Coord.). **Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck**. Bruxelles: Bruylant, 1999. 1739 p. v. II. ISBN: 2-8027-1252-7.
- DREHER, Meinrad. Das deutsche Kartellrecht vor der Europäisierung: Überlegungen zur 6. GWB-Novelle. **Wirtschaft und Wettbewerb**. Düsseldorf: Handelsblatt, 45. Jahrgang, Heft 11, nov. 1995. p. 881-907.
- \_\_\_\_\_. Der Rang des Wettbewerbs im europäischen Gemeinschaftsrecht. **Wirtschaft und Wettbewerb**. Düsseldorf: Handelsblatt, 48. Jahrgang, Heft 7, jul./ago. 1998. p. 656-666.
- DREXL, Josef. Wettbewerbsverfassung: Europäisches Wettbewerbsrecht als materielles Verfassungsrecht. *In:* von BOGDANDY, Armin (Hrgs.). **Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge**. Berlin: Springer, 2003. p. 747-802. ISBN: 3-540-43834-3.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana. El derecho internacional privado en las relaciones Mercosur-Unión Europea. **La Ley**. Buenos Aires: La Ley, 1997. p. 1302-1313. ISSN: 0024-1636.
- \_\_\_\_\_. El Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Matéria Civil, Comercial, Laboral y Administrativa con particular referencia al reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales. **Revista de Direito do Mercosul**. Buenos Aires: La Ley, a. 4, n. 2, abr. 2000. p. 85-104.
- \_\_\_\_\_. Hacia la quinta libertad fundamental del Mercosur. *In:* PIMENTEL, L. O. (Org.). **MERCOSUL no cenário internacional: Direito e Sociedade**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 17-29. v. 1. ISBN: 85-7394-107-3.
- \_\_\_\_\_. La cooperación jurídica internacional en el Mercosur. *In:* DREYZIN DE KLOR, Adriana. **Temas de Derecho de la Integración: Derecho Internacional Privado**. Córdoba: Advocatus, 1998.

- \_\_\_\_\_. **Temas de Derecho de la Integración: Derecho Internacional Privado.** Córdoba: Advocatus, 1998.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana *et alli*. **Solução de Controvérsias: OMC, União Européia e Mercosul.** Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2004. 240 p. ISBN: 85-7504-061-8.
- DROMI, Roberto. **Código del Mercosur: Tratado, Protocolos, Acuerdos, Declaraciones, Decisiones, Resoluciones, Directivas, Recomendaciones.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. 5602 p. ISBN: 950-9385-36-0.
- \_\_\_\_\_. **Competencia y monopolio: Argentina, Mercosur y OMC.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. 438 p. ISBN: 987-507-178-1.
- \_\_\_\_\_. **Mercosur: reglas para crear y crecer.** Buenos Aires: Simpósio Reflexiones sobre el Mercosul: La Unión Europea a través de España, 26 ago. 1999. 11 p.
- DROMI, Roberto (dir.). **Sistema Comunitário I.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003. 363 p. ISBN: 84-95823-37-3.
- DROMI, Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel A.; RIVERA, Julio C. **Derecho Comunitario.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. 671 p.
- DROMI, Roberto; MOLINA DEL POZO, Carlos. **Acuerdo Mercosur-Unión Europea.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. 303 p. ISBN: 950-9385-48-4.
- DROMI SAN MARTINO, Laura. **Derecho Constitucional de la Integración.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. 692 p. ISBN: 84-7248-972-8.
- DRUESNE, Gérard. **Droit de l'Union Européenne et politiques communautaires.** 7. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. 633 p. ISBN: 2-13-053157-1.
- \_\_\_\_\_. **Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe.** Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1992. Heft 265. 11 p.
- DUE, Ole; LUTTER, Marcus; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). **Festschrift für Ulrich Everling.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. 883 p. Band I. ISBN: 3-7890-3741-9.
- \_\_\_\_\_. **Festschrift für Ulrich Everling.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. p. 885-1742. Band II. ISBN: 3-7890-3741-9.
- DUIJM, Bernhard; WINTER, Helen. **Internationale Wettbewerbsordnung: Alternativen und ihre Probleme. Wirtschaft und Wettbewerb.** Düsseldorf: Handelsblatt, 43. Jahrgang, Heft 6, jun. 1993. p. 465-474.

- DUTOIT, Bernard. O direito da concorrência desleal e a relação da concorrência: uma dupla indissociável? Uma perspectiva comparativa. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, jul./set. 1995. p. 28-42. ISSN: 1415-7705.
- EBERHARTINGER, Michael. Konvergenz und Neustrukturierung der Grundfreiheiten. **Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 8. Jahrgang, Heft 2, fev. 1997. p. 43-52. ISSN: 0938-3050.
- EHLERMANN, Claus Dieter. Ist die Verordnung Nr. 17 noch zeitgemäß? **Wirtschaft und Wettbewerb**. Düsseldorf: Handelsblatt, 43. Jahrgang, Heft 12, dez. 1993. p. 997-1001.
- EHLERMANN, Claus-Dieter. Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts durch Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten. *In*: RANDELZHOFFER, Albrecht; SCHOLZ, Rupert; WILKE, Dieter (Hrsg.). **Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz**. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995. p. 45-55. ISBN: 3-406-38520-6.
- \_\_\_\_\_. Die Europäische Gemeinschaft und das Recht. *In*: BÖRNER, Bodo; JAHRREIß, Hermann; STERN, Klaus (Hrsg.). **Einigkeit und Recht und Freiheit: Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag am 14. Dezember 1984**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1984. p. 81-93. Band I. ISBN: 3-452-19883-9.
- \_\_\_\_\_. Les entreprises publiques et le contrôle des aides d'État. **Revue du Marché commun et de l'Union européenne**. Paris: Éd. Techniques et Économiques, n. 360, jul./ago. 1992. p. 613-620.
- \_\_\_\_\_. Neuere Entwicklungen im europäischen Wettbewerbsrecht. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 26. Jahrgang, Heft 4, out./dez. 1991. p. 307-328. ISSN: 0531-2485.
- \_\_\_\_\_. The contribution of EC competition policy to the single market. **Common Market Law Review**. The Hague: Kluwer Law International, v. 29, 1992. p. 257-282. ISSN: 0165-0750.
- \_\_\_\_\_. The internal market following the Single European Act. **Common Market Law Review**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, v. 24, 1987. p. 361-409. ISSN: 0165-0750.
- \_\_\_\_\_. The modernization of EC antitrust policy: a legal and cultural revolution. **Common Market Law Review**. The Hague: Kluwer Law International, v. 37, 2000. p. 537-590. ISSN: 0165-0750.
- \_\_\_\_\_. Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt. **Recht der Internationalen Wirtschaft**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 39. Jahrgang, Heft 10, okt. 1993. p. 793-797. ISSN: 0340-7926.

- EHLERS, Dirk. Allgemeine Lehren. *In*: EHLERS, Dirk (Hrsg.). **Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten**. Berlin: De Gruyter Recht, 2003. p. 147-187. ISBN: 3-89949-008-8.
- EHLERS, Dirk (Hrsg.). **Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten**. Berlin: De Gruyter Recht, 2003. 509 p. ISBN: 3-89949-008-8.
- EHRICKE, Ulrich. Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts vor Ende der Umsetzungsfrist einer Richtlinie. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 10. Jahrgang, Heft 18, sep. 1999. p. 553-559. ISSN: 0937-7204.
- EILMANSBERGER, Thomas. Zur Reichweite der Grundfreiheiten des Binnenmarktes (2. Teil). **Juristische Blätter**. Wien: Springer, 121. Jahrgang, Heft 7, jul. 1999. p. 434-453. ISSN: 0022-6912.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. Comentario al primer laudo dictado por el Tribunal Arbitral del Mercosur. **El Derecho**. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 1999. p. 390-405. ISBN: 950-523135-0.
- \_\_\_\_\_. **Introducción al derecho comunitario latinoamericano**. Buenos Aires: Depalma, 1996. 702 p. ISBN: 950-14-0917-1.
- EL MERCOSUR: un desafío**. Buenos Aires: Centro de Economía Internacional, 1993. 436 p. ISBN: 987-99/02-4-9.
- EMMERICH, Volker. **Kartellrecht**. 7. ed. München: C. H. Beck, 1994. 614 p. ISBN: 3-406-38337-8.
- EPINEY, Astrid. Gemeinschaftsrechtlicher Umweltschutz und Verwirklichung des Binnenmarktes: "Harmonisierung" auch der Rechtsgrundlagen? **Juristen Zeitung**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 47. Jahrgang, Heft 11, jun. 1992. p. 564-570. ISSN: 0022-6882.
- ETCHEVERRY, Raul Anibal. Derecho de la competencia y Mercosur: visión desde Argentina. *In*: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (Coord.). **Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica**. Valladolid: Lex Nova, 1998. p. 193-227. ISBN: 84-7557-992-2.
- ETCHEVERRY, Raul Anibal; ETCHEVERRY, Gabriela Maria. **Mercosur: negocios y empresas – historia y futuro de la integración americana**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. 435 p. ISBN: 987-507-212-5.
- EVERLING, Ulrich. Abgrenzung der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 100a EWGV durch den Gerichtshof. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 26. Jahrgang, Heft 2, apr./jun. 1991. p. 179-182. ISSN: 0531-2485.



- \_\_\_\_\_. Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach dem Maastricht-Urteil. *In*: RANDELZHOFER, Albrecht; SCHOLZ, Rupert; WILKE, Dieter (Hrsg.). **Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz**. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995. p. 57-75. ISBN: 3-406-38520-6.
- \_\_\_\_\_. Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes. *In*: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. **Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990**. Berlin: Walter de Gruyter, 1990. p. 1154-1173. ISBN: 3-11-011985-4.
- \_\_\_\_\_. Zur Funktion der Rechtsangleichung in der Europäischen Gemeinschaft: Vom Abbau der Verzerrungen zur Schaffung des Binnenmarktes. *In*: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. *et alli* (Hrsg.). **Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. p. 227-245. ISBN: 3-78901498-2.
- \_\_\_\_\_. Zur Wettbewerbskonzeption in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. **Wirtschaft und Wettbewerb**. Düsseldorf: Handelsblatt, 40. Jahrgang, Heft 12, dez. 1990. p. 995-1009.
- FABRIS, Fernando Smith. **Concentrações empresariais e o mercado relevante**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. 111 p. ISBN: 857525175-9.
- FARIA, Guiomar T. Estrella. As sociedades comerciais e a formação dos blocos econômicos de nações. *In*: BASSO, Maristela (Org.). **Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 211-241. ISBN: 85-7348-055-6.
- FARIA, José Ângelo Estrella. Aplicação extraterritorial do direito da concorrência. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 27, n. 105, jan./mar. 1990. p. 19-46.
- \_\_\_\_\_. **O Mercosul: princípios, finalidades e alcance do Tratado de Assunção**. Brasília: Subsecretaria Geral de Assuntos da Integração, Econômicos e do Comércio Exterior. Núcleo de Assessoramento Técnico, 1993. 193 p.
- FARIA José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996. 160 p.
- FARIA, Werter R. A institucionalização do Mercosul. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 381-387. v. 2. ISBN: 85-7394-107-3.
- \_\_\_\_\_. **Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. 144 p.

- \_\_\_\_\_. **Disciplina da concorrência e controle das concentrações de empresas no Mercosul.** Brasília: Senado Federal, 1993. 105 p. ISBN: 85-7018-101-9.
- \_\_\_\_\_. 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.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 143-153. ISBN: 85-7348-055-6.
- \_\_\_\_\_. Os sistemas de solução de controvérsias no Mercosul. *In*: STAHRINGER DE CARAMUTI, Ofelia (Coord.). **El Mercosur en el Siglo XXI.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. p. 199-217. ISBN: 987-507-062-9.
- FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maike. **Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000. 264 p. ISBN: 3-7890-6778-4.
- FASULINO, Eduardo J. Los problemas de la competencia entre la Argentina y Brasil. *In*: BALZE, Felipe A. M. de la (comp.). **Argentina y Brasil: enfrentando el siglo XXI.** Buenos Aires: Asociación de Bancos de la República Argentina, 1995. p. 413-487. ISBN: 950-9515-96-5.
- FEHR, Hans-Peter. Die neuen Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten. **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.** Köln: RWS Verlag, 25. Jahrgang, Heft 45, nov. 2004. p. 2123-2131. ISSN: 0723-9416.
- FEIDEN, Sonja. **Die Bedeutung der “Keck”-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten: Ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten.** Berlin: Duncker und Humblot, 2003. 283 p. ISBN: 3-428-10961-9.
- FEKETE, Elisabeth Kaszner. A proteção ao consumidor como instrumento de aperfeiçoamento da integração econômica no Mercosul. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 20, out./dez. 1996. p. 112-126. ISSN: 1415-7705.
- FELDMAN, Guillermo. Mercosur: los nuevos desafíos para el año 1997. **Revista de Derecho del Mercosur.** Buenos Aires: La Ley, a. 1, n. 1, maio 1999. p. 180-182. ISSN: 0329-1685.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia. El arbitraje comercial: Una luz para la solución de disputas en materia de derecho de la competencia. *In*: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). **Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado.** Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 403-430. ISBN: 950-527-348-7.

- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. El control de las ayudas financieras nacionales. *In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; GONZÁLES CAMPOS, Julio D.; MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Comunitario Europeo: Estudio sistemático desde el derecho español.* Madrid: Civitas, 1986. p. 619-647. t. 2. ISBN: 84-7398-435-8.
- FIGUEREDO, Julio. Derecho de la competencia e integración económica: la situación en el Mercosur. *In: CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2.* Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 33-101. ISBN: 987-507-232-X.
- FIKENTSCHER, Wolfgang. Was bedeutet “self-executing”? *In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990.* Berlin: Walter de Gruyter, 1990. p. 1175-1191. ISBN: 3-11-011985-4.
- FIKENTSCHER, Wolfgang; DREXL, Josef. Der Draft International Antitrust Code: Zur institutionellen Struktur eines künftigen Weltkartellrechtes. **Recht der Internationalen Wirtschaft.** Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 40. Jahrgang, Heft 2, feb. 1994. p. 93-90. ISSN: 0340-7926.
- FIKENTSCHER, Wolfgang; HEINEMANN, Andreas. Der ‘Draft International Antitrust Code’: Initiative für ein Weltkartellrecht im Rahmen des GATT. **Wirtschaft und Wettbewerb.** Düsseldorf: Handelsblatt, 44. Jahrgang, Heft 2, fev. 1994. p. 97-107.
- FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini et alli. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 871-909. ISBN: 85-218-0286-2.
- FISCHER, Hans Georg. **Europarecht: Grundlagen des Europäischen Gemeinschaftsrechts in Verbindung mit deutschem Staats- und Verwaltungsrecht.** 3. ed. München: C. H. Beck, 2001. 442 p. ISBN: 3-406-48370-4.
- \_\_\_\_\_. Rechtsangleichung. *In: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.). EU- und EG-Vertrag: Kommentar.* 3. ed. Köln: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, 2003. p. 1148-1201. ISBN: 3-89817-274-0.
- FLESCHENBERG, Jana. Civil society and regional integration in the EU: history and concept. **Boletín Latinoamericano de Competencia.** Bruxelas, fev. 2004, n. 18, p. 102-116.
- FONSECA, José Júlio Borges da. Análise do regime jurídico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 35, v. 103, jul./set. 1996. p. 25-32.

- \_\_\_\_\_. Disciplina da concorrência nas operações de concentração empresarial. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 35, v. 102, abr./jun. 1996. p. 26-37.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio. **La libre competencia en la Comunidad Europea**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1986. 334 p. ISBN: 84-599-1173-X.
- FONTOURA, Jorge. A evolução do Sistema de Solução de Controvérsias: de Brasília a Olivos. *In: SOLUÇÃO de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. p. 271-278. ISBN: 85-7365-264-0.
- FORTE, Umberto. **União Européia: Comunidade Econômica Européia (Direito das Comunidades Européias e harmonização fiscal)**. São Paulo: Malheiros, 1994. 183 p.
- FRADERA, Véra; GRANADOS, Ernesto. Empresas binacionais. *In: GHERSI, Carlos Alberto (Director). Mercosur: perspectivas desde el derecho privado*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1993. p. 127-150. ISBN: 950-679-117-1.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. A integração européia e o Mercosul: confronto atual (direito da concorrência e integração em perspectiva comparatista). **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, jul./set. 1999. p. 86-95. ISSN: 1415-7705.
- \_\_\_\_\_. A Jurisprudência Européia como orientadora do novo Direito. *In: RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto (Org.). Mercosur: Unión Europea*. Assunção: Intercontinental, 2001. p. 383-396. ISBN: 99925-59-30-6.
- FRENZ, Walter. Grundfreiheiten und Grundrechte. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 37. Jahrgang, Heft 5, sep./okt. 2002. p. 603-618. ISSN: 0531-2485.
- \_\_\_\_\_. **Handbuch Europarecht: Europäische Grundfreiheiten**. Band 1. Berlin: Springer, 2004. 1236 p. ISBN: 3-540-21074-1.
- FRIEDEL-SOUCHE, Evelyne. **Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etat-Unis et dans la Communauté Européenne**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994. 494 p. ISBN: 2-275-00356-8.
- FRIESS, Bernhard. Die internationale Zusammenarbeit der EU und der USA – Austausch von Informationen. *In: KONVERGENZ der Wettbewerbsrechte – Eine Welt, ein Kartellrecht*. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 2002. p. 69-76. ISBN: 3-452-25422-4.
- FROTA, Mário. O Tratado de Nice e o plano quinquenal de acção (2002-2006). **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 48, out./dez. 2003. p. 31-54. ISSN: 1415-7705.

- GADDUM, Eckart. Wirtschafts- und Währungsunion (WWU). *In*: WEIDENFELD, Werner; WESSELS, Wolfgang. **Europa von A-Z: Taschenbuch der europäischen Integration**. 2. ed. Bonn: Europa Union Verlag, 1992. p. 346-352. ISBN: 3-7713-0411-3.
- GALÁN CORONA, Eduardo. Notas sobre el Reglamento (CE) n. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma. **Revista de Derecho Comunitario Europeo**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, a. 7, n. 15, maio/ago. 2003. p. 499-525. ISSN: 1138-4026.
- GANTEN, Ted Oliver. **Die Drittwirkung der Grundfreiheiten**. Berlin: Duncker und Humblot, 2000. 244 p. ISBN: 3-428-10085-9.
- GARCÍA CANO, Sandra. La Cooperación Internacional en el Ámbito del Derecho de la Competencia: especial referencia a las relaciones euroamericanas. **Revista de Derecho Comunitario Europeo**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 4, a. 2, jul./dec. 1998. p. 721-741. ISSN: 1138-4026.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; GONZÁLES CAMPOS, Julio D.; MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de Derecho Comunitario Europeo: Estudio sistematico desde el derecho español**. Madrid: Civitas, 1986. 666 p. t. 2. ISBN: 84-7398-435-8.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Comunitario Europeo: Estudio sistematico desde el derecho español**. Madrid: Civitas, 1986. 874 p. t. 3. ISBN: 84-7398-436-6.
- GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. **Alca: a Área de Livre Comércio das Américas**. São Paulo: Aduaneiras, 1999. 138 p. ISBN: 85-7129-192-6.
- GARCÍA PALENCIA, Rafael. Reglas de competencia en la practica: la Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo. *In*: CORREA, Carlos María (Dir.). **Derecho de la competencia**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. p. 63-92. ISSN: 0328-9680.
- GARRÉ COPELLO, Belter. **El Tratado de Asunción y el Mercado Común del Sur: los megabloques económicos y América Austral**. Montevideo: Editorial Universidad, 1991. 320 p.
- GASSNER, Ulrich M. L'europeizzazione del *Kartellrecht* tedesco. **Rivista delle Società**. Milano: Giuffrè, a. 44, f. 5, set./out. 1999. p. 1199-1218.
- GAUDEMET-TALLON, Hélène. **Compétence et exécution des jugements en Europe: Règlement n. 44/2001 – Conventions de Bruxelles et de Lugano**. 3. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. 563 p. ISBN: 2-275-02274-0.
- GAVALDA, Christian; PARLEANI, Gilbert. **Droit des affaires de L'Union Européenne**. 4. ed. Paris: Litec, 2002. 541 p. ISBN: 2-7111-3473-3.

- GEBAUER, Jochen. **Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte**. Berlin: Duncker und Humblot, 2004. 454 p. ISBN: 3-428-11273-3.
- GEBAUER, Martin. **Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts: Eine Untersuchung nationaler Ansätze unter Berücksichtigung des italienischen und des deutschen Rechts**. Heidelberg: Universitätsverlag G. Winter, 1998. ISBN: 3-8253-0617-8.
- GHERSI, Carlos Alberto (Director). **Mercosur: perspectivas desde el derecho privado**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1993. 273 p. ISBN: 950-679-117-1.
- GIMENES, Rafael Urbano. Regime de concorrência das empresas binacionais no MERCOSUL. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **MERCOSUL: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 407-433. ISBN: 85-7147170-3.
- GIUDICI, Giuseppe. Alcune nota sulla storia del diritto *antitrust* in Germania. **Rivista delle Società**. Milano: Giuffrè, a. 44, f. 5, set./out. 1999. p. 1191-1198.
- GLAESNER, H-J. Die Einheitliche Europäische Akte. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 21. Jahrgang, Heft 2, abr./jun. 1986. p. 119-152. ISSN: 0531-2485.
- GLAESNER, Hans-Joachim. Die Einheitliche Europäische Akte – Versuch einer Wertung. In: SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). **Der Gemeinsame Markt Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspective**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. p. 9-35. ISBN: 3-7890-1344-7.
- GLASHOFF, Hinrich. Freier Warenverkehr. In: LENZ, Carl Otto (Hrsg.). **EG-Handbuch Recht im Binnenmarkt**. 2. ed. Berlin: Neue Wirtschafts-Briefe, 1994. p. 137-238. ISBN: 3-482-43552-9.
- GOBBO, Edenilza. **O Mercosul e a livre circulação de mercadorias**. Ijuí: Unijuí, 2003. 200 p.
- GOLDMAN, Berthold; LYON-CAEN, Antoine. **Derecho Comercial Europeo**. Madrid: Joaquín Morales, 1984. 726 p. ISBN: 84-505-0767-7.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis. La jurisprudencia relativa al artículo 28 CE (antiguo artículo 30 TCE) sobre la libre circulación de mercancías después de ‘Keck y Mothouard’. **Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia**. Madrid: Cinsa, n. 206, mar./abr. 2000. p. 24-38. ISSN: 1575-2054.
- GONZALEZ-OLDEKOP, Florencia. **La integración y sus instituciones: los casos de la Comunidad Europea y el Mercosur**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. 386 p. ISBN: 987-507-005-X.

- GRABITZ, Eberhard. Die Einheitliche Europäische Akte: Rechtliche Bewertung. **Integration 1986**. Bonn: Europa Union Verlag GmbH, Heft 3, jul. 1986. p. 95-100. ISSN: 0720-5120.
- \_\_\_\_\_. Über die Verfassung des Binnenmarktes. *In*: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. **Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990**. Berlin: Walter de Gruyter, 1990. p. 1229-1245. ISBN: 3-11-011985-4.
- GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard (Hrsg.). **Das Recht der Europäischen Union: Kommentar zur Europäischen Union (EUV/EGV)**. 20. Ergänzungslieferung. München: C. H. Beck, 2003. Band I. ISBN: 3 406 493815.
- GRABITZ, Eberhard; von BOGDANDY, Armin. Vom Gemeinsamen Markt zum Binnenmarkt: Statik und Dynamik des Europäischen Marktes. **Juristische Schulung**. München: C. H. Beck, 30. Jahrgang, Heft 3, mar. 1990. p. 170-175. ISBN: 0022-6939.
- GRATIUS, Susanne. Der Mercosur im Brennpunkt der Integration. **Jahrbuch Internationale Politik 1995-1996**. München: R. Oldenbourg, v. 22, 1988. p. 304-315. ISBN: 3-486-56372-6.
- GRIMM, Dieter. Braucht Europa eine Verfassung? **Juristen Zeitung**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 50. Jahrgang, Heft 12, jun. 1995. p. 581-591. ISSN: 0022-6882.
- GRINBERG, Mauro. A concorrência entre empresas perante o Mercosul: enfoque específico sobre Brasil e Argentina face à legislação antitruste. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 32, v. 89, jan./mar. 1993. p. 56-64.
- \_\_\_\_\_. Merger Control in Brazil. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, out. 2002, n. 15, p. 48-49.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. 1062 p. ISBN: 85-218-0286-2.
- GROGER, Thomas; JANICKI, Thomas. Weiterentwicklung des Europäischen Wettbewerbsrechts. **Wirtschaft und Wettbewerb**. Düsseldorf: Handelsblatt, 42. Jahrgang, Heft 12, dez. 1992. p. 991-1005.
- GROSMAN, Lucas; SEREBRISKY, Tomás. El abuso explotativo y la defensa de la competencia en Argentina. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, fev. 2003, n. 16, p. 15-23.
- GRUNDMANN, Stefan. Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts – insbesondere: der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze? **Zeitschrift für Europäisches Privatrecht**. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 4. Jahrgang, 1996. p. 399-424. ISSN: 0943-3929.

- GRUNWALD, Jürgen. Die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 20. Jahrgang, Heft 4, out./dez. 1985. p. 414-440. ISSN: 0531-2485.
- GUAL, Jordi. Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea. **Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia**. Madrid: Cinsa, n. 206, mar./abr. 2000. p. 93-100. ISSN: 1575-2054.
- GUCKELBERGER, Annette. Die Drittwirkung der Grundrechte. **Juristische Schulung**. München: C. H. Beck, 43. Jahrgang, Heft 12, dez. 2003. p. 1151-1157. ISBN: 0022-6939.
- GUNDEL, Jörg. Neue Grenzlinien für die Direktwirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien unter Privaten. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 12. Jahrgang, Heft 5, mar. 2001. p. 143-149. ISSN: 0937-7204.
- HACIA la III Cumbre Unión Europea – América Latina y el Caribe: Balances y perspectivas**. Madrid: Red de Cooperación Euro-latinoamericana (RECAL), doc. 10/2004, jan. 2004. 52 p. ISBN: 84-932414-6-6.
- HACIA una nueva relación en la construcción de un espacio competitivo común**. Brasília: Embaixada Argentina no Brasil, jun. 1996. 271 p.
- HAILBRONNER, Kay. Staatshaftung bei säumiger Umsetzung von EG-Richtlinien. **Juristen Zeitung**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 47. Jahrgang, Heft 6, mar. 1992. p. 284-289. ISSN: 0022-6882.
- HAKENBERG, Waltraud. **Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts**. 3. ed. München: Franz Vahlen, 2003. 239 p. ISBN: 3 8006 2910 0
- HALLSTEIN, Walter; SCHLOCHAUER; Hans-Jürgen (Hrsg). **Zur Integration Europas: Festschrift für Carl Friedrich Ophüls aus Anlass seines siebzigsten Geburtstages**. Karlsruhe: C. F. Müller, 1965. 258 p.
- HANAU, Peter; KOCH, Ludwig; RABE, Hans-Jürgen. **Deutsches und europäisches Anwaltsrecht: Festschrift für Walter Kolvenbach**. Essen: Deutscher Anwaltverlag, 1992. 44 p. ISBN: 3-87389-203-0.
- HANSEN, Patricia Isela. Antitrust in the Global Market: rethinking 'reasonable expectations'. **Southern California Law Review**. Los Angeles: University of Southern California, v. 72, set. 1999. p. 1601-1649.
- HARGAIN, Daniel. Análisis de la legislación de defensa de la competencia. **Revista La Justicia Uruguaya**. Montevideú: La Justicia Uruguaya, t. 124, set./out. 2001. p. 107-120.
- \_\_\_\_\_. Normativa de defensa de la competencia en Uruguay. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruselas, nov. 2001, n. 13, p. 102-116.



- HARSCH, Bradley A. Finding a Sound Commerce Clause Doctrine: Time to Evaluate the Structural Necessity of Federal Legislation. **Seton Hall Law Review**. Newark: Seton Hall University School of Law, v. 31. n. 1, 2000. p. 983-1041. ISSN: 0586-5964.
- HASSEMER, Michael. Gewerbliche Schutzrechte im MERCOSUR. *In*: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). **Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001. p. 121-141. ISBN: 3-7890-7236-2.
- HAWK, Barry E. (Hrsg.). **United States and common market antitrust policies**. New York: Fordham Corporate Law Institute, 1987. 682 p.
- HEIDENHAIN, Martin. Europäisierung des deutschen Kartellrechts? **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 6. Jahrgang, Heft 8, apr. 1995. p. 225. ISSN: 0937-7204.
- HELLMANN, Hans-Joachim. Das neue Verweisungsregime in Art. 4 FKVO aus Sicht der Praxis. **Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 15. Jahrgang, Heft 7, jul. 2004. p. 289-293. ISSN: 0938-3050.
- \_\_\_\_\_. Die neuen Anmeldevorschriften der Fusionskontrollverordnung und ihre Bedeutung für Unternehmenszusammenschlüsse. **Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Köln: RWS Verlag, 25. Jahrgang, Heft 30, jul. 2004. p. 1387-1391. ISSN: 0723-9416.
- HERDEGEN, Matthias. **Europarecht**. München: C. H. Beck'sche Buchhandlung, 1999. 377 p. ISBN: 3-406-44850-X.
- HERZ, Mariana; PEROTTI, Alejandro D. Influencia del derecho de la integración en el Derecho Privado: derecho de defensa de la competencia. **Revista del Mercosur**. Santa Fé: Delta, n. 3, abr. 1998. p. 39-60. ISSN: 0329-0689.
- HIRSBRUNNER, Simon. Die revidierte EG-Fusionskontroll-Verordnung. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 9. Jahrgang, Heft 3, fev. 1998. p. 69-75. ISSN: 0937-7204.
- HOFMEISTER, Wilhelm; TREIN, Franklin. **Anuário Brasil-Europa 2002: solução de controvérsias, arbitragem comercial e propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2003. 304 p. ISBN: 85-7504-048-0.
- HOLANDA, Francisco Mauro Brasil de. **O gás no Mercosul: uma perspectiva brasileira**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2001. 177 p. ISBN: 85-87480-17-0.
- HOMMELHOFF, Peter. Konzernrecht für den Europäischen Binnenmarkt. **Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht**. Berlin: Walter de Gruyter, 21. Jahrgang, 1992. p. 121-141.

- HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg). **40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. 394 p. ISBN: 3-7890-5435-6.
- HUCKE, Anja. **Erforderlichkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in Europa**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001. 491 p. ISBN: 3-7890-7017-3.
- IDOT, Laurence. **L'application de la subsidiarité dans le droit de la concurrence**. Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1993. Heft 300. 25 p.
- IGLESIAS BUHÍGUES, José Luis; DESANTES REAL, Manuel. La quinta libertad comunitaria: competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea. *In*: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; GONZÁLES CAMPOS, Julio D.; MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de Derecho Comunitario Europeo: Estudio sistemático desde el derecho español**. Madrid: Civitas, 1986. p. 711-751. t. 3. ISBN: 84-7398-436-6.
- IMMENGA, Ulrich. Der Wettbewerbskodex von 1994 – Relikt oder Referenzmodell? *In*: **KONVERGENZ der Wettbewerbsrechte – Eine Welt, ein Kartellrecht**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 2002. p. 13-25. ISBN: 3-452-25422-4.
- \_\_\_\_\_. Die Sicherung unverfälschten Wettbewerbs durch Europäische Fusionskontrolle. **Wirtschaft und Wettbewerb**. Düsseldorf: Handelsblatt, 40. Jahrgang, Heft 5, maio 1990. p. 371-381.
- \_\_\_\_\_. **El Mercado y el Derecho: Estudios de Derecho de la Competencia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. 165 p. ISBN: 84-8442-255-0.
- \_\_\_\_\_. Rechtsregeln für eine internationale Wettbewerbsordnung. *In*: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). **Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. p. 593-609. ISBN: 3-7890-4473-3.
- IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). **Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. 1104 p. ISBN: 3-7890-4473-3.
- INCHAUSTI, Juan Ignacio. Protección de los derechos del consumidor en la Unión Europea y en el Mercosur. *In*: **CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 105-174. ISBN: 987-507-232-X.
- INSTITUTO Torcuato Di Tella. Propuesta de convergencia en política de competencia entre Argentina y Brasil. *In*: **EL MERCOSUR: un desafío**. Buenos Aires: Centro de Economía Internacional, 1993. p. 84-138. ISBN: 987-99/02-4-9.

- IPSEN, Hans Peter. Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 29. Jahrgang, Heft 1, jan./mar. 1994. p. 1-21. ISSN: 0531-2485.
- JACKSON, John H.; DAVEY, William J.; SYKES JUNIOR, Alan O. **Legal problems of international economic relations: cases, materials and text**. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1995. 1248 p. ISBN: 0-314-04688-7.
- JAEGER JUNIOR, Augusto. **Mercosul e a livre circulação de pessoas**. São Paulo: LTr, 2000. 190 p. ISBN: 85-7322-817-2.
- \_\_\_\_\_. O novo Código Civil Brasileiro e a reorganização de empresas. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, oct. 2002, n. 15, p. 53-77.
- \_\_\_\_\_. Os critérios de mercado relevante e investidor privado no Direito Comunitário da Concorrência. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org.). **Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI**. Londrina: UniFil, 2002. p. 187-191.
- \_\_\_\_\_. **Temas de direito da integração e comunitário**. São Paulo: LTr, 2002. 262 p. ISBN: 85-361-0272-1.
- JAENSCH, Michael. **Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten: Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73b EGV**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1997. 321 p. ISBN: 3-7890-4781-3.
- JANICKI, Thomas. Perspektiven der Fusionskontrolle im gemeinsamen Binnenmarkt. **Wirtschaft und Wettbewerb**. Düsseldorf: Handelsblatt, 39. Jahrgang, Heft 3, mar. 1989. p. 193-202.
- JARASS, Hans D. Die Grundfreiheiten als Grundgleichheiten: Systematische Überlegungen zur Qualifikation und Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten. In: DUE, Ole; LUTTER, Marcus; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). **Festschrift für Ulrich Everling**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. p. 593-609. Band I. ISBN: 3-7890-3741-9.
- \_\_\_\_\_. Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 30. Jahrgang, Heft 3, jul./sep. 1995. p. 202-226. ISSN: 0531-2485.
- \_\_\_\_\_. Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 35. Jahrgang, Heft 5, sep./okt. 2000. p. 705-723. ISSN: 0531-2485.
- JARASS, Hans D.; BELJIN, Saša. Grenzen der Privatbelastung durch unmittelbar wirkende Richtlinien. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 39. Jahrgang, Heft 5, set./out. 2004. p. 714-737. ISSN: 0531-2485.

JAYME, Erik. Haustürgeschäfte deutscher Urlauber in Spanien: Horizontale Wirkungen der EG-Richtlinien und internationales Vertragsrecht. **Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts**. Bielefeld: Gieseking, 10. Jahrgang, n. 4, jul./ago. 1990, p. 220-222. ISSN: 0720-6585.

\_\_\_\_\_. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. **Recueil des Cours**. The Hague: The Hague Academy of International Law, 1995. t. 251. p. 9-268. ISBN: 90-411-0261-2.

\_\_\_\_\_. Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation. **Recueil des Cours**. The Hague: The Hague Academy of International Law, 2000. t. 282. p. 9-40. ISBN: 90-411-1489-0.

JAYME, Erik; KOHLER, Christian. Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG nach Maastricht. **Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts**. Bielefeld: Gieseking, 12. Jahrgang, n. 6, nov./dez. 1992, p. 346-356. ISSN: 0720-6585.

\_\_\_\_\_. Europäisches Kollisionsrecht 1999: Die Abendstunde der Staatsverträge. **Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts**. Bielefeld: Gieseking, 19. Jahrgang, n. 6, nov./dez. 1999, p. 401-413. ISSN: 0720-6585.

\_\_\_\_\_. Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR? **Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts**. Bielefeld: Gieseking, 21. Jahrgang, n. 6, nov./dez. 2001, p. 501-514. ISSN: 0720-6585.

\_\_\_\_\_. Europäisches Kollisionsrecht 2002: Zur Wiederkehr des Internationalen Privatrechts. **Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts**. Bielefeld: Gieseking, 22. Jahrgang, n. 6, nov./dez. 2002, p. 461-471. ISSN: 0720-6585.

\_\_\_\_\_. Europäisches Kollisionsrecht 2004: Territoriale Erweiterung und methodische Rückgriffe. **Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts**. Bielefeld: Gieseking, 24. Jahrgang, n. 6, nov./dez. 2004, p. 481-493. ISSN: 0720-6585.

\_\_\_\_\_. L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome. **Revue critique de droit international privé**. Paris: Dalloz, n. 84, jan./mar. 1995. p. 1-40.

JESTAEDT, Thomas; MIEHLE, Andreas. Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten: Die neuen Leitlinien der Kommission. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 6. Jahrgang, Heft 19, out. 1995. p. 659-664. ISSN: 0937-7204.

- JOLIET, René. Der freie Warenverkehr: Das Urteil Keck und Mithouard und die Neuorientierung der Rechtsprechung. **Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-Internationaler Teil**. Weinheim: VCH Verlagsgesellschaft mbH, Heft 12, 1994. p. 979-987.
- KAHL, Wolfgang. Art. 14 EG-Vertrag. *In*: CALLIESS, Christian; RUFFERT, Matthias (Hrsg.). **Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV**. 2. ed. Kriftel: Luchterhand, 2002. p. 507-520. ISBN: 3-472-04810-7.
- KAKU, William Smith. O princípio da subsidiariedade: fundamentos e perspectivas de seu uso na integração regional. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). **Direito Internacional e da Integração**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 609-615. ISBN: 858799526-X.
- KANO, Melissa Carvalho. Arbitragem nos países do Mercosul. *In*: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **MERCOSUL: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 481-514. ISBN: 85-7147170-3.
- KANT, Immanuel. **Sobre la paz perpetua**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1996. 69 p. ISBN: 84-309-1176-6.
- KEPPENNE, Jean-Paul. (R)évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'État. **Revue du Marché Unique Européen**. Paris: Juglar, n. 1, 1998. p. 125-156. ISSN: 1155-4274.
- KERBER, Gilberto. **Mercosul e a supranacionalidade**. São Paulo: LTr, 2001. 157 p. ISBN: 85-361-0030-3.
- KILB, Wolfgang. Beihilfenkontrolle: Reform der Rettungs- und Umstrukturierungsleitlinien. **Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 15. Jahrgang, Heft 2, fev. 2004. p. 55-62. ISSN: 0938-3050.
- KINGREEN, Thorsten. **Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts**. Berlin: Duncker und Humblot, 1999. 231 p. ISBN: 3-428-09716-5.
- \_\_\_\_\_. Grundfreiheiten. *In*: von BOGDANDY, Armin (Hrsg.). **Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge**. Berlin: Springer, 2003. p. 631-681. ISBN: 3-540-43834-3.
- KINGREEN, Thorsten; STÖRMER, Rainer. Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 33. Jahrgang, Heft 3, maio/jun. 1998. p. 263-290. ISSN: 0531-2485.

- KIRCHNER, Christian. Verhältnis zwischen deutschem Kartellrecht und europäischem Wettbewerbsrecht: Zuständigkeiten, Konflikte, Reformkonzepte. *In: SCHWERPUNKTE des Kartellrechts 2001*. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 2002. p. 1-16. ISBN: 3-452-25243-4.
- KLAUE, Siegfried. Einige Bemerkungen über die Zukunft der Zweischrankentheorie. *In: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*. Berlin: Walter de Gruyter, 1990. p. 979-987. ISBN: 3-11-011985-4.
- KLEINHEISTERKAMP, Jan. Seguridad jurídica en el Mercosur: La interpretación uniforme del derecho comunitario. *In: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. Globalización y Derecho*. Madrid: Colex, 2003. p. 351-380. ISBN: 84-7879-767-X.
- KNAUFF, Matthias. Die Reform des europäischen Vergaberechts. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 15. Jahrgang, Heft 5, mar. 2004. p. 141-144. ISSN: 0937-7204.
- KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. **Europarecht**. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. 420 p. ISBN: 3-16-148058-9.
- KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen. Grundfragen des EG-Beihilfenrechts. **Neue Juristische Wochenschrift**. München: C. H. Beck, 53. Jahrgang, Heft 15, apr. 2000. p. 1065-1074. ISSN: 0341-1915.
- \_\_\_\_\_. Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung? **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 10. Jahrgang, Heft 17, sep. 1999. p. 517-523. ISSN: 0937-7204.
- KONVERGENZ der Wettbewerbsrechte – Eine Welt, ein Kartellrecht**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 2002. 144 p. ISBN: 3-452-25422-4.
- KRONBERG, Helcio. **A livre circulação de capitais no Mercosul**. São Paulo: Hemus, 2003. 311 p. ISBN: 85-289-0508-X.
- KÜHLING, Jürgen. Staatliche Handlungspflichten zur Sicherung der Grundfreiheiten. **Neue Juristische Wochenschrift**. München: C. H. Beck, 52. Jahrgang, Heft 6, 1999. p. 403-404. ISSN: 0341-1915.
- LA SOCIEDAD comercial ante el tercer milenio**. Buenos Aires: UADE, 1998. t. II. 631 p. ISBN: 987-519-003-9.
- LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 168 p. ISBN: 85-7348-059-9.

- LANG, John Temple. European Community Competition Policy: how far does it benefit consumers. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, fev. 2004, n. 18, p. 128-133.
- LANGEHEINE, Bernd. Art. 100a EGV. *In*: GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard (Hrsg.). **Das Recht der Europäischen Union: Kommentar zur Europäischen Union (EUV/EGV)**. München: C. H. Beck, Stand Sep. 1994. ISBN: 3 406 493815.
- \_\_\_\_\_. Le rapprochement des législations nationales selon l'article 100 a du Traité CEE: l'harmonisation communautaire face aux exigences de protection nationales. **Revue du Marché Commun**. Paris: Éd. Techniques et Économiques, n. 328, jun. 1989. p. 347-359.
- LARA, Antonio Rubens Costa de; SAMPAIO, Carlos Eduardo Andrade. Criação da disciplina de "direito comunitário" nas faculdades de direito dos países integrantes do Mercosul. *In*: LATTUCA, Ada; CIURO CALDANI, Miguel A. **Economia Globalizada y Mercosur**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. p. 257-262. ISBN: 987-507-059-9.
- LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. Berlin: Springer, 1983. 368 p. ISBN: 3-540-12539-6.
- LATTUCA, Ada; CIURO CALDANI, Miguel A. **Economia Globalizada y Mercosur**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. 460 p. ISBN: 987-507-059-9.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Incorporação de companhia controlada. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 33, v. 94, abr./jun. 1994. p. 87-96.
- LEBEDICH SICHIK, Jorge Mario. **A livre circulação de trabalhadores no Mercosul: possibilidade jurídica de implementação**. Florianópolis: Curso de Pós-graduação em Direito (UFSC). Dissertação de Mestrado, 1999. 126 p.
- LECHELER, Helmut. Braucht die 'Europäische Union' eine Verfassung? *In*: RANDELZHOFFER, Albrecht; SCHOLZ, Rupert; WILKE, Dieter (Hrsg.). **Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz**. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995. p. 393-407. ISBN: 3-406-38520-6.
- \_\_\_\_\_. **Einführung in das Europarecht**. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2000. 358 p. ISBN: 3-406-46850-0.
- LEHMANN, Julia. Neues von der Schiedsgerichtsbarkeit des Mercosur: ein Integrationsmotor à la Luxemburg? **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 12. Jahrgang, Heft 20, out. 2001. p. 622-625. ISSN: 0937-7204.

- LEITÃO, Maria Serra. European Union Competition Policy: revolutionary change and uncertain times. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, fev. 2004, n. 18, p. 117-127.
- LENZ, C. O. Abschiedsrede. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 33. Jahrgang, Heft 1, jan./fev. 1998. p. 103-105. ISSN: 0531-2485.
- LENZ, Carl Otto. Grundsätze Art. 14. *In*: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.). **EU- und EG-Vertrag: Kommentar**. 3. ed. Köln: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, 2003. p. 253-256. ISBN: 3-89817-274-0.
- LENZ, Carl Otto (Hrsg.). **EG-Handbuch Recht im Binnenmarkt**. 2. ed. Berlin: Neue Wirtschafts-Briefe, 1994. 1187 p. ISBN: 3-482-43552-9.
- LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.). **EU- und EG-Vertrag: Kommentar**. 3. ed. Köln: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, 2003. 2564 p. ISBN: 3-89817-274-0.
- LEÓN URRUTIA, Rodrigo. El régimen de defensa de la libre competencia en Chile: breve análisis. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, out. 2002, n. 15, p. 74-93.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (Coord.). **Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. ISBN: 85-7453-082-4.
- LIMA, Marcos Costa; MEDEIROS, Marcelo de Almeida (Orgs.). **O Mercosul no limiar do século XXI**. São Paulo: Cortez, 2000. 328 p. ISBN: 85-249-0749-5.
- LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. El mercado interior: las cuatro libertades. *In*: RIMOLDI DE LADMANN, Eve (Coord.). **Mercosur y Comunidad Europea**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. p. 89-93.
- LOCATELLI, Cláudia Cinara. **Mercosul: tribunal arbitral ou permanente?** Curitiba: Juruá, 2003. 194 p. ISBN: 85-362-0021-9.
- LOMBARDI, Luciano. Un Tribunal de Justicia para el Mercosur. *In*: **CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 1**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. p. 117-180. ISBN: 987-507-216-8.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da concorrência e direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 34, abr./jun. 2000. p. 79-87. ISSN: 1415-7705.
- LOPRETE, Marcelo. El Derecho de la Competencia en el Mercosur: la asignatura pendiente. **La Ley**. Buenos Aires: La Ley, a. 63, n. 65, 6 abr. 1999. p. 1-3. ISSN: 0024-1636.



LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. Controvérsias no âmbito do Mercosul e da OMC: a vedação trazida pelo Protocolo de Olivos. *In*: SILVA, Osmar Vieira da (Org.). **Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI**. Londrina: UniFil, 2002. p. 27-38.

\_\_\_\_\_. O acesso dos particulares ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul: do Tratado de Assunção ao Protocolo de Olivos. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). **Direito Internacional e da Integração**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 616-621. ISBN: 858799526-X.

\_\_\_\_\_. O processo integracionista do Mercosul: um estudo sobre os principais aspectos trazidos pelo Protocolo de Olivos (2002). *In*: VIII ENERI – Encontro Nacional dos Estudantes de Relações Internacionais. Riberão Preto, 2003. Disponível em meio eletrônico.

\_\_\_\_\_. **Supranacionalidade no Mercosul: a doutrina, os governos, a Constituição Federal e os Tratados de Integração**. Curitiba: Juruá, 2001. 125 p. ISBN: 85-7394-689-X.

LORES, Raúl Juste. Por que os argentinos estão irados com o Brasil. **Revista Veja**. São Paulo: Abril, a. 33, n. 13, 29 mar. 2000. p. 186-195.

LUCCA, Newton de. Globalização, mercados comuns e o consumidor de serviços: os processos de integração comunitária e a questão da defesa dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 26, abr./jun. 1998. p. 154-158. ISSN: 1415-7705.

LÜDER, Tilman E. Die Grenzen der Keck-Rechtsprechung: Neue Entwicklungen im Bereich grenzüberschreitender Werbung im Binnenmarkt. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 7. Jahrgang, Heft 20, out. 1996. p. 615-621. ISSN: 0937-7204.

LUDWIGS, Markus. Dezentralisierung der Europäischen Beihilfenkontrolle: Ein Dilemma für den Beihilfeempfänger. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 15. Jahrgang, Heft 19, out. 2004. p. 577. ISSN: 0937-7204.

**MAASTRICHT und was dann?: Perspektiven der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion**. Lech: Moderne Industrie, 1992. 228 p. ISBN: 3-478-32330-4.

MADER, Oliver. Das neue EG-Vergaberecht. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 15. Jahrgang, Heft 14, jul. 2004. p. 425-429. ISSN: 0937-7204.

MAGALHÃES, José Carlos de; SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A concentração de empresas e a competência do CADE. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, a. 37, v. 113, jan./mar. 1999. p. 30-44.

- MAGIERA, Siegfried. Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen. *In*: BAUR, Jürgen F.; MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZULEEG, Manfred (Hrsg.). **Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht: Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1992. p. 213-232. ISBN: 3-452-22250-0.
- MAGRIN, Andréia M. O. O Direito Concorrencial Brasileiro e o Caso Ambev. **Revista de Derecho del Mercosur**. Buenos Aires: La Ley, a. 4, n. 3, jun. 2000. p. 241-243. ISSN: 0329-1685.
- MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo. Efecto directo limitado de las Directivas: alcance y significado – En qué medida los particulares pueden sufrir perjuicios derivados de una Directiva? **Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia**. Madrid: Cinsa, dic. 1999. p. 37-61. ISSN: 1575-2054.
- MANCERO-BUCHELI, Gabriela. Anti-competitive practices by private undertakings in ANCOM and MERCOSUR: an analysis from the perspective of EC law. **International and Comparative Law Quarterly**. Londres: The British Institute of International and Comparative Law, v. 47, jan. 1998. p. 149-173.
- MANGAS MARTÍN, Araceli; LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. **Instituciones y derecho de la Unión Europea**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2004. 769 p. ISBN: 84-309-4190-8.
- MÂNICA, Eliseu. **Os critérios de habilitação do advogado nos Estados Partes do Mercosul**. Florianópolis: Curso de Pós-Graduação em Direito (UFSC). Dissertação de Mestrado, 2002. 154 p.
- MANÓVIL, Rafael Mariano. Das Unternehmensrecht im MERCOSUR. *In*: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). **Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001. p. 143-197. ISBN: 3-7890-7236-2.
- MARCOS, Francisco. El Derecho de defensa de la competencia en los nuevos Estados miembros de la Unión Europea. **Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia**. Madrid: Cinsa, n. 229, jan./fev. 2004. p. 82-90. ISSN: 1575-2054.
- MARKERT, Kurt. **Nationales Kartellrecht im Europäischen Binnenmarkt**. Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1988. Heft 141. 23 p.
- \_\_\_\_\_. Some legal and administrative problems of the co-existence of community and national competition law in the EEC. **Common Market Law Review**. Leyden: Europa Instituut of the University of Leyden, v. 11, 1974. p. 92-104. SBN: 420-44780-6.

MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 788, a. 90, jun. 2001. p. 11-56. ISSN: 0034-9275.

\_\_\_\_\_. A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral. *In*: **XXVII Curso de Derecho Internacional**. Rio de Janeiro, Washington: Comité Jurídico Interamericano, Organización de los Estados Americanos, 2001. p. 657-779.

\_\_\_\_\_. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 544 p. ISBN: 85-203-2604-8.

\_\_\_\_\_. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 1109 p. ISBN: 85-203-2250-6.

\_\_\_\_\_. Direitos do Consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse. **Jurisprudencia Argentina**. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina, 1999. t. III. p. 912-934. ISSN: 0326-1182.

\_\_\_\_\_. Liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços no Mercosul: Instrumentos Legislativos sobre Formação de Recursos Humanos. *In*: MOROSINI, Marília (Coord.). **Mercosul/Mercosur: Políticas e Ações Universitárias**. Porto Alegre: UFRGS, 1998. p. 25-46. ISBN: 85-85701-52-8.

\_\_\_\_\_. Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor: Crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 26, abr./jun. 1998. p. 53-76. ISSN: 1415-7705.

\_\_\_\_\_. Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 – notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 4, out./dez. 2000. p. 50-93.

\_\_\_\_\_. O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e o MERCOSUL. *In*: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 97-123. ISBN: 85-85616-27-X.

\_\_\_\_\_. O “Direito do Mercosul”: Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Porto Alegre: Síntese, v. 35, 2001. p. 73-100.

- \_\_\_\_\_. Prefácio. *In*: JAEGER JUNIOR, Augusto. **Temas de direito da integração e comunitário**. São Paulo: LTr, 2002. p. 11-20. ISBN: 85-361-0272-1.
- \_\_\_\_\_. Procédure civile internationale et Mercosur: pour un dialogue des règles universelles et régionales. **Revue du Droit Uniforme**. Roma: Unidroit, v. 1, 2003. p. 465-484.
- \_\_\_\_\_. Qual o futuro do Direito do Consumidor? **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 30, abr./jun. 1999. p. 225-234.
- \_\_\_\_\_. Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul: primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23-24, jul./dez. 1997. p. 79-103. ISSN: 1415-7705.
- MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. 311 p. ISBN: 85-85616-27-X.
- MARQUES, Frederico do Valle Magalhães. **A Construção de um Direito Internacional da Concorrência: Experiências, Tendências e Rumos Principiológicos**. Porto Alegre: Curso de Pós-graduação em Direito (UFRGS). Tese de Doutorado, 2004. 464 p.
- \_\_\_\_\_. O capítulo sobre política de concorrência do Acordo Alca: primeiras reflexões. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, nov. 2004, n. 19, p. 84-96.
- MARTINEK, Michael. Das uneingestandene Auswirkungsprinzip des EuGH zur extraterritorialen Anwendbarkeit der EG-Wettbewerbsregeln. **Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts**. Bielefeld: Gieseking, 9. Jahrgang, n. 6, nov./dez. 1989, p. 347-354. ISSN: 0720-6585.
- MARTINEK, Michael; HABERMEIER, Stefan. Das Chaos der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen: Analyse, Kritik und Verbesserungsvorschläge. **Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 158. Band, 1994, p. 107-148. ISSN: 0044-2437.
- MARTINEZ MEDRANO, Gabriel Alejandro. El abuso de posición dominante en la ley argentina de defensa de la competencia. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, abr. 2002, n. 14, p. 20-36.
- MARTINS, Alexandre Marques da Silva. O Direito da Concorrência no MERCOSUL após o Protocolo de Fortaleza. *In*: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **MERCOSUL: integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 569-598. ISBN: 85-7147170-3.

- MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Competitividade empresarial e Mercosul. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, nov. 2001, n. 13, p. 50-70.
- \_\_\_\_\_. Defesa da Concorrência, Supranacionalidade e Mercosul. **Revista de Derecho del Mercosur**. Buenos Aires: La Ley, a. 2, n. 1, fev. 1998. p. 179-183. ISSN: 0329-1685.
- MARTINS, Renata. MERCOSUR: Der Südamerikanische Gemeinsame Markt im Überblick. **Recht der Internationalen Wirtschaft**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 45. Jahrgang, Heft 11, nov. 1999. p. 851-856. ISSN: 0340-7926.
- MARTINS, Renata Rocha de Mello. **Verfassungskonformität des MERCOSUR in Brasilien**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002. 221 p. ISBN: 3-7890-7852-2.
- MASKE, August-Carel. **Die geographische Dimension im europäischen Wettbewerbsrecht: Räumlich relevanter Markt und wesentlicher Teil im Binnenmarkt**. Köln: Heymann, 1998. 287 p. ISBN: 3-452-24095-9.
- MATHIJSEN, P. S. F. R. **A guide to European Union law**. 7. ed. Londres: Sweet and Maxwell, 1999. 537 p. ISBN: 0-421-63500-2.
- \_\_\_\_\_. **Introdução ao Direito Comunitário**. Coimbra: Coimbra, 1991. 432 p.
- MATTERA, A. De l'arrêt 'Dassonville' à l'arrêt 'Keck': l'obscurité clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions. **Revue du Marché Unique Européen**. Paris: Juglar, n. 1, 1994. p. 117-160. ISSN: 1155-4274.
- MATTERA, Alfonso. **El mercado único europeo: sus reglas, su funcionamiento**. Madrid: Civitas, 1991. 781 p.
- MATTHIES, Heinrich. Die Bedeutung des Montanvertrages für das Gemeinschaftsrecht. In: BAUR, Jürgen F.; MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZULEEG, Manfred (Hrsg.). **Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht: Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1992. p. 233-246. ISBN: 3-452-22250-0.
- MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz; FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.). **Negócios societários, concursales y de la integración de Argentina y Chile**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000. 703 p. ISBN: 950-894-271-1.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. 422 p. ISBN: 85-7453-257-6.

- MELEDO-BRIAND, Danièle. A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, jul./set. 2000. p. 39-59. ISSN: 1415-7705.
- MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário direito e globalização: a soberania**. Rio de Janeiro: Renovar: 1999. 356 p. ISBN: 85-7147-143-6.
- MENEM, Carlos Saúl. **¿Qué és el Mercosur?** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. 236 p. ISBN: 950-9385-49-2.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. **Europäisches Wettbewerbsrecht**. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1974. 831 p. ISBN: 3-40603892-1.
- \_\_\_\_\_. Fusionskontrolle im Gemeinsamen Markt zwischen Wettbewerbspolitik und Industriepolitik. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 23. Jahrgang, Heft 4, out./dez. 1988. p. 349-377. ISSN: 0531-2485.
- \_\_\_\_\_. Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht: zur Bedeutung von Art. 90 EWGV. **Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 52. Jahrgang, 1988. p. 526-586. ISSN: 0033-7250.
- \_\_\_\_\_. Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU: zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EGV a. F. (Art. 81 und 82 EGV n. F.). **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 10. Jahrgang, Heft 17, sep. 1999. p. 523-529. ISSN: 0937-7204.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). **Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. 446 p. ISBN: 3-7890-1383-6.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; SCHWEITZER, Heike. **Europäisches Wettbewerbsrecht**. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2004. 1226 p. ISBN: 3406-33065-7.
- MIDÓN, Mario A. R. **Derecho de la Integración: Aspectos institucionales del Mercosur**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998. 462 p. ISBN: 950-727-175-9.
- \_\_\_\_\_. El debut jurisdiccional en el Mercosur: a proposito del primer laudo arbitral a la luz del Protocolo de Brasília. **La Ley**. Buenos Aires: La Ley, 1999. p. 1245-1253. ISSN: 0024-1636.
- MISCELLANEA W. J. **Ganshof van der Meersch**. Bruxelles: Émile Bruylant, 1972. t. 2. 976 p.

- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. La empresa pública y el Derecho comunitario: Especial referencia a los límites establecidos para las ayudas por la normativa comunitaria. **Revista de estudios e investigación de las Comunidades Europeas**. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, n. 23-24, 1991. p.541-563. M. 11421-1987.
- \_\_\_\_\_. **Manual de Derecho de la Comunidad Europea**. 3. ed. Madrid: Trivium, 1997. 953 p.
- \_\_\_\_\_. **Manual de Derecho de la Comunidad Europea**. 4. ed. Madrid: Dijusa, 2002. 1421 p. ISBN: 84-95748-21-5.
- MONAR, Joerg. Gemeinsamer Markt. *In*: MONAR, Joerg; NEUWAHL, Nanette; NOACK, Paulo (Hrsg.). **Sachwörterbuch zur Europäischen Union**. Stuttgart: Kröner, 1993. p. 172-173. ISBN: 3-520-42601-3.
- MONAR, Joerg; NEUWAHL, Nanette; NOACK, Paulo (Hrsg.). **Sachwörterbuch zur Europäischen Union**. Stuttgart: Kröner, 1993. 385 p. ISBN: 3-520-42601-3.
- MONTAG, Frank. Konvergenz bei internationalen Fusionen. *In*: **KONVERGENZ der Wettbewerbsrechte – Eine Welt, ein Kartellrecht**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 2002. p. 39-55. ISBN: 3-452-25422-4.
- MONTI, Mario. 1st OECD Global Forum on Competition. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, nov. 2001, n. 13, p. 142-144.
- \_\_\_\_\_. La nueva política europea de la competência. **Política Exterior**. Madrid: Estudios de Política Exterior, v. 14, n. 75, maio/jun. 2000. p. 127-138. ISSN: 0213-6856.
- \_\_\_\_\_. The international dimension of competition enforcement. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, dez. 2000, n. 11, p. 79-81.
- MORAES, Henrique Choer. O novo sistema jurisdicional do Mercosul: um primeiro olhar sobre o Protocolo de Olivos. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 10, n. 39, abr./jun. 2002. p. 57-72.
- \_\_\_\_\_. **O regime de subsídios intrazona no Mercosul**. Porto Alegre: Curso de Pós-graduação em Direito (UFRGS). Dissertação de Mestrado, 2003. 207 p.
- MORAIS, Luís. **O Mercado Comum e os auxílios públicos: novas perspectivas**. Coimbra: Almedina, 1993. 194 p. ISBN: 972-40-0758-8.
- MOROSINI, Marília (Coord.). **Mercosul/Mercosur: Políticas e Ações Universitárias**. Porto Alegre: UFRGS, 1998. 251 p. ISBN: 85-85701-52-8.

- MORTELMANS, Kamiel. The common market, the internal market and the single market, what's in a market? **Common Market Law Review**. The Hague: Kluwer Law International, v. 35, 1998. p. 101-136. ISSN: 0165-0750.
- MÖSCHEL, Wernhard. Kartellrecht in der Reform. *In*: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). **Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. p. 673-682. ISBN: 3-7890-4473-3.
- \_\_\_\_\_. Reform des europäischen und des deutschen Kartellrechts. **Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 6. Jahrgang, Heft 8, 1995. p. 249-255. ISSN: 0938-3050.
- \_\_\_\_\_. Systemwechsel im Europäischen Wettbewerbsrecht? Zum Weißbuch der EG-Kommission zu den Art. 81 ff. EG-Vertrag. **Juristen Zeitung**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 55. Jahrgang, Heft 2, jan. 2000. p. 61-67. ISSN: 0022-6882.
- MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa. La Seguridad Jurídica en el Mercosur: el aporte del Protocolo de Olivos y la creación del Tribunal Permanente de Arbitraje. *In*: DROMI, Roberto (dir.). **Sistema Comunitario I**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003. p. 308-347. ISBN: 84-95823-37-3.
- MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian. **Binnenmarktziel und Rechtsordnung: Binnenmarktrecht**. Köln: Verlag Josef Eul, 1989. 66 p. ISBN: 3-89012-163-2.
- \_\_\_\_\_. **Der Europäische Verfassungskonvent**. Wien: Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht, 2004. Heft 21. 42 p. ISBN: 3-95 00 388-3-3.
- \_\_\_\_\_. Die Freistellung vom Kartellverbot. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 27. Jahrgang, Heft 1, jan./mar. 1992. p. 1-40. ISSN: 0531-2485.
- \_\_\_\_\_. Die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 24. Jahrgang, Heft 2, apr./jun. 1989. p. 107-151. ISSN: 0531-2485.
- \_\_\_\_\_. Die Regeln der Technik im Binnenmarkt: Einleitung. *In*: MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian (Hrsg.). **Technische Regeln im Binnenmarkt**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991. p. 7-16. ISBN: 3-7890-2153-9.
- \_\_\_\_\_. Europäische Verfassungsordnung: Notwendigkeit, Gestalt und Fortentwicklung. **Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 13. Jahrgang, Heft 5, 2002. p. 206-216. ISSN: 0938-3050.
- \_\_\_\_\_. Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte. *In*: CREMER, Hans-Joachim; GIEGERICH, Thomas; RICHTER, Dagmar; ZIMMERMANN, Andreas. **Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger**. Berlin: Springer, 2002. p. 1281-1301. ISBN: 3-540-42954-9.



- MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian (Hrsg). **Technische Regeln im Binnenmarkt**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991. 203 p. ISBN: 3-7890-2153-9.
- MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZEHETNER, Franz. **Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften**. Linz: Institut für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften, 1991. 157 p. ISSN: 1012-3059.
- MUNDET, Eduardo R.; MUNDET, Marcelo J. Pautas para el diseño de un sistema de reconocimiento de títulos extranjeros en un proceso de integración regional. **Revista de Derecho del Mercosur**. Buenos Aires: La Ley, a. 2, n. 4, ago. 1998. p. 46-57. ISSN: 0329-1685.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. MERCOSUL e Direito do Trabalho. *In*: BASSO, Maristela (Org.). **Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 443-460. ISBN: 85-7348-055-6.
- NASS, Klaus Otto. Eine Institution im Wandel: Die Europäische Kommission. *In*: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). **Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. p. 411-432. ISBN: 3-7890-4473-3.
- NAZAR ESPECHE, Félix A. **Defensa de la competencia**. Buenos Aires: Depalma, 2001. 215 p. ISBN: 950-14-1838-3.
- NELSON, Grant S. A Commerce Clause Standart for the New Millennium: ‘Yes’ to Broad Congressional Control over Commercial Transactions; ‘No’ to Federal Legislation on Social and Cultural Issues. **Arkansas Law Review**. Fayetteville: University of Arkansas School of Law, v. 55, n. 4, 2003. p. 1213-1251. ISSN: 0004-1831.
- NELSON, Grant S; PUSHAW JUNIOR, Robert J. Rethinking the Commerce Clause: Applying First Principles to Uphold Federal Commercial Regulations but Preserve State Control over Social Issues. **Iowa Law Review**. Iowa: University of Iowa, v. 85, n. 1, 1999. p. 1-173. ISSN: 0021-0552.
- NETTESHEIM, Martin. Das Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaften. **Juristische Ausbildung (Jura)**. Berlin: Walter de Gruyter, Heft 7, jul. 1994. p. 337-343. ISSN: 0170-1452.
- NICOLAIDES, Phedon; MATHIS, James. Normas de competencia de la Comunidad Europea para economías en transición. *In*: CORREA, Carlos María (Dir.). **Derecho de la competencia**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. p. 109-125. ISSN: 0328-9680.

NICOLAYSEN, Gert. **Die rechtliche Bedeutung des Schlußtermins zur Errichtung des Binnenmarktes.** Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1991. Heft 237. 22 p.

\_\_\_\_\_. **Europarecht II: Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. 566 p. ISBN: 3-7890-4293-5.

NICOLAYSEN, Gert; NOWAK, Carsten. Teilrückzug des BVerfG aus der Kontrolle der Rechtmäßigkeit gemeinschaftlicher Rechtsakte: Neuere Entwicklungen und Perspektiven. **Neue Juristische Wochenschrift.** München: C. H. Beck, 54. Jahrgang, Heft 17, abr. 2001. p. 1233-1238. ISSN: 0341-1915.

NOODT TAQUELA, María Blanca. **Arbitraje Internacional en el Mercosur.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. 287 p. ISBN: 987-507-177-3.

\_\_\_\_\_. La primacía del Derecho del Mercosur en su primer laudo arbitral. **La Ley.** Buenos Aires: La Ley, 1999. t. III. p. 295-299. ISSN: 0326-1182.

NORRIS, Roberto. **Contratos coletivos supranacionais do trabalho e a internacionalização das relações laborais no Mercosul.** São Paulo: LTr, 1998. 198 p.

NOWAK, Carsten. Das Verhältnis des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Binnenmarkt. **Europarecht.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, Beiheft 3, 2004. p. 77-106. ISSN: 1435-5078.

\_\_\_\_\_. Die Entwicklung des EG-Beihilfenkontrollrechts in den Jahren 1998, 1999 und 2000. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.** Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 12. Jahrgang, Heft 10, maio. 2001. p. 293-306. ISSN: 0937-7204.

\_\_\_\_\_. Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags und der Umweltschutz: Grundfreiheitenliche Schrankensystematik im Lichte der EG-Umweltverfassung. **Verwaltungs-Archiv.** Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 93. Band, Heft 3, jul. 2002. p. 368-393.

ODERSKY, Walter. Artikel 85/86 EG-Vertrag und die nationalen Gerichte: Einige Bemerkungen aus der Sicht des Bundesgerichtshofes. *In:* IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). **Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. p. 699-709. ISBN: 3-7890-4473-3.

OFICIALIZADA carteira de fronteiriço. **Correio do Povo,** Porto Alegre, 15 abr. 2004. p. 20.

O'KEEFE, Thomas Andrew. Las posibilidades de incorporar el MERCOSUR al NAFTA para crear una zona de libre comercio hemisferia antes del año 2005. *In:* STAHRINGER DE CARAMUTI, Ofelia (Coord.). **El Mercosur en el nuevo orden mundial.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 299.

- OLESTI RAYO, Andreu; DEL RÍO PASCUAL, Amparo. Las libertades Comunitarias (I). *In*: ABELLÁN HONRUBIA, Victoria; VILÀ COSTA, Blanca (dirección). **Lecciones de Derecho Comunitario Europeo**, 2. ed. Barcelona: Ariel, 1996. p. 173-202.
- OLIVAR JIMENEZ, Martha Lucía. La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur. *In*: BASSO, Maristela (Org.). **Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33-88. ISBN: 85-7348-055-6.
- OLIVEIRA, Celso Maran de. **Mercosul: livre circulação de mercadorias**. Curitiba: Juruá, 2003. 351 p. ISBN: 85-7394-957-0.
- OLIVEIRA, Gesner. Aspects of Competition Policy in Mercosur. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, dez. 2000, n. 11, p. 37-41.
- \_\_\_\_\_. Competition policy in Brazil and Mercosur: aspects of the recent experience. **Brooklyn Journal of International Law**. Nova York: Brooklyn Law School, v. 24, n. 2, 1998. p. 465-492.
- \_\_\_\_\_. Defesa da Concorrência Global. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, dez. 2000, n. 11, p. 42-43.
- \_\_\_\_\_. Globalização e Defesa da Concorrência. **Revista de Direito Econômico**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, n. 25, jan./jul. 1997. p. 109-112. ISSN: 0102-924X.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 592 p. ISBN: 85-7147-442-7.
- OLIVEIRA, Odete Maria de. **União Européia: processo de integração e mutação**. Curitiba: Juruá, 1999. 486 p. ISBN: 85-7394-238-X.
- OPPERMANN, Thomas. **Europarecht: Ein Studienbuch**. 2. ed. München: Verlag C. H. Beck, 1999. 934 p. ISBN: 3-406-39679-8.
- ORTIZ DE ZEVALLOS, Gonzalo. Common Market Law and its Influence in the Latin American Andean Region. *In*: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. *et alli* (Hrsg.). **Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. p. 843-859. ISBN: 3-78901498-2.
- OTEIZA, Eduardo; TEMPESTA, Guillermo. El desafío del mercado unico: Su significado en la experiencia de la Comunidad Económica Europea y las perspectivas que ofrece el Mercosur. **Doctrina**, Buenos Aires, n. 5756, 25 dez. 1991. p. 2-23.

PABST, Haroldo. Das internationale Zivilprozeßrecht des Mercosul. **Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts**. Bielefeld: Gieseking, 19. Jahrgang, n. 2, mar./abr. 1999, p. 76-79. ISSN: 0720-6585.

\_\_\_\_\_. **Mercosul: direito de integração**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 278 p. ISBN: 85-309-0441-9.

PAES LANDIM, José Francisco (Coord.). **Direito e Integração: experiência latino-americana e européia**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. 128 p.

PALMA, Maria João. Direito da concorrência na Comunidade Européia: perspectivas para o Mercosul. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 301-312. v. 2. ISBN: 85-7394-107-3.

PANEBIANCO, Massimo. Teorias da integração latino-americana no Século XIX: Estado Federal e Estado Supranacional. *In*: PAES LANDIM, José Francisco (Coord.). **Direito e Integração: experiência latino-americana e européia**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 57-64.

PAPPALARDO, A. Les nouvelles règles de concurrence applicables aux accords 'verticaux'. **Revue du Droit de la de l'Union Européenne**. Paris: Clément Juglar, n. 1, 2000. p. 151-167. ISSN: 1155-4274.

PAPPALARDO, Aurelio. Der Europäische Gerichtshof auf der Suche nach einem Kriterium für die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf staatliche Maßnahmen. *In*: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). **Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. p. 303-314. ISBN: 3-7890-1383-6.

PARDOLESI, Roberto. La 'loi Lang' (prezzo dei libri) e il diritto comunitario: note in margine ad una abdicazione. **Il Foro Italiano**. Roma, a. 111, v. 109, parte quarta, 1986. p. 71.

PASCAR, Norma. Legislación sobre Defensa de la Concurrencia/Competencia en la Unión Europea y Ley Argentina. *In*: PIMENTEL, Luiz Otavio (org.). **Direito da Integração: estudos em homenagem a Werter R. Faria**. v. 2. Curitiba: Juruá, 2001. p. 211-221. ISBN 85-7394-855-8.

\_\_\_\_\_. Modificaciones a la legislación sobre defensa de la competencia en la República Argentina. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, jul. 2001, n. 12, p. 35-37.

PASCAR, Norma A. II parte: El derecho de la competencia en la Comunidad Europea. *In*: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). **Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado**. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 89-102. ISBN: 950-527-348-7.

- \_\_\_\_\_. Nueva Ley de Defensa de la Competencia en Argentina n. 25156/99. Actualidad en la Unión Europea. Protocolo n. 18 en el Mercosur. **Revista de Derecho del Mercosur**. Buenos Aires: La Ley, a. 4, n. 1, feb. 2000. p. 253-261. ISSN: 0329-1685.
- \_\_\_\_\_. Protocolo de defensa de la competencia en el Mercosur: la experiencia europea. *In*: LATTUCA, Ada; CIURO CALDANI, Miguel A. **Economía Globalizada y Mercosur**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. p. 109-118. ISBN: 987-507-059-9.
- PASCAR, Norma A.; TAJAN DE SAA, Guillermina. Impacto de las políticas sobre defensa de la competencia en los mercados integrados. *In*: **LA SOCIEDAD comercial ante el tercer milenio**. Buenos Aires: UADE, 1998. t. II. p. 557-575. ISBN: 987-519-003-9.
- \_\_\_\_\_. La sociedad comercial ante el Tercer Milenio. **Revista de Derecho del Mercosur**. Buenos Aires: La Ley, a. 3, n. 6, dic. 1999. p. 244-261. ISSN: 0329-1685.
- \_\_\_\_\_. Las políticas de competencia en la Argentina y Chile: reflexiones sobre su alcance en el Acuerdo Mercosur-Chile. *In*: MAURY DE GONZÁLEZ, Beatriz; FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h.). **Negócios societários, concursales y de la integración de Argentina y Chile**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000. p. 621-632. ISBN: 950-894-271-1.
- PASSOS, Fernando. O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 8, n. 32, jul./set. 2000. p. 19-48. ISSN: 1518-272X.
- PAWLOWSKI, Hans-Martin. **Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes**. 2. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1991. 451 p. ISBN: 3-8114-6790-5.
- PAZ, Vânia Beatriz Rey. **Mercosul: a impossibilidade de harmonizar as legislações sindicais**. Curitiba: Juruá, 1999. 152 p. ISBN: 85-7394-185-5.
- PECHSTEIN, Matthias; KOENIG, Christian. **Die Europäische Union: die Verträge von Maastricht und Amsterdam**. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998. 357 p. ISBN: 3-16-146849-X.
- PELLEGRINO, Carlos Roberto Mota. **Construire le marché commun latino-américain: la supranationalité e la question constitutionnelle**. Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1985. Heft 55. 31 p.
- PEÑA, Julián. El control de concentraciones económicas a partir de la reglamentación de la ley n. 25.156. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruselas, jul. 2001, n. 12, p. 38-46.
- \_\_\_\_\_. La defensa de la competencia en Argentina. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruselas, jul. 2003, n. 17, p. 3-10.

- PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Defesa da concorrência no Mercosul. **Revista de Direito Econômico**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, n. 24, jul./dez. 1997. p. 119-133. ISSN: 0102-924X.
- PÉREZ GONZÁLES, Manuel *et alli*. **Desafios del Mercosur**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. 458 p. ISBN: 987-507-011-4.
- PERIC, Martina. Privatization and Competition Policy in Eastern Europe. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruxelas, out. 2002, n. 15, p. 175-198.
- PEROTTI, Alejandro Daniel. Breves Apuntes sobre el Primer Laudo Arbitral del Mercosur. **Revista de Derecho del Mercosur**. Buenos Aires: La Ley, a. 4, n. 3, jun. 2000. p. 122-126. ISSN: 0329-1685.
- PESCATORE, Pierre. Die 'Einheitliche Europäische Akte': Eine ernste Gefahr für den Gemeinsamen Markt. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 21. Jahrgang, Heft 2, apr./jun. 1986. p. 153-169. ISSN: 0531-2485.
- \_\_\_\_\_. La notion du marché commun dans le traités instituant l'Union économique belgo-luxembourgeoise, le Benelux e les Communautés Européennes. *In: En Hommage à Victor Gothot*. Liege: Faculté de Droit, 1962. p. 497-546.
- \_\_\_\_\_. Public and private aspects of community competition law. *In: HAWK, Barry E. (Hrsg.). United States and common market antitrust policies*. New York: Fordham Corporate Law Institute, 1987. p. 381-430.
- \_\_\_\_\_. Some Critical Remarks on the 'Single European Act'. **Common Market Law Review**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, v. 24, 1987. p. 9-18. ISSN: 0165-0750.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Bem-estar dos consumidores e repressão a cartéis liderados por associações e sindicatos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, jul./set. 2004. p. 13-33. ISSN: 1415-7705.
- PFEIFFER, Thomas. Richtliniekonforme Auslegung im Privatrecht. **Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft**. Heidelberg: C. F. Müller, 1. Jahrgang, Ausgabe 2, 2004. p. 171-194. ISBN: 3-8114-7338-7.
- PIMENTEL, Luiz Otavio. Apresentação. *In: JAEGER JUNIOR, Augusto. Temas de direito da integração e comunitário*. São Paulo: LTr, 2002. p. 21-22. ISBN: 85-361-0272-1.
- PIMENTEL, Luiz Otavio (org.). **Direito da Integração: estudos em homenagem a Werter R. Faria**. v. 2. Curitiba: Juruá, 2001. 410 p. ISBN 85-7394-855-8.

- \_\_\_\_\_. **Direito Internacional e da Integração.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. 1071 p. ISBN: 858799526-X.
- \_\_\_\_\_. **MERCOSUL no Cenário Internacional: Direito e Sociedade.** Curitiba: Juruá, 1998. 2 v. ISBN: 85-7394-107-3.
- PIMENTEL, Luiz Otávio; DREYZIN DE KLOR, Adriana. O Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul. *In*: DREYZIN DE KLOR, Adriana *et alli*. **Solução de Controvérsias: OMC, União Européia e Mercosul.** Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2004. p. 141-233. ISBN: 85-7504-061-8.
- PIONER, Patricia. An analysis of the negotiations for an inter-regional association agreement between the European Union and Mercosur. **Boletín Latinoamericano de Competencia.** Bruxelas, nov. 2004, n. 19, p. 97-106.
- PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. *In*: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nadia de. **Os Direitos Humanos e o Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 115-138. ISBN: 85-7147-136-3.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. 487 p.
- PIPKORN, Jörn. Grundsätze: Artikel 8 A. *In*: von der GROEBEN, Hans; THIESING, Jochen; EHLERMANN, Claus-Dieter. **Kommentar zum EWG – Vertrag: Artikel 1-84.** 4. ed. Band 1. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991. p. 178-214. ISBN: 3-7890-2180-6.
- PIRES, Alice; FONSECA, Amanda; CROSHERE, Indira. **Soluções de controvérsias no Mercosul.** São Paulo: LTr, 1998. 182 p. ISBN: 85-7322-500-9.
- PORRATA-DORIA JUNIOR, Rafael A. Mercosur: the common market of the twenty-first century? **Georgia Journal of International and Comparative Law.** Athens: University of Georgia, v. 32, n. 1, 2004. p. 1-72. ISSN: 0046-578X.
- PRAXEDES, Walter; PILETTI, Nelson. **O Mercosul e a Sociedade Global.** 8. ed. São Paulo: Ática, 1997. 88 p.
- PRIMER Informe Semestral de la Secretaría del Mercosur: un foco para el proceso de integración regional.** Montevideo: Secretaría del Mercosur, jul. 2004. 57 p.
- PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito de concorrência.** São Paulo: Saraiva, 2001. 196 p. ISBN: 85-02-03127-9.
- PUGLIESI, Fábio. A livre circulação de mercadorias no Mercosul. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MERCADANTE, Araminta de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (Orgs.). **Mercosul: das negociações à implantação.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 174-186.

- PÜTTNER, Günter. Die Zukunft öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt. **Zeitschrift für öffentliches Recht**. Wien: Springer, Band 56, 2001. p. 227-242. ISSN: 0948-4396.
- QUADROS, Fausto de. **O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Européia**. Coimbra: Almedina, 1995. 79 p.
- QUAGLIA, Marcelo. La definición de concentración económica dentro de la Ley de Defensa de la Competencia argentina (Ley 25.156). **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruselas, fev. 2003, n. 16, p. 24-39.
- QUEVEDO, Viviana G. de; PEÑA, Julián. El control de concentraciones económicas entre empresas que exportan a la Argentina. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruselas, abr. 2002, n. 14, p. 37-46.
- QUIROGA OBREGÓN, Marcelo. **MERCOSUR**. La Paz: Los amigos del libro, 1997. ISBN: 84-8370-240-1.
- RABE, Hans-Jürgen. Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit der Rechtsanwälte in der EG. *In*: HANAU, Peter; KOCH, Ludwig; RABE, Hans-Jürgen. **Deutsches und europäisches Anwaltsrecht: Festschrift für Walter Kolvenbach**. Essen: Deutscher Anwaltverlag, 1992. p. 8-22. ISBN: 3-87389-203-0.
- RADBRUCH, Gustav. **Einführung in die Rechtswissenschaft**. 9. ed. Stuttgart: Koehler, 1952. 269 p.
- RAGAZZO, Carlos. The standing of the competition administrative authorities: the judiciary in Brazil. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruselas, fev. 2004, n. 18, p. 37-39.
- RAMÓN CANEDO, José. Libre competencia comunitaria *versus* servicio público. **Cuadernos Europeos de Deusto**. Bilbao: Instituto de Estudios Europeos, n. 16, a. 1997. p. 11-43. ISSN: 1130-8354.
- RAMOS, Dante Marcelo. **Das Wettbewerbsschutz-Protokoll des Mercosur: eine Darstellung anhand der Wettbewerbsordnungen Argentiniens und Brasiliens und im Vergleich mit der Europäischen Gemeinschaft**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2000. 199 p. ISBN: 3-631-35819-9.
- RANDELZHOFFER, Albrecht; SCHOLZ, Rupert; WILKE, Dieter (Hrsg.). **Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz**. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995. 924 p. ISBN: 3-406-38520-6.
- RANDULFE SÁNCHEZ, Clara. La reforma de la Comisión Europea en el marco de la futura política de competencia comunitaria. **Revista de Derecho de la Unión Europea**. Madrid: Colex, n. 3, 2. sem. 2002. p. 467-475. ISSN: 1695-1085.



RAWLINSON, Francis. Staaliche Beihilfen. *In*: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.). **EU- und EG-Vertrag: Kommentar**. 3. ed. Köln: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, 2003. p. 1036-1086. ISBN: 3-89817-274-0.

REALE, Miguel. **Questões de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 1997. 193 p.

REHBINDER, Eckard. Der Vorrang des EG-Kartellrechts vor nationalem Kartellrecht bei Freistellung: Dogmatische Konstruktion, Sachargumente und politische Interessen. *In*: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). **Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. p. 711-724. ISBN: 3-7890-4473-3.

REICH, Norbert. Binnenmarkt als Rechtsbegriff. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2. Jahrgang, Heft 7, apr. 1991. p. 203-210. ISSN: 0937-7204.

\_\_\_\_\_. Competition between legal orders: a new paradigm of EC law? **Common Market Law Review**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, v. 29, 1992. p. 861-896. ISSN: 0165-0750.

\_\_\_\_\_. Die Bedeutung der Binnenmarktkonzeption für die Anwendung der EWG – Wettbewerbsregeln. *In*: BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. **Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990**. Berlin: Walter de Gruyter, 1990. p. 1065-1084. ISBN: 3-11-011985-4.

\_\_\_\_\_. **Markt und Recht: Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland**. Darmstadt: Luchterhand, 1977. 421 p. ISBN: 3-472-16001-2.

\_\_\_\_\_. Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt: dargestellt am deutschen, französischen und englischen Recht unter besonderer Berücksichtigung des EG-Rechts. **Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 56. Jahrgang, 1992. p. 444-520. ISSN: 0033-7250.

\_\_\_\_\_. The “November Revolution” of the European Court of Justice: *Keck, Meng and Audi* revisited. **Common Market Law Review**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, v. 31, 1994. p. 459-492. ISSN: 0165-0750.

REIS, Márcio Monteiro. Aplicação das normas oriundas do Mercosul no Brasil. *In*: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário direito e globalização: a soberania**. Rio de Janeiro: Renovar: 1999. p. 335-343. ISBN: 85-7147-143-6.

REYES, Carolina M. Breve noticia sobre el “Acuerdo Marco Interregional de Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros y el Mercado Común del Sur y sus Estados Partes”. **Revista del Mercosur**. Santa Fé: Delta, n. 3, abr. 1998. p. 179-186. ISSN: 0329-0689.

- RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado. **Da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário**. Coimbra: Almedina, 1996. 213 p.
- RICHTER, Stefan. Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien zu Lasten Einzelner. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 23. Jahrgang, Heft 4, out./dez. 1988. p. 394-405. ISSN: 0531-2485.
- RIMOLDI DE LADMANN, Eve (Coord.). **Mercosur y Comunidad Europea**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. 235 p.
- RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. II parte: El Protocolo de Brasília. *In*: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). **Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado**. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 365-371. ISBN: 950-527-348-7.
- \_\_\_\_\_. III parte: Los Laudos Arbitrales. *In*: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). **Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado**. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 381-394. ISBN: 950-527-348-7.
- \_\_\_\_\_. Análisis comparado del derecho de defensa de la competencia: I parte – El tema en los Estados Unidos. *In*: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). **Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado**. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 67-88. ISBN: 950-527-348-7.
- \_\_\_\_\_. Análisis del sistema en Paraguay. *In*: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). **Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado**. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 311-312. ISBN: 950-527-348-7.
- \_\_\_\_\_. Análisis jurídico: El derecho de la competencia en el Mercosur. *In*: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). **Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado**. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 165-184. ISBN: 950-527-348-7.
- \_\_\_\_\_. El derecho de la competencia. **Revista de Derecho del Mercosur**. Buenos Aires: La Ley, a. 4, n. 2, abr. 2000. p. 167-186. ISSN: 0329-1685.
- \_\_\_\_\_. El derecho de la competencia en la Argentina. *In*: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). **Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado**. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 195-240. ISBN: 950-527-348-7.
- \_\_\_\_\_. El derecho fundamental de las relaciones comerciales internacionales. *In*: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). **Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado**. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 7-34. ISBN: 950-527-348-7.
- \_\_\_\_\_. La toma de decisiones en el Mercosur. *In*: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). **Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado**. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 133-151. ISBN: 950-527-348-7.

- RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). **Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado**. Buenos Aires: La Ley, 2000. 430 p. ISBN: 950-527-348-7.
- RINALDI, Raimondo. Il Regolamento del Consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitarie in tema di concorrenza. **Diritto del Commercio Internazionale**. Milano: Giuffrè Editore, jan./mar. 2003. p. 143-168. ISSN: 1593-2605.
- RIPPE, Siegbert. El derecho de la competencia en el derecho uruguayo. *In*: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). **Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado**. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 313-323. ISBN: 950-527-348-7.
- RIPPE, Siegbert; HARGAIN, Daniel. Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, elaborado por los doctores Siegbert Rippe y Daniel Hargain, presentado ante la Comisión de Comercio de la Cámara de Diputados el 5/8/2002. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruselas, out. 2002, n. 15, p. 140-151.
- RITTNER, Fritz. Die Wirtschaftsrechtliche Ordnung der EG und das Privatrecht. **Juristen Zeitung**. Tübingen: J. C. B. Mohr, Heft 18, out. 1990. p. 838-846. ISSN: 0022-6882.
- RIVIÈRE MARTI, Juan Antonio. La política de competencia en América Latina. **Revista de Direito Econômico**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, n. 25, jan./jul. 1997. p. 77-84. ISSN: 0102-924X.
- \_\_\_\_\_. La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea. *In*: CASES, Luís (Dir.). **Anuario de la competencia 1997**. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 555-563. ISBN: 84-7248-624-9.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Mercosul: alguns conceitos básicos necessários à sua compreensão. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). **Solução de Controvérsias no MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 19-38.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). **Solução de Controvérsias no MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 164 p.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos. Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo. *In*: **ANUARIO de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Buenos Aires: Konrad Adenauer, 1999. p. 27-50.
- \_\_\_\_\_. Die Bedeutung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für die Errichtung des Binnenmarktes. *In*: SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). **Unverfälschter Wettbewerb für Arzneimittel im europäischen Binnenmarkt**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. p. 9-21. ISBN: 3-7890-5472-0.

- \_\_\_\_\_. **Zur 'Verfassung' der Europäischen Gemeinschaft.** Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1995. Heft 338. p. 23-44.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado. **Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia.** Madrid: Cinsa, sep./oct. 2002. p. 59-75. ISSN: 1575-2054.
- ROEBLING, Georg; RYAN, Stephen A.; SJÖBLOM, Dan. The International Competition Network (ICN) two years on: concrete results of a virtual network. **Boletín Latinoamericano de Competencia.** Bruselas, fev. 2004, n. 18, p. 117-121.
- RONEY, Alex. **Comunidad Europea: lo que Ud. debe saber.** Madrid: Ediciones Ciencias Sociales, 1990. 239 p. ISBN: 84-87510-04-3.
- ROSENTHAL, Michael. Neuordnung der Zuständigkeiten und des Verfahrens in der Europäischen Fusionskontrolle. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.** Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 15. Jahrgang, Heft 11, jun. 2004. p. 327-332. ISSN: 0937-7204.
- ROSHANIAN, Arona. Modelli di tutela della concorrenza nelle economie emergenti: il caso dell'America Latina. **Boletín Latinoamericano de Competencia.** Bruselas, abr. 2002, n. 14, p. 161-170.
- ROTH, Wulf-Henning. Drittwirkung der Grundfreiheiten? *In*: DUE, Ole; LUTTER, Marcus; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). **Festschrift für Ulrich Everling.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. p. 1231-1247. Band II. ISBN: 3-7890-3741-9.
- ROWAT, Malcolm; LUBRANO, Michele; PORRATA JUNIOR, Rafael. **Competition Policy and MERCOSUR.** Washington: World Bank, 1997. 110 p.
- RÚA BOIERO, Rodolfo R. EL Primer Laudo Arbitral del MERCOSUR: Game Over. **Periódico Económico Tributario.** Buenos Aires: La Ley, 1999. p. 456-459. ISBN: 950-527-302-9.
- RUFFERT, Matthias. Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft: Grundrechte, Institutionen, Kompetenzen, Ratifizierung. **Europarecht.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 39. Jahrgang, Heft 2, mar./abr. 2004. p. 165-201. ISSN: 0531-2485.
- RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. **Mercosur: Integración y Derecho.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. 733 p. ISBN: 987-507-070-X.
- RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto (Org.). **Mercosur: Unión Europea.** Assunção: Intercontinental, 2001. 410 p. ISBN: 99925-59-30-6.

- RUIZ-JARABO COLOMER, Damaso. **El juez nacional como juez comunitario**. Madrid: Civitas, 1993. 202 p. ISBN: 84-7842-090-8.
- SABBATO, Luiz Roberto. O Tribunal de Luxemburgo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 717, jul. 1995. p. 56-61. ISSN: 0034-9275.
- SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes. Un nuevo impulso a la integración jurídica en el Mercosur. *In*: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. **Globalización y Derecho**. Madrid: Colex, 2003. p. 555- 567. ISBN: 84-7879-767-X.
- SACK, Rolf. Staatliche Regelungen sogenannter ‘Verkaufsmodalitäten’ und Art. 30 EG-Vertrag. **Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 5. Jahrgang, Heft 2, 1994. p. 37-47. ISSN: 0938-3050.
- SAHA, Suranjit Kumar. Mercosul, competitividade e globalização. *In*: LIMA, Marcos Costa; MEDEIROS, Marcelo de Almeida (Orgs.). **O Mercosul no limiar do século XXI**. São Paulo: Cortez, 2000. p. 55-91. ISBN: 85-249-0749-5.
- SALEME, Edson Ricardo. Desafios do Acordo entre Mercosul e Peru. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). **Direito Internacional e da Integração**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 456-460. ISBN: 858799526-X.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Der MERCOSUL als Marktregelung. *In*: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). **Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001. p. 29-49. ISBN: 3-7890-7236-2.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial e as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998. 359 p.
- SALOMÃO FILHO, Calixto; SAMTLEBEN, Jürgen. Der Südamerikanische Gemeinsame Markt: eine rechtliche Analyse des Mercosur (Teil I). **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht**. Frankfurt am Main: Herausbergemeinschaft Wertpapier-Mitteilungen, 46. Jahrgang, Heft 33, ago. 1992. p. 1345-1352. ISSN: 0342-6971.
- \_\_\_\_\_. Der Südamerikanische Gemeinsame Markt: eine rechtliche Analyse des Mercosur (Teil II). **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht**. Frankfurt am Main: Herausbergemeinschaft Wertpapier-Mitteilungen, 46. Jahrgang, Heft 34, ago. 1992. p. 1385-1392. ISSN: 0342-6971.
- SAMTLEBEM, Jürgen. A solução de controvérsias na União Européia e no Mercosul. *In*: HOFMEISTER, Wilhelm; TREIN, Franklin. **Anuário Brasil-Europa 2002: solução de controvérsias, arbitragem comercial e propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2003. p. 69-81. ISBN: 85-7504-048-0.

- \_\_\_\_\_. Das Internationale Prozeß- und Privatrecht des MERCOSUR: ein Überblick. **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 63. Jahrgang, 1999. p. 1-69. ISSN: 0033-7250.
- \_\_\_\_\_. “Das Recht des Mercosur”: wichtig für Europa? **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 9. Jahrgang, Heft 3, fev. 1998. p. 65. ISSN: 0937-7204.
- \_\_\_\_\_. Der MERCOSUR als Rechtssystem. *In*: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). **Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001. p. 51-94. ISBN: 3-7890-7236-2.
- \_\_\_\_\_. Der Südamerikanische Gemeinsame Markt (MERCOSUR) und seine neue Verfassung. **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht**. Frankfurt am Main: Herausbergemeinschaft Wertpapier-Mitteilungen, 50. Jahrgang, Heft 44, nov. 1996. p. 1997-2205. ISSN: 0342-6971.
- \_\_\_\_\_. Die interamerikanischen Spezialkonferenzen für Internationales Privatrecht. **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 44. Jahrgang, 1980. p. 257-320. ISSN: 0033-7250.
- \_\_\_\_\_. Ein Gerichtsstandsübereinkommen für den Südamerikanischen Gemeinsamen Markt (MERCOSUR). **Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts**. Bielefeld: Gieseking, 15. Jahrgang, n. 2, mar./abr. 1995, p. 129-132. ISSN: 0720-6585.
- \_\_\_\_\_. Erster Schiedsspruch im Mercosur: wirtschaftliche Krise als rechtliche Herausforderung? **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 11. Jahrgang, Heft 3, jun. 2000. p. 77-80. ISSN: 0937-7204.
- \_\_\_\_\_. Neue interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht. **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 56. Jahrgang, 1992. p. 1-115. ISSN: 0033-7250.
- \_\_\_\_\_. Perspectivas para uma Corte do Mercosul e a experiência européia. **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 33, n. 131, jul./set. 1996. p. 261-267.
- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: el Reglamento 44/2001. *In*: SÁNCHEZ LORENZO, Sixto; MOYA ESCUDERO, Mercedes (Editores). **La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa**. Madrid: Dickinson, 2003. p. 39-67. ISBN: 84-9772-118-7.

- SÁNCHEZ LORENZO, Sixto; MOYA ESCUDERO, Mercedes (Eds.). **La cooperación judicial em materia civil y la unificación del derecho privado en Europa**. Madrid: Dickinson, 2003. 405 p. ISBN: 84-9772-118-7.
- SÁNCHEZ-TARAZAGA Y MARCELINO, Jorge. La libre competencia en el mercado único europeo y en EE UU: la cooperación internacional en la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia. **Comunidad Europea Aranzadi**. Madrid: Aranzadi, a. 23, n. 7, jul. 1996. p. 33-41. ISSN: 1132-2527.
- SANGMEISTER, Hartmut. Der MERCOSUR als Wirtschaftsraum. *In*: BASEDOW, Jürgen; SAMTLEBEN, Jürgen (Hrsg.). **Wirtschaftsrecht des MERCOSUR: Horizont 2000**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001. p. 95-111. ISBN: 3-7890-7236-2.
- SANTOS, Diogo Antonio Correa dos. Uma moeda única para o Mercosul. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). **Direito Internacional e da Integração**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 793-798. ISBN: 858799526-X.
- SANTOS, Maria Cecilia. Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul. **Revista de Derecho del Mercosur**. Buenos Aires: La Ley, a. 4, n. 3, jun. 2000. p. 81-92. ISSN: 0329-1685.
- SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Concorrência. *In*: BARRAL, Welber (Org.). **O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 471-501. ISBN: 85-87514-07-5.
- \_\_\_\_\_. Direito comunitário da concorrência: perspectivas para o Mercosul. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, out./dez. 1999. p. 74-109. ISSN: 1415-7705.
- SANTOS, Nildo Nery dos. Direito Comunitário – 45 anos. *In*: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (Coord.). **Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 91-96. ISBN: 85-7453-082-4.
- SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Mercosul e arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 240 p.
- SARDEGNA, Miguel Angel. **Las relaciones laborales en el Mercosur**. Buenos Aires: La Rocca, 1995. 311 p.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 453 p. ISBN: 85-7348-299-0.
- SCHAFFNER, Fábio; AMARAL, Luís Eduardo. Nação ‘doble chapa’ ganha identidade. **Zero Hora**, Porto Alegre, 15 abr. 2004. p. 4-5.

- SCHAUB, Alexander; DOHMS, Rüdiger. Das Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag: die Reform der Verordnung Nr. 17. **Wirtschaft und Wettbewerb**. Düsseldorf: Handelsblatt, 49. Jahrgang, Heft 11, nov. 1999. p. 1055-1070.
- SCHEFFER, Urban. **Die Marktfreiheiten des EG-Vertrages als Ermessensgrenze des Gemeinschaftsgesetzgebers**. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997. 220 p. ISBN: 3-631-31311-X.
- SCHERMERS, H. G. The effects of the date 31 December 1992. **Common Market Law Review**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, v. 28, 1991. p. 275-289. ISSN: 0165-0750.
- SCHINA, Despina. **State aids under the EEC treaty: Articles 92 to 94**. Oxford: ESC, 1987. 221 p. ISBN: 0-906214-44-0.
- SCHMIDHUBER, Peter M. Fortentwicklung des Gemeinschafts-Wettbewerbsrechts zur Vollendung des Binnenmarktes. **Wirtschaft und Wettbewerb**. Düsseldorf: Handelsblatt, 39. Jahrgang, Heft 7 und 8, jul./ago. 1989. p. 544-549.
- \_\_\_\_\_. Perspektiven zum europäischen Binnenmarkt. **Wirtschaft und Wettbewerb**. Düsseldorf: Handelsblatt, 42. Jahrgang, Heft 12, dez. 1992. p. 981-991.
- SCHMIDT, André. Die europäische Wettbewerbspolitik nach dem Vertrag von Amsterdam. **Wirtschaft und Wettbewerb**. Düsseldorf: Handelsblatt, 49. Jahrgang, Heft 2, feb. 1999. p. 133-140.
- SCHMITZ, Thomas. Die Grundrechtecharta als Teil der Verfassung der Europäischen Union. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 39. Jahrgang, Heft 5, set./out. 2004. p. 691-713. ISSN: 0531-2485.
- SCHRÖER, Thomas. Mehr Demokratie statt umweltpolitischer Subsidiarität? – Anmerkung zum Titandioxid-Urteil des EuGH. **Europarecht**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 26. Jahrgang, Heft 4, okt./dez. 1991. p. 356-368. ISSN: 0531-2485.
- SCHRÖTER, Helmuth. Artikel 86. *In*: von der GROEBEN, Hans; THIESING, Jochen; EHLERMANN, Claus-Dieter. **Kommentar zum EU-/EG- Vertrag: Artikel 85-87 EGV**. 5. ed. Band 2/I. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. p. 732-900. ISBN: 3-7890-4061-4.
- \_\_\_\_\_. Einführung Artikel 85. *In*: von der GROEBEN, Hans; THIESING, Jochen; EHLERMANN, Claus-Dieter. **Kommentar zum EU-/EG- Vertrag: Artikel 85-87 EGV**. 5. ed. Band 2/I. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. p. 128-148. ISBN: 3-7890-4061-4.



- \_\_\_\_\_. Vorbemerkung zu den Artikeln 85 bis 94. *In*: von der GROEBEN, Hans; THIESING, Jochen; EHLERMANN, Claus-Dieter. **Kommentar zum EWG – Vertrag: Artikel 85-109**. 4. ed. Band 2. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991. p. 1299-1318. ISBN: 3-7890-2180-6.
- SCHUSTER, Andreas. **EG-Recht: Normenlehre und Grundfreiheiten**. Wien: Manzsche, 1997. 237 p. ISBN: 3-214-09003-8.
- SCHWARTZ, Ivo E. 30 Jahre EG-Rechtsangleichung. *In*: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). **Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. p. 333-368. ISBN: 3-7890-1383-6.
- \_\_\_\_\_. Zum Konzept ‘Gemeinsamer Markt’. *In*: HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg.). **40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. p. 154-164. ISBN: 3-7890-5435-6.
- SCHWARZE, Jürgen. Das Recht als Integrationsinstrument. *In*: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. *et alli* (Hrsg.). **Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. p. 637-650. ISBN: 3-78901498-2.
- \_\_\_\_\_. Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 11. Jahrgang, Heft 20, out. 2000. p. 613-627. ISSN: 0937-7204.
- \_\_\_\_\_. Die Auswirkungen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Kartell- und Wettbewerbsrecht. **Juristen Zeitung**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 51. Jahrgang, Heft 2, jan. 1996. p. 57-64. ISSN: 0022-6882.
- SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). **Der Gemeinsame Markt Bestand und Zukunft in wirtschaftsrechtlicher Perspective**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. 193 p. ISBN: 3-7890-1344-7.
- \_\_\_\_\_. **Unverfälschter Wettbewerb für Arzneimittel im europäischen Binnenmarkt**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. 102 p. ISBN: 3-7890-5472-0.
- SCHWERPUNKTE des Kartellrechts 1986/87**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1988. 119 p. ISSN: 0174-0210.
- SCHWERPUNKTE des Kartellrechts 2001**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 2002. 139 p. ISBN: 3-452-25243-4.
- SCHWIND, Fritz (Hrsg.). **Österreichs Weg in die EG: Beiträge zur europäischen Rechtsentwicklung**. Wien: Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1991. 272 p. ISBN: 3-7001-1883.

- SEIDEL, Martin. **Das Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaft.** Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1984. Heft 26. 30 p.
- \_\_\_\_\_. Die Vollendung des Binnenmarkts der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsetzungsprozeß. *In:* BAUR, Jürgen F.; HOPT, Klaus J.; MAILÄNDER, K. Peter. **Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990.** Berlin: Walter de Gruyter, 1990. p. 1455-1475. ISBN: 3-11-011985-4.
- \_\_\_\_\_. Zur Verfassung der Europäischen Gemeinschaft nach Maastricht. **Europarecht.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 27. Jahrgang, Heft 2, abr./jun. 1992. p. 125-144. ISSN: 0531-2485.
- SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das organizações internacionais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 352 p. ISBN: 85-7348-037-8.
- SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **Introdução ao Direito Internacional Público.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 224 p.
- SFREDO, Marta; MACIEL, Mauro. Pressionada, Argentina desiste de barreira. **Zero Hora,** Porto Alegre, 13 jul. 2004, p. 16.
- SILVA, Elaine Ramos da. **Rechtsangleichung im Mercosul: Perspektiven für das Niederlassungsrecht von Gesellschaften anhand von Erfahrungen in der Europäischen Union.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002. 200 p.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 863 p. ISBN: 85-7420-017-4.
- SILVA, Karine de Souza. O recurso contra os Estados-membros da Comunidade Européia por violação ao direito supranacional. *In:* PIMENTEL, Luiz Otávio (org.). **Direito Internacional e da Integração.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 492-496. ISBN: 858799526-X.
- SILVA, Osmar Vieira da (Org.). **Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI.** Londrina: UniFil, 2002. 1082 p.
- SILVA, Roberto Luiz. **Direito comunitário e de integração.** Porto Alegre: Síntese, 1999. 192 p.
- SILVA NETO, Orlando Celso; MELO, Suzana Soares. Considerações sobre cooperação jurisdicional no âmbito do Mercosul. *In:* RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). **Solução de Controvérsias no MERCOSUL.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 81-111.

- SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações**. São Paulo: LTr, 1998. 317 p. ISBN: 85-7322-402-9.
- SINNAEVE, Adinda. Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle? **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 3, feb. 2001. p. 69-77. ISSN: 0937-7204.
- \_\_\_\_\_. Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 10. Jahrgang, Heft 9, maio. 1999. p. 270-777. ISSN: 0937-7204.
- SIRAGUSA, Mario; SFORZOLINI, Giuseppe Scassellati. Il diritto della concorrenza italiano e comunitario: un nuovo rapporto. **Il Foro Italiano**. Roma, a. 117, v. 115, parte quarta, 1992. p. 250-272.
- SLOT, Piet Jan. The concept of undertaking in EC Competition Law. *In*: DUE, Ole; LUTTER, Marcus; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). **Festschrift für Ulrich Everling**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. p. 1413-1426. Band II. ISBN: 3-7890-3741-9.
- SOLTÉSZ, Ulrich. Öffentliche Finanzierung von Infrastruktur- und Erschließungsmaßnahmen und das EG-Beihilferecht. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 4, fev. 2001. p. 107-111. ISSN: 0937-7204.
- SOLUÇÃO de controvérsias no Mercosul**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. 278 p. ISBN: 85-7365-264-0.
- SOUTY, François. **Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne**. 3. ed. Paris: Montchrestien, 2003. 160 p. ISBN: 2-7076-1189-1.
- SOUZA, James J. Marins de. A responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto e do serviço. **Responsabilidade civil do condomínio**. v. 166. Curitiba: Juruá, 1992.
- SPOLIDORO, Marco S. La disciplina *antitrust* in Italia. **Rivista delle Società**. Milano: Giuffrè, a. 35, 1990. p. 1292-1306.
- SQUASSONI, Christian Max Finardi. O direito de continuar sócio de S/A face às reorganizações societárias. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, a. 37, v. 114, abr./jun. 1999. p. 140-145.

- STAEBE, Erik; DENZEL, Ulrich. Die neue Europäische Fusionskontrollverordnung (VO 139/2004). **Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 15. Jahrgang, Heft 5, 2004. p. 194-201. ISSN: 0938-3050.
- STAHNINGER DE CARAMUTI, Ofélia. Introducción. *In*: STAHNINGER DE CARAMUTI, Ofelia (Coord.). **El Mercosur en el nuevo orden mundial**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 13-20.
- STAHNINGER DE CARAMUTI, Ofelia (Coord.). **El Mercosur en el nuevo orden mundial**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. 415 p.
- \_\_\_\_\_. **El Mercosur en el Siglo XXI**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. 591 p. ISBN: 987-507-062-9.
- STAUDENMAYER, Dirk. **Der Zusammenschlussbegriff in Artikel 3 der EG-FusionskontrollVO: Eine Analyse der Praxis der Europäischen Kommission**. Köln: Carl Heymanns, 2002. 273 p. ISBN: 3-452-25345-7.
- STEIN, Torsten. El papel del Tribunal Europeo de Justicia de la Comunidad Europea en el proceso de integración europea y la confirmación de un orden jurídico europeo. *In*: **ANUARIO de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Buenos Aires: Konrad Adenauer, 1999. p. 51-63.
- STEINDORFF, Ernst. Beihilfeverbote im Gemeinschaftsrecht und nationals Privatrecht. *In*: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). **Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. p. 497-519. ISBN: 3-7890-4473-3.
- \_\_\_\_\_. Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt. **Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 150. Band, 1986, p. 687-704. ISSN: 0044-2437.
- \_\_\_\_\_. Spannung zwischen deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht. *In*: **SCHWERPUNKTE des Kartellrechts 1986/87**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1988. p. 27-54. ISSN: 0174-0210.
- \_\_\_\_\_. Unvollkommener Binnenmarkt. **Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 158. Band, 1994, p. 149-169. ISSN: 0044-2437.
- STELZER, Joana. **Integração Européia: dimensão supranacional**. Florianópolis: Curso de Pós-graduação em Direito (UFSC). Dissertação de Mestrado, 1998. 212 p.
- \_\_\_\_\_. **União européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?** Curitiba: Juruá, 2000. 198 p. ISBN: 85-7394-508-7.

STOFFEL VALLOTTON, Nicole. Algunas consideraciones sobre las nociones de 'mercado común' y 'mercado interior' en el Tratado de la Comunidad Europea. **Gaceta Jurídica de la C.E.E. y de la Competencia**. Madrid: Cinsa, oct. 1995. p. 255-316. ISSN: 1133-942X.

\_\_\_\_\_. Algunas consideraciones sobre la noción de unión aduanera en el Tratado de la Comunidad Europea. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, n. 84, 1995. p. 415-445.

\_\_\_\_\_. El Tribunal de Justicia como órgano de impulso de la Unión Europea. *In: PÉREZ GONZÁLES, Manuel et alli. Desafíos del Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. p. 25-42. ISBN: 987-507-011-4.

STRAUB, Stéphane. De la coordinación de las políticas macroeconómicas en el MERCOSUR. **Revista de Derecho del Mercosur**. Buenos Aires: La Ley, a. 1, n. 1, mai. 1997. p. 201-202. ISSN: 0329-1685.

STREINZ, Rudolf. Der Vertrag von Amsterdam: Die institutionellen Veränderungen für die Europäische Union und die Europäische Gemeinschaft. **Juristische Ausbildung (Jura)**. Berlin: Walter de Gruyter, 20. Jahrgang, Heft 2, fev. 1998. p. 57-65. ISSN: 0170-1452.

\_\_\_\_\_. **Europarecht**. 6. ed. Heidelberg, C. F. Müller, 2003. 464 p. ISBN: 3-8114-1828-9.

STREINZ, Rudolf; LEIBLE, Stefan. Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten: Überlegungen aus Anlass von EuGH (Angonese). **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht**. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 11. Jahrgang, Heft 15, ago. 2000. p. 459-467. ISSN: 0937-7204.

STUBER, Walter Douglas; NOBRE, Lionel Pimentel. A atual atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Brasil). *In: CORREA, Carlos María (Dir.). Derecho de la competencia*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. p. 195-210. ISSN: 0328-9680.

STUYCK, Jules. Libre circulation et concurrence: les deux piliers du marché commun. *In: DONY, Marianne (Coord.). Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*. Bruxelles: Bruylant, 1999. p. 1477-1498. v. II. ISBN: 2-8027-1252-7.

TAJAN, Guillermina. Comentarios acerca de la efectiva aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia argentina. **Boletín Latinoamericano de Competencia**. Bruselas, nov. 2001, n. 13, p. 15-23.

TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. **La Unión Europea**. 4. ed. Madrid: Alianza, 1999. 822 p. ISBN: 84-206-8189-X.

\_\_\_\_\_. **La Unión Europea**. 5. ed. Madrid: Alianza, 1999. 847 p. ISBN: 84-206-8619-0.

TASCHNER, Hans Claudius. Angleichung von Rechtsvorschriften. *In: von der GROEBEN, Hans; THIESING, Jochen; EHLERMANN, Claus-Dieter. **Kommentar zum EU-/EG – Vertrag: Art. 88-102 EGV.** 5. ed. Band 2/II. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. p. 2200-2233. ISBN: 3-7890-4061-4.*

\_\_\_\_\_. Mittelbare Rechtsangleichung? *In: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). **Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. p. 407-424. ISBN: 3-7890-1383-6.*

TEPEDINO, Gustavo. Tecniche legislative ed interpretative nell'armonizzazione del diritto privato comunitario: l'esperienza del Mercosul. *In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário direito e globalização: a soberania.** Rio de Janeiro: Renovar: 1999. p. 263-276. ISBN: 85-7147-143-6.*

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 590 p. ISBN: 85-7147-427-3.

TERHECHTE, Jörg Philipp. Die Rolle des Wettbewerbsrechts in der europäischen Verfassung. **Europarecht.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, Beiheft 3, 2004. p. 107-126. ISSN: 1435-5078.

TESAURO, Giuseppe. **Diritto Comunitario.** 3. ed. Milão: Cedam, 2003. 865 p. ISBN: 88-13-24736-2.

THIEFFRY, Jean; VAN DOORN, Philip; RADTKE, Christoph Martin. Die Vollendung des Europäischen Binnenmarktes bis 1992. **Recht der Internationalen Wirtschaft.** Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 35. Jahrgang, Heft 2, fev. 1989. p. 123-131. ISSN: 0340-7926.

THORSTENSEN, Vera. **Comunidade Européia: a construção de uma potência econômica.** São Paulo: Brasiliense, 1992. 285 p. ISBN: 85-11-09053-3.

TINEO, Luis. Políticas de competencia en América Latina. **Revista de Direito Econômico.** Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, n. 25, jan./jul. 1997. p. 85-98. ISSN: 0102-924X.

\_\_\_\_\_. Políticas de Competencia en la construcción del Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA). *In: CORREA, Carlos María (Dir.). **Derecho de la competencia.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. p. 211-235. ISSN: 0328-9680.*

TIZZANO, Antonio. Quelques observations sur la coopération internationale en matière de concurrence. **Revue du Droit de la de l'Union Européenne.** Paris: Clément Juglar, n. 1, 2000. p. 75-100. ISSN: 1155-4274.

- TOMASEVIC, Daniel M. Le passage à l'euro et le droit de la concurrence. **Revue du Marché Unique Européen**. Paris: Juglar, n. 4, 1998. p. 95-112. ISSN: 1155-4274.
- TOTH, A. G. The Authority of Judgments of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects. **Yearbook of European Law**. Oxford: Oxford University Press, n. 4, 1984. p. 1-77. ISSN: 0226-7223.
- ULLRICH, Hanns. Armonización internacional del derecho de la competencia: haciendo de la *diversidad* un concepto viable. In: CORREA, Carlos María (Dir.). **Derecho de la competencia**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. p. 237-291. ISSN: 0328-9680.
- \_\_\_\_\_. Einzelstaatliche Förderung industrieller Forschung und Entwicklung zwischen Binnenmarkt und Technologiegemeinschaft. **Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht**. München: European Law Press, 2. Jahrgang, Heft 1-2, 1991. p. 1-10. ISSN: 0938-3050.
- VACCHINO, Juan Mario. **Integración Latinoamericana: de la Alalc a la Aladi**. Buenos Aires: Depalma, 1983. 251 p.
- VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François. **Droit de la concurrence de la Communauté Économique Européenne**. Bruxelles: Bruylant, 1990. 1284 p. ISBN: 2-8027-0513-X.
- VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard. Reflexión sur l'application 'horizontale' des règles sur les aides d'État. In: DONY, Marianne (Coord.). **Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck**. Bruxelles: Bruylant, 1999. p. 1589-1627. v. II. ISBN: 2-8027-1252-7.
- van KAPPEL, Antonio Pérez. Auf dem Weg zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG durch die nationalen Gerichte. **Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 12. Jahrgang, Heft 5, 2001. p. 228-233. ISSN: 0938-3050.
- VAZ, Alcides Costa. **Cooperação, integração e processo negociador: a construção do Mercosul**. Brasília: IBRI, 2002. 308 p. ISBN: 85-88270-06-4.
- VAZ, Isabel. Las tres vertientes del derecho de la competencia. In: CORREA, Carlos María (Dir.). **Derecho de la competencia**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000. p. 293-309. ISSN: 0328-9680.
- \_\_\_\_\_. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 9, n. 35, jul./set. 2000. p. 219-231. ISSN: 1415-7705.
- VÁZQUEZ, M. Cristina *et alli*. **Estudios multidisciplinares sobre el Mercosur**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. La defensa de la competencia en la Unión Europea y en Mercosur. *In*: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (Coord.). **Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica**. Valladolid: Lex Nova, 1998. p. 171-191. ISBN: 84-7557-992-2.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (Coord.). **Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica**. Valladolid: Lex Nova, 1998. 461 p. ISBN: 84-7557-992-2.
- VENIT, James S. Brave new world: the modernization and decentralization of enforcement under articles 81 and 82 of the EC Treaty. **Common Market Law Review**. The Hague: Kluwer Law International, v. 40, 2003. p. 545-580. ISSN: 0165-0750.
- VENTURA, Deisy. **As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional**. Barueri: Manole, 2003. 694 p. ISBN: 85-204-1768-x.
- VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). **Direito Comunitário do MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 336 p. ISBN: 85-7348-047-5.
- VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Coord.). **O MERCOSUL em Movimento**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. 173 p. ISBN: 85-85616-71-7.
- VER LOREN van THEMAAT, Pieter. Einige Bemerkungen zu dem Verhältnis zwischen den Begriffen Gemeinsamer Markt, Wirtschaftsunion, Währungsunion, Politische Union und Souveränität. *In*: BAUR, Jürgen F.; MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZULEEG, Manfred (Hrsg.). **Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht: Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1992. p. 459-472. ISBN: 3-452-22250-0.
- VIEIRA, Debora Cristina. O exercício da advocacia no Mercosul frente à livre circulação de serviços e trabalhadores. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). **Solução de Controvérsias no MERCOSUL**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 113-132.
- VIEIRA, Wilson; CARVALHO, Fátima (Edit.). **MERCOSUL: agronegócios e desenvolvimento econômico**. Viçosa: UFV, 1997. 296 p.
- VIEWEG, Klaus; RÖTHEL, Anne. Verbandsautonomie und Grundfreiheiten. **Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht**. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 166. Band, 2002, p. 6-34. ISSN: 0044-2437.
- VOGEL, Louis. Competition Law and Buying Power: The Case for a New Approach in Europe. **European Competition Law Review**. London: Sweet and Maxwell, v. 19, 1998. p. 4-11. ISBN: 0-421-642-300.



- \_\_\_\_\_. Le règlement européen sur le contrôle des concentrations ou de la difficulté de concilier efficacité et compromis. **Journal du Droit International**. Paris: Editions Techniques, a. 118, n. 4, out./dez. 1991. p. 887-902.
- VOGEL, Louis; VOGEL, Joseph. **Le droit européen des affaires**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1994. 128 p. ISBN: 2-247-01660-X.
- VOGT, Stefan. Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in den Jahren 2001 bis 2003. **Neue Juristische Wochenschrift**. München: C. H. Beck, 56. Jahrgang, Heft 46, 2003. p. 3306-3315. ISSN: 0341-1915.
- von BOGDANDY, Armin. Art. 14 EGV. *In*: GRABITZ, Eberhard; HILF, Meinhard (Hrsg.). **Das Recht der Europäischen Union: Kommentar zur Europäischen Union (EUV/EGV)**. 20. Ergänzungslieferung. München: C. H. Beck, 2003. Band I. ISBN: 3 406 493815.
- von BOGDANDY, Armin (Hrsg.). **Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge**. Berlin: Springer, 2003. 978 p. ISBN: 3-540-43834-3.
- von der GROEBEN, Hans. Die Anfänge der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. *In*: HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg.). **40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. p. 165-170. ISBN: 3-7890-5435-6.
- \_\_\_\_\_. Die Aufgaben der Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt und in der Atlantischen Partnerschaft. **Wirtschaft und Wettbewerb**. Düsseldorf: Handelsblatt, 14. Jahrgang, Heft 12, dez. 1964. p. 1001-1018.
- \_\_\_\_\_. Die Rolle der Wettbewerbspolitik für die Entstehung des Gemeinsamen Marktes. *In*: HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg.). **40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. p. 171-173. ISBN: 3-7890-5435-6.
- \_\_\_\_\_. EG-Wettbewerbsregeln und Wettbewerbspolitik als Instrumente der europäischen Integration. *In*: **WETTBEWERBSORDNUNG im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft: Festschrift für Gunther Hartmann**. Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1976. p. 105-122. ISBN: 3-452-18205-3.
- \_\_\_\_\_. Wettbewerbspolitik in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. **Wirtschaft und Wettbewerb**. Düsseldorf: Handelsblatt, 11. Jahrgang, Heft 6, jun. 1961. p. 373-396.
- von der GROEBEN, Hans; THIESING, Jochen; EHLERMANN, Claus-Dieter. **Kommentar zum EWG – Vertrag: Artikel 1-84**. 4. ed. Band 1. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991. 1295 p. ISBN: 3-7890-2180-6.
- \_\_\_\_\_. **Kommentar zum EWG – Vertrag: Artikel 85-109**. 4. ed. Band 2. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991. 3119 p. ISBN: 3-7890-2180-6.

- \_\_\_\_\_. **Kommentar zum EU-/EG- Vertrag: Artikel 85-87 EGV.** 5. ed. Band 2/I. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. 1044 p. ISBN: 3-7890-4061-4.
- \_\_\_\_\_. **Kommentar zum EU-/EG- Vertrag: Art. 88-102 EGV.** 5. ed. Band 2/II. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. 2401 p. ISBN: 3-7890-4061-4.
- von MEIBON, Wolfgang. Ist ein Weltkartellrecht wünschenswert? Aus der Sicht eines Praktikers. *In: KONVERGENZ der Wettbewerbsrechte – Eine Welt, ein Kartellrecht.* Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 2002. p. 27-37. ISBN: 3-452-25422-4.
- von MEIBON, Wolfgang; GEIGER, Andreas. Un Derecho de la Competencia mundial como ultima ratio. **Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia.** Madrid: Cinsa, sep./oct. 2002. p. 34-44. ISSN: 1575-2054.
- VOSGERAU, Hans-Jürgen. **Handels- und Wettbewerbspolitik in Europa: Zusammenhänge und Widersprüche.** Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1993. Heft 306. 20 p.
- VOSSESTEIN, Adrian J. Corporate efforts to influence public authorities, and the EC rules on competition. **Common Market Law Review.** The Hague: Kluwer Law International, v. 37, 2000. p. 1383-1402. ISSN: 0165-0750.
- WAELEBROECK, Michel. Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE. *In: CAPOTORTI, F.; EHLERMANN, C.-D.; FROWEIN, J. et alli (Hrsg.). Du droit international au droit de l'integration: Liber Amicorum Pierre Pescatore.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. p. 781-803. ISBN: 3-78901498-2.
- WAELEBROECK, Michel; FRIGNANI, Aldo. **Commentaire Mégret: Le droit de la CEE: Concurrence.** 2. ed. Bruxelles: Presses de l'université libre de Bruxelles, 1997. v. 4.
- \_\_\_\_\_. **Derecho Europeo de la competencia.** Barcelona: Bosch, 1998. 719 p. v. 4. t. 1. ISBN: 84-7676-515-0.
- \_\_\_\_\_. **European Competition Law.** Nova York: Transnational Publishers, 1999. 1040 p. ISBN: 1-57105-086-8.
- WALTER, Christian. Geschichte und Entwicklung der Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten. *In: EHLERS, Dirk (Hrsg.). Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten.* Berlin: De Gruyter Recht, 2003. p. 1-19. ISBN: 3-89949-008-8.

- WATANABE, Kazuo. Capítulo I: Disposições Gerais. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini et alli. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 722-784. ISBN: 85-218-0286-2.
- WEBER, Albrecht. Zur künftigen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft. **Juristen Zeitung.** Tübingen: J. C. B. Mohr, 48. Jahrgang, Heft 7, apr. 1993. p. 325-330. ISSN: 0022-6882.
- WEHNER, Ulrich. **Der Mercosur: Rechtsfragen und Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojektes und die Erfolgsaussichten der interregionalen Kooperation mit der Europäischen Union.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. 253 p. ISBN: 3-7890-6026-7.
- \_\_\_\_\_. EU und Mercosur: Auf dem Weg zur Freihandelszone? **Recht der Internationalen Wirtschaft.** Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 46. Jahrgang, Heft 5, maio. 2000. p. 370-376. ISSN: 0340-7926.
- \_\_\_\_\_. Nuevo dinamismo o Estancamiento: El futuro de las relaciones entre el Mercosur y la UE. **Revista de Derecho del Mercosur.** Buenos Aires: La Ley, a. 5, n. 3, jun. 2001. p. 62-77. ISSN: 0329-1685.
- WEIDENFELD, Werner; WESSELS, Wolfgang. **Europa von A-Z: Taschenbuch der europäischen Integration.** 2. ed. Bonn: Europa Union Verlag, 1992. 415 p. ISBN: 3-7713-0411-3.
- WEILER, J. H. H. The transformation of Europe. **The Yale Law Journal.** New Haven: Yale Law Journal Co., v. 100, n. 8, mai. 1991. p. 2403-2483. ISSN: 0044-0094.
- WEITBRECHT, Andreas. Das neue EG-Kartellverfahrensrecht. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.** Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 14. Jahrgang, Heft 3, feb. 2003. p. 69-73. ISSN: 0937-7204.
- \_\_\_\_\_. Rechtsschutz in Wettbewerbssachen durch das Gericht erster Instanz. **Europarecht.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, Beiheft I, 2003. p. 115-127. ISSN: 1435-5078.
- \_\_\_\_\_. To Harmonize or Not to Harmonize: Zur Diskussion um die 7. GWB-Novelle. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.** Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 15. Jahrgang, Heft 15, ago. 2004. p. 449. ISSN: 0937-7204.
- \_\_\_\_\_. Zusammenschlußkontrolle im Europäischen Binnenmarkt. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.** Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1. Jahrgang, Heft 1, apr. 1990. p. 18-21. ISSN: 0937-7204.
- WETTBEWERBSORDNUNG im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft: Festschrift für Gunther Hartmann.** Köln: Carl Heymanns Verlag KG, 1976. 393 p. ISBN: 3-452-18205-3.

- WILL, Michael R. Autonome Rechtsangleichung in Europa. *In: SCHWIND, Fritz (HRSRG.). Österreichs Weg in die EG: Beiträge zur europäischen Rechtsentwicklung.* Wien: Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1991. p. 53-109. ISBN: 3-7001-1883.
- WOLF, Dieter. Europäisches Wettbewerbsrecht – Teil II: Europäische Fusionskontrolle. **Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht.** Frankfurt am Main: Herausbergemeinschaft Wertpapier-Mitteilungen, 46. Jahrgang, Heft 43, out. 1992. p. 1730. ISSN: 0342-6971.
- \_\_\_\_\_. Zum Verhältnis von europäischem und deutschem Wettbewerbsrecht. **Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.** Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 5. Jahrgang, Heft 8, apr. 1994. p. 233-238. ISSN: 0937-7204.
- WOLF, Dieter; FINK, Reinhard. Mit der Verordnung Nr. 17 ins nächste Jahrtausend? **Wirtschaft und Wettbewerb.** Düsseldorf: Handelsblatt, 44. Jahrgang, Heft 4, apr. 1994. p. 289-293.
- WURCEL, Gabriela. Argentina tiene que solucionar su falta de competitividad: entrevista a Julio Redecker. **Revista de Derecho del Mercosur.** Buenos Aires: La Ley, a. 4, n. 2, abr. 2000. p. 31-33. ISSN: 0329-1685.
- XAVIER BASALDÚA, Ricardo. **Mercosur y derecho de la integración.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. 910 p. ISBN: 950-201225-9.
- ZACKER, Christian. Binnenmarkt und Gemeinsamer Markt: zwei Begriffe desselben Inhalts? **Recht der Internationalen Wirtschaft.** Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 35. Jahrgang, Heft 6, jun. 1989. p. 489-490. ISSN: 0340-7926.
- ZINSMEISTER, Ute. Die dezentrale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts durch die nationalen Kartellbehörden in der Praxis. **Wirtschaft und Wettbewerb.** Düsseldorf: Handelsblatt, 49. Jahrgang, Heft 2, feb. 1999. p. 115-120.
- ZULEEG, Manfred. Der Rang des europäischen im Verhältnis zum nationalen Wettbewerbsrecht. **Europarecht.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 25. Jahrgang, Heft 2, abr./jun. 1990. p. 123-134. ISSN: 0531-2485.
- \_\_\_\_\_. Die Grundfreiheiten des Gemeinsamen Markts im Wandel. *In: DUE, Ole; LUTTER, Marcus; SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). Festschrift für Ulrich Everling.* Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. p. 1717-1727. Band II. ISBN: 3-7890-3741-9.
- \_\_\_\_\_. Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration. **Juristen Zeitung.** Tübingen: J. C. B. Mohr, 49. Jahrgang, Heft 1, jan. 1994. p. 1-8. ISSN: 0022-6882.