

A Concorrência e a Defesa do Consumidor no Brasil e no Mercosul - Recuperação Histórica e Perspectivas Paradoxais

Aurélio Wander Bastos*

Introdução

O objetivo central deste artigo é recuperar as linhas gerais das políticas brasileira de proteção ao consumidor e defesa da concorrência para analisar as políticas vigentes no âmbito do Mercosul e de suas estratégias de consolidação. Para alcançar estes resultados subdividimos o texto em itens, consecutivamente, denominados: Origens e Formação das Políticas de Mercado no Brasil; Novos Paradigmas Constitucionais e Legislativos das Políticas de Mercado no Brasil; Efeitos das Políticas Brasileira de Mercado no Mercosul e O Protocolo Mercosul da Concorrência " perspectivas e paradoxos. Nestes 4 (quatro) itens desenvolvemos as condições estruturais básicas de nossa análise, assim como indicamos as perspectivas conclusivas essenciais.

Origens e Formação das Políticas de Mercado no Brasil

A questão da proteção ao consumidor se manifesta, inicialmente, no Brasil, no início dos anos sessenta. É naquele momento importante da história brasileira que se identifica o nascimento dos institutos de proteção ao consumidor. Muito embora, não possamos afirmar, que existisse, naquela época, uma legislação de direitos do consumidor, podemos reconhecer que havia uma legislação ou documentos de ordem legal destinados à proteção do "consumo do povo" " palavras vinculadas ao espírito e aos condicionantes dos anos sessenta. Neste período, em que se iniciou a construção dos institutos de proteção ao consumidor, desenvolveu-se ou implantou-se no país o primeiro organismo de proteção ao consumo e à alimentação do povo ou às condições de fornecimento alimentar: a Superintendência Nacional de Abastecimento " SUNAB, criada com a promulgação da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962.

Paralelamente, neste mesmo período, com a promulgação da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, foi criado o Conselho de Administração e Defesa Econômica " CADE, o primeiro organismo brasileiro voltado para a repressão ao abuso do poder econômico. O CADE, enquanto organismo voltado para a repressão ao abuso do poder econômico, não se instalou, propriamente, como um órgão de aplicação de leis anti-truste, como aconteceu nos

Estados Unidos, mas, diversamente, como órgão de proteção da economia nacional e da economia popular, em significativo processo de resistência às políticas internacionais de expansão industrial e comercial.

A criação coordenada destes organismos " SUNAB e CADE - é a demonstração efetiva de que as políticas de proteção ao consumidor nascem e se desenvolvem, paralelamente, com as políticas de repressão ao abuso do poder econômico, feição lingüística dominante na época para resguardar o mercado nacional. A criação destes dois organismos demonstra que, no Brasil, a defesa do consumidor e a repressão ao abuso do poder econômico caminham coordenadamente, muito embora as bases referenciais daquele período não nos permitam afirmar que tivéssemos uma sociedade de funcionamento concorrencial segura e aberta.

Neste sentido, antes que inclinemos a nossa análise para seu efetivo objetivo, vale ressaltar a similaridade lingüística no Brasil, de origem histórica, com efeitos econômicos e políticos, entre proteção ao consumidor e proteção ao consumo do povo, por um lado, e, por outro, repressão ao abuso do poder econômico e defesa da concorrência. Esta especial evidência, demonstra que a garantia dos direitos do consumidor no Brasil está intimamente associada às políticas de defesa da concorrência, que a legislação dispôs na forma de repressão ao abuso do poder econômico, que, inicialmente (Lei nº 4137/62), incorporava a repressão à concorrência desleal, que, mais tarde (Lei nº 5772/71), a legislação deslocou para o âmbito das questões vinculadas à propriedade industrial.

Muito embora, as políticas concorrenciais no Brasil evoluam a partir das proposições exemplares dos Estados Unidos, consolidadas com o Sherman Act (2 de Julho de 1890) e com Clayton Act (1914), que criou a Federal Trade Commission, que marcam a sua trajetória ante-truste como políticas de repressão à concentração e fusão empresarial, têm uma diferenciativa significativamente voltada para a proteção do mercado interno contra a ação predatória do capital internacional. Da mesma forma, as políticas americanas de proteção ao consumidor são marcadas pelas garantias individuais, se desenvolvem a partir das garantias individuais, diferentemente do Brasil, que, embora especifique posturas de defesa de direitos individuais, mais se define pelos institutos de direitos homogêneos, coletivos e difusos.

Este quadro aumenta a visibilidade à medida que verificamos que o Brasil viveu um longo período de sua história contemporânea, dos anos sessenta até os anos noventa, em que a ação interventiva do Estado permeava todas as atividades econômicas relevantes. Esta situação nos permite afirmar que a proteção ao consumidor dependia da efetiva ação interventiva do Estado e a defesa da concorrência, da mesma forma, das políticas estatais de incentivo ao desenvolvimento de setores específicos do mercado. Estas políticas se expressavam através de ações dirigidas de fomento industrial e do papel controlador do Estado na direção da atividade econômica, cujas principais manifestações foram o tabelamento de preços, o crescimento dos monopólios estatais e a reserva de mercados. Esta especial forma de ação política permitiu o desenvolvimento de uma cultura interventiva apoiada em critérios protecionistas, onde se confundia estabilidade de preços, garantias de mercado e direitos do consumidor com mecanismos de intervenção do Estado.

A segurança do consumidor e a certeza negocial era a segurança e a certeza oferecida pelo Estado, enquanto o mercado apenas disponibilizava riscos.

Por estas razões, identificamos, neste período, uma política de proteção à ordem econômica, ou ao desenvolvimento econômico, essencialmente, patrocinada pela ação interventiva do Estado. Esta ação interventiva se dava basicamente na repressão à formação dos conglomerados industriais e comerciais privados, inviabilizando as atividades de dominação privada do mercado ou lucros excessivos e arbitrários. Esta ação estatal coordenada viabilizou e consolidou o Estado brasileiro de natureza empresarial em detrimento do Estado fiscal ou das políticas de administração direta. A legislação dos anos que antecederam à Constituição de 1988 interrompeu a formação dos monopólios privados, mas, resguardou e consolidou os monopólios empresariais estatais.

Nesses longos vinte anos, ou, quem sabe, nos últimos quinze anos, consolidou-se no Brasil uma economia essencialmente apoiada nos grandes impérios econômicos estatais. Esta especial situação permitiu que o Estado se transformasse num fornecedor essencial de serviços para o consumidor ou na referência de garantia de produtos e serviços pela iniciativa privada. O Estado empresário consolida-se à margem da administração direta, adquirindo, em muitas situações, maior significância na prestação de serviços que a própria administração direta.

Neste contexto de formação e desenvolvimento do Estado empresário, em que a estrutura fiscal da Administração Pública foi quase que absolutamente esvaziada, a estrutura empresarial ou a estrutura técnico-burocrática foi significativamente ampliada. A consequência final deste processo foi o fortalecimento da estrutura empresarial do Estado e o enfraquecimento da estrutura fiscal da administração direta. Paralelamente a este fenômeno da formação dos conglomerados estatais, o próprio poder público, após os anos de 1970, para exercer com maior eficiência o controle de preços, incentivou formações empresariais cartelizadas, permitindo, de certa forma, que a base essencial da vida econômica se cartelizasse.

Neste período da história brasileira, em que os preços estavam controlados e/ou tabelados, desenvolveu-se, na estrutura administrativa, a Comissão Interministerial de Preços " CIP, cuja história está intimamente associada ao período das formações cartelizadas, com significativos efeitos sobre os preços, o consumo, os consumidores e a degenerescência das práticas concorrenciais. Este órgão implementou, na economia brasileira, políticas de superposição às atividades da SUNAB e do CADE, inviabilizando as suas ações corretivas, especialmente porque era no CIP que se definiam e negociavam os preços de insumos e produtos das diferentes entidades empresariais do mesmo ramo ou de fornecimento de serviço. Os preços que não estavam sujeitos a tabelamento eram fixados homogeneamente, dentro de parâmetros, muitas vezes, estranhos às práticas concorrenciais, alheios aos princípios de mercado e afeitos a curvas alienadas e hipotéticas de valores. Na verdade, as entidades produtivas foram sindicalizadas e o mais significativo efeito foi a cartelização do Estado.

A economia brasileira, ao fim dos anos oitenta, apoiava-se em dois pilares: nas grandes empresas estatais e nas estruturas empresariais cartelizadas. Este binômio, todavia, apesar da política de preços controlados, não impediu o crescimento inflacionário, mergulhando o país num período de grandes flutuações monetárias, embora não possamos desconhecer os efeitos desenvolvimentistas dos anos que antecederam a 1980. Os custos dos serviços estatais, fora da ação fiscal do Estado, e o custo dos produtos oferecidos pelas estruturas cartelizadas, definidos na composição fechada do CIP, contribuíram, decisivamente, para a expansão inflacionária, para a perda do potencial concorrencial da economia e para a violação dos direitos do consumidor ao menor preço e à melhor qualidade do produto ou serviço, bases do mercado concorrencial.

Este era o quadro de natureza econômica que se colocava para os consumidores brasileiros à antevéspera da promulgação da Constituição de 1988. Por um lado, nós tínhamos os cartéis privados, que se organizaram dentro do CIP, e cresciam na forma programada pelo próprio CIP e, de outro lado, a economia do país estava dominada pelos grandes conglomerados estatais. Era esse quadro de dificuldades que se colocava para o país do ponto de vista das negociações econômicas e do ponto de vista das negociações políticas de proteção ao consumidor. As práticas desenvolvidas pelo CIP criaram, no Estado brasileiro, uma verdadeira cultura estatista no processo de formação de preços, onde a concorrência e suas regras abertas eram um vício da economia

Novos Paradigmas Constitucionais e Legislativos das Políticas de Mercado no Brasil

A Constituição de 1988 procurou, neste contexto, viabilizar, por um lado, o combate às estruturas cartelizadas e, por outro, a proteção e defesa do consumidor, sem, todavia, definir nítidas políticas de flexibilização para os monopólios estatais de serviço e produção. Ocorre, todavia, que a distância entre os propósitos constitucionais e as práticas interventivas de um Estado cuja política vivia e sobrevivia comprometida com as práticas cartelizadas eram muito grandes e exigiriam iniciativas drásticas para desvincular as práticas dos organismos de combate à repressão e ao abuso do poder econômico e de proteção e defesa do consumidor da cultura estatista que impregnava e se confundia com o próprio mercado.

Assim, a nossa Constituição de 1988, quem sabe pelas circunstâncias históricas de sua promulgação (foi promulgada 1 (um) ano antes da queda do muro de Berlim) e o fracasso das economias estatizadas do leste europeu, refletiu, essencialmente, um acordo entre as grandes corporações estatais e as novas expectativas de viabilização da livre concorrência, de viabilização da economia de mercado. O nosso texto constitucional não contribuiu, naquele momento histórico de 1988, para a quebra da estrutura monopólica do Estado, nem muito menos para a quebra da estrutura empresarial do Estado. Todavia, ele representa uma expectativa significativa de quebrar a política de cartelização que se desenvolveu durante o período do Estado autoritário, de se inviabilizar a política de preços tabelados e de preços cartelizados.

Esta era a situação que identificávamos ao fim da promulgação da Constituição de 1988. Os monopólios, ou a estrutura empresarial estatal, consolidados no texto constitucional, por

um lado, e, por outro lado, a expectativa constitucional de quebrar os cartéis, viabilizando a livre concorrência, viabilizando uma economia de mercado e inviabilizando a presença de trustes ou de situações de dominação na economia brasileira. Da mesma forma, o texto constitucional brasileiro, dando validade constitucional à iniciativa pioneira da Lei de Ação Civil Pública de 1985, abria definitivos espaços para a proteção do consumidor e dos interesses difusos e coletivos.

Foi este quadro constitucional, que, aliás, absorveu e ampliou o espírito da Ação Civil Pública, que permitiu a promulgação da Lei nº 8.078, de 11 de dezembro de 1990, que cria o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), órgão executivo da política nacional de harmonização das relações de consumo, e, em 1991, um ano depois, com a promulgação da Lei nº 8158, de 8 de janeiro de 1991, o seu órgão de subordinação hierárquica a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, a que, também, estava subordinado o Departamento de Proteção e Defesa Econômica DPDE, órgão executivo para a proteção da concorrência e defesa da economia.

A Lei nº 8158/91, na política de redefinição das práticas repressivas ao abuso do poder econômico e fusões e aquisições de empresas, foi alterada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, de contexto mais sólido e com princípios gerais mais rígidos, redefinindo as competências administrativas do Conselho de Administração e Defesa Econômica " CADE, como autarquia, e da SDE, assim como o catálogo de práticas abusivas. Fundamentalmente, a SDE perdeu a competência para a apreciação exclusiva das fusões empresariais para desenvolvê-las em sintonia com o CADE, rompendo as expectativas da Lei nº 8158/91, que lhe atribuía competência exclusiva na apreciação de fusões, e com a Lei nº 4137/62, que se lhe incluía entre as práticas abusivas.

Dentro deste novo contexto, a Lei nº 8078/90 e a Lei nº 8884/94, transformaram-se nos novos pilares legislativos da harmonia do funcionamento do mercado e da vida econômica brasileira moderna; os dois novos pilares de proteção e defesa, por um lado, do consumidor e, por outro, da concorrência. Trinta anos depois repete-se o fenômeno de 1962: a proteção ao consumidor na legislação e na história brasileira está intimamente associada à proteção à concorrência, às garantias mínimas de viabilização do mercado produtor e consumidor, não apenas no espaço temporal, mas também, na interconexão dos dispositivos legais.

A promulgação do Código do Consumidor em 1990 e da Lei de Concorrência em 1991/1994 se não são os indicativos de grandes avanços legais para se flexibilizar a estrutura estatal da economia são indicadores necessários para se viabilizar uma economia concorrencial voltada para a garantia dos direitos do consumidor. O que se espera, ou o que se presume, é o que o Código do Consumidor representará, a médio prazo, uma das mais importantes conquistas da história moderna da cidadania brasileira. Este Código, na verdade, é o primeiro documento da história nacional que colocou, para o cidadão brasileiro, o significado e os efeitos da adaptação das políticas de desenvolvimento econômico e social à economia de mercado, desvinculando-se dos objetivos protetivos do Estado.

O Código do Consumidor nos permite afirmar que o consumidor deve buscar proteção para os seus produtos, para a qualidade dos seus produtos, para a segurança dos seus produtos e

para as condições razoáveis de preço, no mercado, no aberto e pleno funcionamento do mercado. O Estado só deve resguardar-se para prevenir, reprimir e punir a abusividade. Esta é a filosofia que preside o nosso Código do Consumidor: as garantias essenciais do consumidor não estão nas políticas interventivas, mas no incentivo às políticas concorrenciais, onde os preços e a qualidade dos produtos se definem em função dos princípios essenciais de competitividade. Todavia, para se alcançar estes resultados, é fundamental a descartelização do Estado, cujos resultados práticos ainda são muito incipientes devido às resistências burocráticas internas e corporativas.

O espírito do Código está na expectativa que o consumidor se adapte, busque caminhos e formas de entender e perceber que o mercado é o instrumento de sua proteção, é no mercado que ele vai encontrar condições de garantir o seu preço e a qualidade do seu produto ou serviço. Estas conquistas serão alcançadas através de uma sociedade de mercado, de uma organização econômica que funcione em condições concorrenciais razoáveis e equilibrada política de preços e segurança cambial. Os padrões de viabilização concorrencial são imprescindíveis à proteção adequada do consumidor, a única formulação eficaz para se evitar mecanismos de tabelamento, controle e intervenção na economia, que, no passado, demonstraram a sua inviabilidade.

Todavia, para se evitar que o Código do Consumidor, e seus regulamentos, possa ter efeitos que provoquem o garroteamento da média e pequena empresa é imprescindível a ruptura dos acordos entre compartimentos do Estado e a grande empresa, ou mesmo com setores monopolizados do Estado. O Estado cartelizado inviabiliza as condições de competitividade das pequenas e médias empresas, fragilizando, por um lado, a sua capacidade preventiva e repressiva, e, permitindo, por outro lado, que os produtos de grandes empresas fragmentem o potencial negocial dos mercados de expansão natural.

Estes objetivos, todavia, só se tornaram possíveis de alcance, porque o Código do Consumidor permitiu, especialmente, a superação definitiva da exclusiva proteção individual de direitos. A nossa tradição processual era uma tradição de proteção de direitos individuais. Nós não tínhamos uma tradição visível, clara, na nossa legislação, exceto em alguns aspectos da legislação trabalhista, da proteção coletiva e da proteção de direitos difusos, mesmo nos casos de direitos homogêneos. A nossa Constituição de 88 criou o ambiente propício para a proteção processual de interesse coletivos, de interesses mais amplos e extensos da sociedade, de proteção da cidadania difusa. Esta proteção, quem sabe, juntamente com a Lei da Ação Civil, de 1985 (viabilizada, mais efetivamente, do ponto de vista constitucional, em 88), alcança, digamos assim, um sentido mais amplo, a partir do Código do Consumidor, com a viabilização da proteção processual, não mais, apenas, de interesses de natureza individual, mas, também, de interesses difusos, coletivos e homogêneos.

A questão da proteção individual suplementada com a proteção dos interesses homogêneos dentro do Código do Consumidor, na administração pública, e nos tribunais, talvez seja uma das suas contribuições mais importantes. Este é um Código que procurou, não apenas viabilizar a proteção individual do consumidor, mas procurou, por outro lado, viabilizar a proteção do interesse coletivo. O Código do Consumidor é um dos poucos documentos jurídicos do mundo que possivelmente tenha alcançado mecanismos capazes de viabilizar

essa proteção do interesse geral, do interesse coletivo e do interesse difuso. O Código do Consumidor tornou possível a discussão judicial dos interesses complexos socialmente irrenunciáveis.

Por outro lado, este Código traz como mudança de fundamental importância a inversão do ônus da prova permitindo-nos, afirmar, que a relação de consumo é uma relação jurídica *sui generis*. Na relação jurídica clássica não há presunção de culpa, mas na relação jurídica de consumo a presunção é a culpa do fornecedor que, por sua vez, fica com a responsabilidade da prova. Responsabilidade objetiva e ônus da prova são situações inseparáveis, assim como estão na direta correlação da proteção dos interesses metaindividuais. Com o Código a questão do ônus da prova transformou-se em uma questão fundamental de conquista, não apenas jurídica, mas, também, social, e, muito especialmente, para a classe média, e, principalmente, para os consumidores no seu sentido amplo.

As possibilidades protetivas do Código do Consumidor ampliaram-se significativamente com a revogação do Decreto nº 861, de 9 de julho de 1993, que houvera implantado mecanismos burocráticos de retração das proposições do Código, e a conseqüente promulgação do Decreto nº 2181, de 20 de março de 1997, que, definitivamente, descentralizou a aplicação do Código redefinindo as políticas de competência e fortalecendo o papel dos órgãos estaduais e municipais de proteção e defesa do consumidor.

O velho regulamento, comprometido com as práticas interventivas de fiscalização, e apoiado em procedimentos apuratórios, basicamente voltados para a apreciação administrativa de infringências individuais do Código, subtraiu-lhe a vocação de defesa dos direitos coletivos, difusos e homogêneos, assim como instaurou um verdadeiro e inóspito centralismo de fiscalização. Esse sistema, na forma legislativa regulamentar, incentivava um verdadeiro cipoal de recursos que transformava as políticas de proteção ao consumidor em proposições vazias de frágeis resultados práticos.

Na verdade, o velho regulamento, voltado para modelos fechados de fiscalização, apoiados em políticas de tabelamento e monitoramento, rigidamente controlados pela União, estava dificultando a reacomodação dos órgãos federais de defesa do consumidor " DPDC/SDE, SUNAB, INMETRO, DNC etc. " às novas práticas de mercado, que exigem uma fiscalização mais ágil, apoiadas em modelos mais flexíveis e mais confiantes no mercado, conforme a proposta do Código do Consumidor. O novo regulamento, agora vigente, preocupado em viabilizar o Brasil como uma democracia de consumo, criou as condições básicas para uma efetiva implantação do Sistema Brasileiro de Defesa do Consumidor (SBDC), incentivando práticas descentralizadas de fiscalização e sanção (inclusive recolhimento de multas) comprometidas com a estrutura federativa do Estado brasileiro.

Este mesmo regulamento dá aos órgãos municipais de proteção ao consumidor (onde efetivamente vive o cidadão), e aos órgãos estaduais, reais competências para implementar a política nacional da proteção ao consumidor definida pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor " DPCD/SDE ", órgãos do Ministério da Justiça e seus conselhos assessores, que ficaram também com a competência para dirimir conflitos de interesses coletivos e difusos ou de divergências entre os Estados federados.

Por outro lado, a par de incentivar a proteção processual da cidadania difusa e coletiva, sem desprezar a proteção às demandas de natureza individual, este novo decreto, depois de redefinir e consolidar os dispositivos sobre práticas infrativas (com este neologismo de garantia das inovações) e cláusulas abusivas dispersas no Código, amplia as oportunidades de realização dos "compromissos de ajustamento" entre o poder público e as empresas. O novo regulamento, preocupado em viabilizar condições estáveis de fornecimento de produtos (e serviços), como garantia de direitos, assim como o Código admite o cadastro aberto de caráter público de devedores, permitirá, como fundamento funcional de uma democracia de consumo, a criação e implantação do cadastro de fornecedores, especial forma de proteger o mercado das violações abusivas e garantir o reconhecimento público das empresas que buscam cotidianamente melhorar a qualidade e segurança de seus produtos (serviços) com padrões de preços acessíveis a todos os cidadãos.

Finalmente, esse novo Decreto, reconhece o papel educativo e de representação das entidades civis de defesa do consumidor em juízo e administrativamente, permitindo-lhes ampliar o seu papel positivo na consolidação da ordem democrática e, muito especialmente, do projeto de construção de uma democracia de consumo no Brasil. Esta linha de observação é muito importante porque fica evidentemente demonstrado que a defesa do consumidor reflete uma ação coordenada entre o Estado e as entidades civis, principalmente considerando que o livre jogo do mercado exige a livre organização associativa e que o Estado não se organiza como Estado do produtor ou do consumidor, mas como agente de harmonização das relações de consumo entre produtor e consumidor.

Consetânea com esta orientação, foi baixada a Medida Provisória nº 1575, de 4 junho de 1997, reeditada, na forma da Medida Provisória nº 1575-3, de 29 de agosto de 1997, (e outras sucessivas) que extingue a Superintendência Nacional de Abastecimento "SUNAB", reconhecendo o novo papel a ser desempenhado na economia brasileira pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), vinculado à Secretaria de Direito Econômico (SDE), na forma da Lei nº 8078/90, o mesmo organismo a que se vincula o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) que executa a política brasileira de defesa da concorrência, na forma da Lei nº 8884/94, como já observamos. Novamente, como se verifica a ação articulada entre estes órgãos é o indicativo da ação coordenada de governo.

Esta especialíssima situação confirma a tendência das políticas brasileiras destinadas à proteção coordenada da concorrência e das relações de consumo, e, ao mesmo tempo, confirma a necessidade de se manter articulada a defesa e proteção do consumidor e da concorrência. Esta vinculação articulada é a efetiva demonstração que a eficiência das políticas concorrenciais de prevenção e repressão ao abuso do poder econômico não estão dependentes da ação do Estado, mas da ação articulada dos organismos de defesa e proteção das relações de consumo.

Todavia, por outro lado, é fundamental que, para viabilizar estes mecanismos de direito, não se prejudique e inviabilize a pequena empresa. Temos que ter ciência dessa questão para que os mecanismos de defesa do consumidor, resguardem, também, a economia artesanal e a economia doméstica, diante desses novos padrões e conquistas estabelecidas

pelo nosso Código. O Código do Consumidor não pode transformar-se num instrumento que viabilize, exclusivamente, as empresas que respondem aos seus propósitos. Esta é a sua dimensão paradoxal, qualifica condições de avanço jurídico e econômico, mas pode por em risco o mercado interno. Por estas razões são necessárias políticas que resguardem a qualidade dos produtos e serviços e a competitividade dos preços das pequenas e médias empresas como forma de resguardar-se as conquistas do próprio Código e a sua utilização como reserva residual do mercado pelos grandes conglomerados econômicos.

Efeitos das Políticas Brasileiras de Mercado no Mercosul

Os presumíveis efeitos de reversão do ônus de prova e da implantação da responsabilidade objetiva como pressuposto contratual sobre as economias nacionais é o principal problema que enfrenta os nossos aliados do MERCOSUL " argentinos, paraguaios e uruguaios As condições de assimilação das proposições de nosso Código são significativas, mas a questão do ônus da prova e a questão da responsabilidade objetiva ainda não encontraram os pontos de acordo com as legislações nacionais destes países onde a influência civilista tradicional é decisiva, aliás, semelhantemente, ao que ocorre no interior do Brasil. Isto significa que um Protocolo sobre as relações de consumo no MERCOSUL, sem que se reconheça esses dois institutos, e sem a possibilidade da proteção coletiva, difusa e homogênea, atrelada aos pressupostos civis da proteção exclusiva de direitos individuais, pode ser impossível ou de viabilização jurídica complexíssima.

As economias destes países, senão predominantemente, significativamente, como no interior do Brasil, são economias aonde ainda predominam iniciativas de natureza local, de características domésticas e artesanais. Neste sentido, sem que se desenvolvam mecanismos de defesa da economia doméstica e local, em vários aspectos divergentes da tradição jurídica dos contratos, e explícita adesão à teoria da responsabilidade objetiva e da inversão do ônus da prova e da proteção coletiva de direitos, pode colocar em risco amplos espaços da vida econômica dos países do cone sul.

Os documentos preliminares do MERCOSUL ainda são documentos apoiados na concepção jurídica clássica, dominados pelos efeitos dos tradicionais institutos de proteção civil e processual civil extensivos à proteção do consumidor, mas desvinculados da proteção jurídica ao consumidor no sentido moderno definido pelo Código brasileiro. Esta ainda é uma das insuficiências das nossas negociações no MERCOSUL, mas é o caminho, do ponto de vista de nossos vizinhos, que presumem, poderá protegê-los, proteger sua economia interna, a sua economia doméstica, ainda, de natureza local e artesanal, o que se assemelha, como observamos, á economia interna nacional.

Guardadas as proporções com a economia mundial este é o problema das economias, das economias em processo de integração: a sintonização ou harmonização das legislações com as práticas comerciais globais e a conseqüente articulação destas práticas com as economias de pequeno porte. O problema da globalização das economias gerou uma situação econômica diferenciada. O consumidor brasileiro consome hoje o mesmo produto que o consumidor filandês e que, com certeza, vai consumir o mesmo produto ou serviço que o consumidor russo. Estamos diante de uma situação interessantíssima, de novos limiares da

vida econômica e de novas situações para a vida econômica e a proteção do consumidor. O importante, todavia, é o desenvolvimento de mecanismos que permitam a implementação dos propósitos do Código do Consumidor e viabilizem os protocolos do Mercosul, garantindo as condições de competitividade das pequenas e médias empresas.

Neste sentido, o grande problema que se coloca para o poder público é a necessária viabilização jurídica de práticas comerciais que sintonizem as políticas concorrenciais internas, o processo de integração e as políticas de globalização. Esta é a questão que se coloca para os dias modernos: a harmonização da globalização das relações de consumo e a proteção dos pequenos e médios produtores. Este é o limiar das nossas futuras discussões, mas temos um documento jurídico absolutamente preparado para permitir o ingresso do Brasil nesses novos padrões de discussão sobre os direitos do consumidor e o comércio internacional permitindo que o Mercosul caminhe cautelosamente para identificar estes propósitos na definição de seus objetivos.

Recentemente o Presidente da República do Brasil afirmou em ato público: "o setor público precisa se adaptar ao mercado", assim como, entendemos, o setor público de cada país precisa criar as condições gerais para que os mercados locais e nacionais venham a se adaptar e integrar aos mercados regionais e globais. A colocação complementar é, exatamente, e, realmente, um dos grandes problemas da Administração Pública, não apenas brasileira, mas dos países do cone sul do continente.

O Estado brasileiro tem uma índole e uma vocação intervencionista. Para que o Estado brasileiro viabilize uma eficiente e competitiva economia de mercado tornou-se necessário desarticular um verdadeiro império de resistência dentro de toda a administração pública em todos os patamares da administração. O vício corporativo e o ranço intervencionista ainda são os indicadores da economia política brasileira, mas os instrumentos interventivos utilizados no passado para fixar preços e definir políticas de controle não são os instrumentos convenientes para viabilizar políticas públicas de abertura do mercado. O mercado não será viabilizado através dos mesmos instrumentos de intervenção que mutilou a história nacional recente, mas através de pactos de compromisso e desempenho entre os agentes econômicos nacionais e os organismos públicos internacionais, viabilizando políticas concorrenciais regionais e globais e, ao mesmo tempo, as garantias de qualidade dos produtos da pequena e média empresa.

Estamos num momento crucial da viabilização da economia de mercado no Brasil e, nos países do cone sul, e do continente, mas os estados nacionais precisam sofrer mudanças estruturais profundas, precisam evoluir dos seus propósitos interventivos, da sua estrutura de vocação empresarial para, a curto prazo, tendo em vista a viabilização de economias de natureza concorrencial e as expectativas de uma economia aberta, construir sólidas estruturas fiscalizadoras e regulatórias, como instrumentos fundamentais à proteção do consumidor e da concorrência, dimensionando políticas de natureza preventiva e não apenas repressiva. O Estado empresário e intervencionista que dominou as economias do cone sul e, muito especialmente, o Brasil, precisam urgentemente serem substituídos pelo Estado fiscal e regulador, abrindo espaços de mercado e garantindo a competitividade entre as grandes empresas e entre as grandes e as pequenas e médias empresas.

O Protocolo Mercosul da Concorrência " perspectivas e paradoxos

Procurando ultrapassar estas linhas de dificuldades, que também caracterizam os países latinos, especialmente do cone sul, a partir do traçado de novas políticas de regionalização da economia, os presidentes de Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai assinaram em Fortaleza o Protocolo Mercosul de Defesa da Concorrência como uma das conclusões da 11ª Reunião do Conselho Mercosul (1996), que poderá se transformar no mais importante documento das políticas concorrenciais na América do Sul. No seu preâmbulo introdutório dispõe o documento sobre a importância da livre circulação de bens e serviços entre os Estados partes como pressuposto de adequada política concorrencial, a igualdade de condições concorrenciais entre os países, o crescimento equilibrado e harmônico das relações comerciais intrazonais e a necessidade de se estabelecerem diretrizes que assegurem o livre acesso ao mercado e a distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração econômica.

Países tradicionalmente marcados pelas políticas protecionistas e de reserva de mercados, inclusive pela competição desordenada, e sucessivas restrições mútuas de mercado, evoluíram para a produção harmônica de um documento que tem o destino de se consagrar como um texto histórico, não apenas pela sua novidade hemisférica, mas, principalmente, porque representa uma tomada de posição sobre um projeto econômico de amplos efeitos para o mercado e para a vida política latino-americana, livre de propósitos intervencionistas e estatais. Esse Protocolo, realmente, é um indicador significativo de que esses países precisam acreditar em suas empresas e no seu efetivo desempenho de mercado, dispostos a evitar retaliações e ações concorrenciais abusivas.

Os princípios centrais que norteiam o Protocolo são a obrigação mútua de defenderem as regras de concorrência como regras da convivência econômica e a rejeição de todas as ações coordenadas que venham a prejudicar a livre iniciativa e os pressupostos essenciais de mercado, com a finalidade de consolidar a união aduaneira entre a Argentina, o Brasil, o Paraguai, o Uruguai e, muito proximamente, o Chile, submetendo, inclusive, às regras da concorrência os monopólios legais. Este decisivo e significativo avanço na proposta de convivência comercial no Mercosul exige, no entanto, confiança mútua, estabilidade cambial e monetária e propósitos objetivos de integração.

Para alcançar ou resguardar esse princípio essencial, o Protocolo indica as condutas e práticas restritivas de mercado que tenham por objetivo limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado de bens ou serviços no âmbito do Mercosul. Consequentemente, define os diferentes instrumentos administrativos e comerciais destinados a interromper as atividades infrativas e a viabilizar pactos de crescimento e desenvolvimento empresarial. Na forma do Protocolo, sempre que se tornarem impossíveis os compromissos de cessação de práticas infrativas entre os governos e as empresas, os órgãos de aplicação intergovernamentais poderão limitar as ações comerciais das empresas infratoras por meio

de medidas preventivas e/ou impedir a sua participação em concorrências públicas e, mesmo, submetê-las a multas significativas.

Para aplicar essas sanções corretivas, esse mesmo documento cria o Comitê de Defesa da Concorrência, que funcionará junto à Comissão de Comércio do Mercosul, para encaminhar soluções de controvérsias e conflitos que envolvam questões concorrenciais, coordenadamente com os órgãos nacionais de defesa da concorrência dos Estados-partes, na aplicação das medidas preventivas ou multas. O Comitê decidirá com base nos Protocolos de Defesa da Concorrência, de Ouro Preto e Brasília, que já prefixaram procedimentos e competências da Comissão de Comércio do Grupo Mercado Comum.

Por outro lado, o Protocolo, retratando uma das tendências do moderno direito de defesa da concorrência, fixou cláusulas de orientação sobre as fusões e incorporações empresariais futuras, que, sob qualquer forma manifestada, possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado regional relevante de bens e serviços, cujos interesses têm presidido as tendências da integração econômica do Mercosul. De qualquer forma, muito embora o Protocolo seja bastante explícito na definição das práticas ante-concorrenciais, não ficou suficientemente fechado na definição das políticas do cone sul para as fusões e incorporações empresariais.

Finalmente, esse Protocolo, a par da sua importância para o comércio interzonal, redefine as práticas de integração entre os povos do Mercosul e instaura um período de confiança nos rumos da América do Sul, rompendo o bloqueio estatista e instaurando novas políticas de convivência corporativa.

Conclusão

Na verdade, com este trabalho, procuramos, essencialmente, marcar uma posição no processo evolutivo da legislação brasileira sobre a concorrência e a proteção do consumidor, indicando as suas características, e especificidades e a sua influência e condições de convivência com os países do Mercosul. O nosso estudo deixa absolutamente evidente que a legislação brasileira se desenvolveu numa linha evolutiva especialíssima, acentuadamente voltada para garantir as condições de funcionamento do mercado interno e as ações empresariais estatais resistentes as políticas de expansão capitalista internacional.

Todavia, procuramos, também, indicar as posturas das novas legislações que reorientaram a política de proteção ao consumidor e de convivência concorrencial com as políticas de regionalização e globalização a partir dos anos de 1990. Nesta especial dimensão, fica, suficientemente claro, em nosso estudo, as possibilidades de sintonização entre as leis brasileiras de concorrência e as leis dos demais países do Mercosul, exceto no que se refere à fusão de empresas. Por outro lado, devido às fortes influências da legislação civil nos países do cone sul sobre as relações de consumo o nosso trabalho acentua as dificuldades de sintonização legislativa para o desenvolvimento de políticas comuns.

Finalmente, apesar das dificuldades indicadas para se viabilizar políticas comuns de relações de consumo no cone sul apresentamos em linhas gerais o Protocolo Mercosul da

Concorrência que, efetivamente, demonstra as condições da convergência de políticas concorrenciais e de repressão ao abuso do poder econômico. Desta forma, nos limites propostos para um artigo acadêmico demonstrativo, excluídas as preocupações analíticas de profundidade, entendemos que os nossos objetivos foram alcançados e contribuirão para a consolidação dos estudos sobre este importante tema, principalmente, para as políticas de integração dos países americanos.

*Professor de Direito Econômico e Sociologia Jurídica do Mestrado em Direito da UNESA. Professor Concursado da UNIRIO.

Autor do Dicionário Brasileiro de Propriedade Industrial.

Disponível em: <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista3/artigo3.htm>

Acesso em: 12 de julho de 2007