

O DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA APLICÁVEL ÀS EMPRESAS ARTS. 101, 102 E 106, TFUE2010¹

Marcelo De Nardi

Juiz Federal

Doutor em Direito Privado, UFRGS

Especialista em Direito Internacional, UFRGS

Palestrante na Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO: Abreviaturas. Introdução. I. Descrição dos conteúdos. A. Conteúdo pontual. B. Conteúdo sistemático. II. Interpretação dos conteúdos. A. Conceitos individuais. B. Conceitos em sistema. Conclusões.

INTRODUÇÃO

O Direito de Concorrência² apresenta desenvolvimento importante no âmbito da União Europeia. A experiência na operação de seus institutos³ resultou em valiosos ensinamentos, registrados na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, nas decisões da Comissão Europeia, e cristalizada na legislação da União Europeia⁴.

Este estudo tem por objeto investigar os dispositivos do *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia* - TFUE2010⁵ que visam

¹ Monografia apresentada como tarefa da disciplina *Direito Comunitário da Concorrência*, ministrada pelo Professor Doutor Augusto Jaeger Junior no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS, no primeiro semestre de 2006. O texto foi atualizado para o ano de 2013, com adaptação à consolidação de 2010 do Tratado da União Europeia (Tratado de Lisboa) e do Tratado de Funcionamento da União Europeia, revisão de referências e consulta a precedentes atualizados.

² entendido como o ramo jurídico encarregado de estudar os instrumentos de proteção de um mercado para garantia: 1) do livre acesso ao mercado; 2) da lealdade nas disputas pela exploração do mercado; e 3) da proteção ao consumidor.

³ que se vem estendendo desde a fundação da Comunidade Europeia para o Carvão e o Aço, em 1951 (JAEGER Junior, Augusto. *Liberdade de Concorrência na União Europeia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006. Tese de Doutorado UFRGS, p. 50).

⁴ O *Direito da União Europeia*.

⁵ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia, e Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Lisboa. 13dez.2007. (EUR-Lex 12010M/TXT, Jornal Oficial da União Europeia 2010/C 83/01, 30mar.2010). Em vigor em 1ºdez.2009. Versão consolidada, em Língua Portuguesa.

preservar a concorrência entre empresas, disciplinando sua coexistência e prevenindo as atividades colusórias ou concertadas. Concentrar-se-á a atenção no art. 101 do TFUE2010, sem olvidar referências aos arts. 102 e 103 e a outros dispositivos pertinentes.

Não se tratará aqui do tema das *ajudas públicas*, ou seja, dos subsídios oferecidos pelos Estados-membros para estimular a geração de riquezas. O tópico está relacionado aos arts. 107 e segs. do TFUE2010, e também tem importante prescrição no art. 106. O interesse aqui é a situação das empresas privadas reciprocamente consideradas, as interações entre elas.

Não há, tampouco, detalhes de natureza processual ou procedimental para utilização dos remédios jurídicos de proteção da concorrência. A par de o tema não apresentar maior complexidade imediata, a omissão não prejudica a compreensão dos conceitos materiais relevantes para o exame proposto. Para um início de pesquisa sobre o tema, indica-se consulta ao *Regulamento das Concentrações Comunitárias*⁶.

A apresentação está dividida em duas partes principais: uma descritiva e outra interpretativa. Na descrição se examinam os conceitos individualmente considerados, e posteriormente a inserção sistêmica desses conceitos na estrutura do TFUE2010. Na parte interpretativa os conceitos isolados são retomados para esclarecer-lhes o conteúdo aplicado na cultura jurídica da União Europeia, e se passa a apresentar os modos de operação com esses conceitos.

O método de pesquisa se restringiu a revisão bibliográfica e exame de normativa e jurisprudência da União Europeia. Quanto à bibliografia - escassa, como é evidente do rol ao final - vale destacar que todos os doutrinadores a que se teve acesso produzem seus comentários a partir das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, seguindo uma tradição muito própria da *common law*. Por essa razão se circunscreveu a revisão bibliográfica aos autores mencionados, concentrando esforços no conhecimento das decisões judiciais que resolveram as questões conceituais mais relevantes. A metodologia aplicada encontra o escopo

⁶ UNIÃO EUROPEIA, Conselho. *Regulamento das concentrações comunitárias*: Reg(CE) 139/2004. Bruxelas, 2004. (EUR-Lex 32004R0139, Jornal Oficial n° L 024, de 29jan.2004, p. 1-22).

substancial do estudo, pois o que se busca descobrir são os significados dos termos usados no art. 101 do TFUE2010.

I. DESCRIÇÃO DOS CONTEÚDOS

Esta primeira parte se propõe a apresentar os conteúdos relevantes da situação legislativa presente, colorida com acréscimos de relevância política e principiológica.

Não se examinam conceitos jurídicos objetivos. A ideia é traçar um suporte para compreensão dos institutos específicos a serem apresentados na parte *II Interpretação dos conteúdos*.

A. CONTEÚDO PONTUAL

As normas de proteção da concorrência na União Europeia estão concentradas nos arts. 101 a 109 do TFUE2010, principalmente. Há, nesse contexto, três grandes áreas regulamentares, no que se refere à imposição sobre as empresas:

1. *disciplina da atuação das empresas em ambiente concorrencial;*
2. *controle das empresas em situação dominante de mercado; e,*
3. *atuação pública sobre a concorrência de mercado, através de empresas públicas ou da oferta de incentivos ou subsídios.*

A primeira área está regulamentada através do art. 101 do TFUE2010, e sua normativa procura definir e coibir as situações em que as empresas atuando em conjunto possam estabelecer práticas contrárias à livre concorrência.

A técnica de apresentação legislativa enuncia, na cabeça do artigo, o valor a preservar: o *mercado interno*. A ideia de livre e salutar concorrência é, pois, inerente a um dos objetivos mais caros da União Europeia, e com essa importância deve ser tratada a questão. As ações contrárias ao princípio são tidas por *proibidas*, completamente ilícitas, e reputadas nulas (nº 2 do art. 101 DO TFUE2010). O texto cuida também de definir o ambiente mercadológico importante para avaliar a deformação - *o comércio entre os Estados-Membros* - e de indicar a necessidade de haver objetivo específico de modificar as condições de concorrência.

As alíneas *a) a e)* do nº 1 do art. 101 do TFUE2010 contêm as ações das empresas que são objeto de controle. Estabelece-se uma lista de ações consideradas violação concorrencial que possam ser praticadas por *acordos entre empresas*. Essa lista descreve as práticas colusórias mais conhecidas e reiteradas na experiência humana. Ali estão a fixação de preços, as quotas de produção ou de compra, a repartição de mercados, a fixação de preços na operação subsequente, as condições suplementares.

Culmina o tratado por estabelecer no nº 3 do art. 101 uma possibilidade de exceção, uma “válvula de escape” ao órgão de controle da concorrência⁷, para situações em que o valor de preservação do mercado possa ser melhor perseguido com a superação das normas abstratas de proteção da concorrência. A experiência ruínosa de impor normas rígidas em economia de mercado levou à sábia decisão de fornecer possibilidades de superação da regra aparentemente violada para o atingimento de maior eficiência do mercado a longo prazo.

O *art. 102* afirma o combate ao abuso de posição dominante assumida por alguma empresa. Não são desconhecidas as situações de “monopólio natural”, ou “monopólio por vantagem tecnológica”, que não resultam propriamente de violações do direito de concorrência em abuso de posição dominante, mas sim de maior eficiência no atendimento de determinada necessidade mercadológica.

A contrariedade ao valor *mercado interno* - expressa no enunciado - não está na *posições dominantes no mercado*, mas sim no *abuso* dessa posição dominante de modo a impor aos demais participantes da estrutura mercadológica a submissão a efeitos reconhecidamente violadores da concorrência. Não é o fato do domínio de mercado que torna a ação ilícita, mas o abuso do poder para estender e manter esse domínio, submetendo outras empresas e controlando o *mercado interno* ou *parte substancial deste*.

A ação pode se dar por uma única empresa que detenha a posição dominante ou por um grupo de empresas que, juntas, controlem determinada etapa da cadeia de produção ou de comercialização.

⁷ Seja ele o órgão nacional do Estado-membro, ou a própria Comissão Europeia.

O *art. 106* regula o tema das *empresas públicas* para conduzir a ação econômica dos Estados-membros sobre o mercado de forma a não macular a concorrência. A difícil tarefa do legislador - e consequentemente do intérprete - é entender nesses casos até que ponto a iniciativa econômica do Estado pode violar as regras gerais de concorrência sob o fundamento de exercício de poder estatal de controle econômico. A discussão sobre o tema gera imensas dúvidas, e confronta as mutáveis concepções do que seja aceitável em termos de ação afirmativa do Estado sobre a economia.

A regra geral, todavia, é a de que qualquer iniciativa econômica do Estado-membro, seja através de *empresas públicas* ou de *empresas a que os Estados-membros concedam direitos especiais ou exclusivos*, deve obedecer aos critérios de proteção da concorrência estabelecidos nos arts. 101 e 102. Tais regras sempre serão mitigadas quando as empresas se revelarem instrumentos de atuação estatal mais característica do poder de polícia do que da ação de fomento do desenvolvimento econômico.

B. CONTEÚDO SISTEMÁTICO

A inserção sistemática dos conteúdos de proteção da concorrência entre empresas no âmbito do TFUE2010 é decisiva para uma hermenêutica satisfatória, mais considerando que as decisões nessa matéria não são passíveis do maniqueísmo do “certo ou errado”. Os objetivos e princípios da União Europeia devem ser permanentemente observados em todas as etapas de investigação das questões jurídicas, por implicar seu exame um elevado grau de discricionariedade e antecipação de efeitos futuros de mercado, áreas reconhecidamente imprecisas.

As normativas em exame estão inseridas “topograficamente” na Parte III do TFUE2010, que enuncia *As Políticas e Acções Internas da União*, sob o Título VII - *As Regras Comuns Relativas à Concorrência, à Fiscalidade e à Aproximação das Legislações*. Nessa parte estão também registradas as quatro liberdades fundamentais do direito comunitário: a *livre circulação de mercadorias* (Título II da Parte III do TFUE2010), de *peçoas*, de *serviços*, e de *capitais* (Título IV da Parte III do TFUE2010). A proteção da concorrência aparece logo a seguir da regulação das *quatro liberdades*, com mediação lógica da definição do *Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça* (Título V da Parte III do TFUE2010) e da política

de *Transportes* (Título VI da Parte III do TFUE2010), matérias de essencialidade prática para realização das liberdades anteriores.

A proximidade enunciativa chancela a tese de Augusto Jaeger Junior de que a proteção da concorrência deve ser caracterizada como *a quinta liberdade econômica fundamental* da União Europeia⁸.

Os arts. 101, 102 e 103 iniciam o Capítulo I (*As Regras de Concorrência*), do Título VII da Parte III do TFUE2010, importante tópico do ponto de vista do controle estatal sobre a atividade econômica. Veja-se que o título agrupa itens cuja harmonia regulatória é extremamente desejável para plena eficácia de seus preceitos: os agentes econômicos sempre consideram como custos o marco regulatório efetivo a que estejam sujeitos.

O capítulo sobre *As Regras de Concorrência* está dividido em duas seções: uma dedicada *Às Regras Aplicáveis às Empresas*, englobando os arts. 101 a 106; e a outra disciplinando *Os Auxílios Concedidos pelos Estados*, o que inspira o recorte do tema já enunciado na

Introdução.

Toda a regulamentação referida acima tem como fundamento os princípios do TUE2010⁹. A carga principiológica do art. 3º do TUE2010 deve ser utilizada para orientar a proteção da concorrência como objetivo a ser fortemente perseguido, tanto em uma leitura pontual dos vocábulos utilizados quanto em uma leitura complexa e sistêmica.

A determinação de perseguir o objetivo de proteção da concorrência é instrumentalizada na al. *b* do nº 1 do art. 3º do TFUE2010, que outorga exclusivamente à União a competência para o *Estabelecimento*

⁸ JAEGER Junior, Augusto. *Liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006. Tese de Doutorado UFRGS. p. 310: [...] *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.*

⁹ CELLI Jr., Umberto. *Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 63: [...] *Tanto a Comissão como o Tribunal têm interpretado as normas específicas de concorrência com base nas disposições dos aludidos artigos 2 e 3 do Tratado.*

A referência do autor era aos artigos do Tratado da União Europeia vigente até 30nov.2009, e hoje encontra registro especialmente no art. 3º do TUE2010 e nos arts. 7º a 14 do TFUE2010.

das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno. Há evidente rumo a seguir, e as instituições devem atuar positivamente no estabelecimento de condições de controle concorrencial para preservar a atuação e ingresso no mercado em condições equitativas. O próprio preâmbulo do TFUE2010¹⁰ estabelece como necessidade a ser atendida a de preservar a *lealdade na concorrência econômica*, fator determinante de se prever uma *ação concertada* para garantia desse efeito.

De se observar, nesse quadrante, que houve alteração no que respeita às competências legislativas em matéria de concorrência. Os Estados-membros, pelo Tratado de Lisboa de 2007 (em vigor em 1º dez. 2009) transferiram integralmente à União a competência regulamentar nessa matéria, não mais se reservando qualquer possibilidade de deliberação regulatória. O movimento revela uma intenção maior de fortalecimento da União e do mercado interno, concebido cada vez mais como um espaço europeu sem interrupções, e verificando que o fenômeno de violação de concorrência se propaga por todo esse mercado. A uniformidade das normas favorece a percepção universal do mercado interno, e evita a formação de ambientes regionais eventualmente protetivos de práticas anticoncorrenciais.

A disciplina de proteção da concorrência, no Direito da União Europeia, assim como em qualquer outro sistema de poder estatal, tem por objetivo primário o aumento da eficiência econômica, atuando sobre o mercado de forma a permitir maior bem estar do consumidor em função de uma utilização de recursos produtivos da melhor maneira possível¹¹. Esta é a justificativa primordial da interferência do Estado nas condições de mercado, de modo a proteger o consumidor e as próprias empresas da concentração de poder econômico, da dominação de mercado¹². A

¹⁰ [...] *RECONHECENDO* que a eliminação dos obstáculos existentes requer uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão econômica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência, [...]

¹¹ CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. *EU Law: text, cases and materials*. 3ª ed. Nova York, EEUU:Oxford University Press, 2004, p. 936.

¹² CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. *EU Law: text, cases and materials*. 3ª ed. Nova York, EEUU:Oxford University Press, 2004, p. 937.

conformação do TFUE2010 reconhece e valoriza a importância desse controle para o estabelecimento de um *mercado interno*, para uma união comercial efetiva em que haja livre trânsito de mercadorias e serviços, o primordial e mais poderoso motor da União Europeia. O controle do poder econômico derivado da dominação de mercado, pois, é atividade essencial para perseguir o objetivo da União, e para aí concorrem os dispositivos dos arts. 101, 102 e 103, do TFUE2010.

A aplicação das regras de proteção à concorrência incumbe à Comissão, conforme determinado genericamente no nº 1 do art. 17 do TUE2010, e regulamentos pertinentes, sempre sob o controle jurisdicional do Tribunal de Justiça. O papel da Comissão da União Europeia, como agente máximo de preservação da concorrência, está orientado pelo art. 32 do TFUE2010, especialmente nas als. *b)* e *c)*:

Art. 32 (ex-art. 27 TCE). No exercício das funções que lhe são confiadas no presente capítulo, a Comissão orientar-se-á: [...];

b) Pela evolução das condições de concorrência na União, desde que essa evolução tenha por efeito aumentar a competitividade das empresas;

c) Pelas necessidades de abastecimento da União em matérias-primas e produtos semiacabados cuidando que se não falseiem, entre os Estados-Membros, as condições de concorrência relativas a produtos acabados; [...]

Historicamente é de importância referir o Reg(CE) 17/1962¹³, do Conselho da então *Comunidade Econômica Européia*, norma instrumental que ensejou longa produção jurisprudencial em matéria de concorrência, e que atualmente se encontra em sua quase totalidade revogado. Vigê atualmente o Reg(CE) 1/2003 do Conselho da União Europeia¹⁴ sobre o tema, introdutor de profundas modificações proce-

¹³ UNIÃO EUROPEIA, CONSELHO. *Regulamento (CE) nº 17/1962*, primeiro Regulamento de execução dos artigos 85º e 86º do Tratado. Conselho da União Europeia. 6fev.1962. (EUR-Lex 31962R0017, JO 13 de 21fev.1962, p. 204-211, ed. portuguesa cap. 8, fasc. 1, p. 25-31).

¹⁴ UNIÃO EUROPEIA, CONSELHO. *Regulamento (CE) nº 1/2003*, relativo à execução das regras de concocorrência estabelecidas nos artigos 81º e 82º do Tratado. Conselho da União Europeia. 16dez.2002. (EUR-Lex 32003R0001, JO L 1 de 4jan.2003, p. 1-25).

dimentais: incumbe às empresas conhecer e respeitar a concorrência segundo a jurisprudência corrente, excluindo-se da Comissão o encargo de outorgar licenças prévias para a prática de determinadas atividades concertadas ou potencialmente colusórias. O controle exercido pela Comissão passou a ser posterior aos fatos, como já o fazia o Tribunal de Justiça.

Conhecer alguns dos conceitos é o que se reserva para a próxima etapa deste trabalho.

II. INTERPRETAÇÃO DOS CONTEÚDOS

Os institutos jurídicos, em sua percepção isolada e operativa, serão objeto do estudo desta segunda parte. À forma de manual, cartesiana, algumas espécies conceituais serão apresentadas em suas peculiaridades e vicissitudes. Posteriormente, tais conceitos serão apresentados em operação sistemática, interagindo cada conceito isolado com os demais.

Os conceitos apresentados são coletânea da evolução legislativa e jurisprudencial da União Europeia, especialmente as decisões da Comissão e da Corte de Justiça das Comunidades Europeias, notáveis trabalhos de resolução de controvérsias que produzem indicativos fortes e sólidos quanto ao significado das expressões técnicas e suas interações com os demais. Nesse sentido o estudo da questão da concorrência, como já ressaltado na introdução, segue um método mais aproximado do corrente nos países da tradição da *common law*: o estudo de casos com investigação dos conceitos passíveis de generalização. Os conceitos são abertos à interpretação, que já tem mais de sessenta anos de história.

Reafirma-se que o foco da investigação neste trabalho está no contido no art. 101 do TFUE2010.

A. CONCEITOS INDIVIDUAIS

Os conceitos individuais emergem das próprias palavras utilizadas na composição dos dispositivos do TFUE2010. A partir deles, numa interpretação quase gramatical, estabelecem-se as primeiras traves a sustentar o sistema de controle concorrencial.

O conceito elementar de operação da normativa de proteção da concorrência no TFUE2010 é o de *empresa*. O vocábulo aparece nessa forma na língua portuguesa, mas transmite sentido menor do que o vocábulo usado em língua inglesa *undertaking*, cujo significado parece ser mais extenso.

Conforme a interpretação corrente entre Comissão e Tribunal de Justiça, não só a típica sociedade privada com objetivo comercial ou industrial pode praticar os fatos havidos como contrários à política de concorrência, mas também outros tipos de iniciativas. O exame da adequação da situação fática ao conceito de empresa deve ser feito para cada caso concreto, sem pressupostos abstratos rígidos¹⁵.

A adequação ao conceito de empresa está muito mais relacionada com o exercício de atividade econômica - assim entendida a *oferta de bens ou serviços a um determinado mercado* - do que com a forma jurídica da iniciativa¹⁶, ainda que tal entidade não detenha personalidade jurídica reconhecida.

Verifica-se que a jurisprudência amplia grandemente o conceito de empresa para abranger as mais variadas formas de ação econômica hu-

¹⁵ UNIÃO EUROPÉIA, Tribunal de Justiça. Arts. 86º e 90º do Tratado CEE - Conceito de empresa - Organização Internacional. SAT Fluggesellschaft mbH contra Eurocontrol. C-364/92, 19jan.1994 (EUR-Lex 61992CJ0364, coletânea de jurisprudência 1994/I-43).

18. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça (v., nomeadamente, acórdãos de 23 de Abril de 1991, Hoefner e Elser, C-41/90, Colect., p. I-1979, n. 21, e de 17 de Fevereiro de 1993, Poucet e Pistre, C-159/91 e C-160/91, Colect., p. I-637, n. 17) que, no direito comunitário da concorrência, o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento.

¹⁶ BALLARINO, Tito. Manuale di Diritto Dell'Unione Europea. 4ª ed. Padova, It:Cedam, 2001, p. 550: *Nella sentenza 'Consiglio nazionale degli spedizionieri doganali contra Commissione' (TPG 30-III-2000, causa T-513/93, in 'Raccolta'), i giudici hanno ribadito che a livello comunitario la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico della detta entità e dalle sue modalità di finanziamento e che costituisca un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato.*

mana¹⁷, ultrapassando o limite de definição da *sociedade* estabelecida no § 2º do art. 54 do TFUE2010¹⁸. O interesse regulatório não está na pessoa em si, mas no *efeito sobre o mercado* que sua ação provoca, diretiva de interpretação que justifica a ampliação conceitual promovida.

Os *grupos de empresas* constituem problema específico do controle da concorrência, por se situarem na faixa divisória entre a dominação e a unidade econômica. O conceito de *entidade econômica única* serve ao propósito de discernir qual a situação real, fiel à perspectiva do efeito econômico da atividade em exame. O controle dessa atuação centralizada se dá através de investigação sobre o centro de decisão: se todos os participantes do grupo, independentemente das personalidades jurídicas individuais autônomas, estão sujeitos a um único centro decisório, devem ser considerados como um grupo de empresas formador de uma entidade econômica única¹⁹. Esse grupo de empresas se tomará como equivalente ao conceito de empresa para fins de aplicação do Direito Concorrencial.

Associações de empresas é conceito derivado da ideia de empresa, com o fim de identificar práticas contrárias à livre concorrência exercitadas através de entidades congregadoras de agentes de mercado. Reunidos

¹⁷ CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. EU Law: text, cases and materials. 3ª ed. Nova York, EEUU:Oxford University Press, 2004, p. 939: *The Community courts and the competition authorities have, not surprisingly, taken a broad view of [the term undertakings]. In 'Polypropylene', the Commission held that the term 'undertaking' was not confined to those entities which possessed legal personality, but covered any entity which was engaged in commercial activity. In 'Höfnér', the ECJ held that the term undertaking covers any entity engaged in an economic activity regardless of its legal status and the way in which it is financed. This has been held to include: corporations, partnerships, individuals, trade associations, the liberal professions, state-owned corporations, and co-operatives.*

¹⁸ § 2º do art. 54 do TFUE2010: *Por "sociedades" entendem-se as sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades cooperativas, e as outras pessoas coletivas de direito público ou privado, com exceção das que não prossigam fins lucrativos.*

¹⁹ BALLARINO, Tito. Manuale di Diritto Dell'Unione Europea. 4ª ed. Padova, It:Cedam, 2001, p. 551. *[...] ogni qualvolta un gruppo di imprese forma un'unità economica, tale gruppo va considerato come un'unica impresa ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie sulla concorrenza. Il requisito dell'unità economica deve ritenersi soddisfatto quando ci si trovi in presenza di un unico centro di imputazione effettivo dell'attività del gruppo.*

em torno de um interesse comum, os interessados buscam vantagens econômicas através da interferência no mercado.

A palavra *associações* é apropriada para designar uma ampla gama de agrupamentos - formais ou informais - incluindo também as reuniões de associações. Nessa categoria podem se incluir sindicatos e associações de profissionais liberais, ou associações representativas de empresas atuantes em determinado ramo de atividade econômica. Não há necessidade de sequer possuir personalidade jurídica própria²⁰.

Acordo é conceito axiomático, de fácil compreensão dada a sua amplitude²¹. O termo designa, assim como suas derivações *decisão* e *prática concertada*, qualquer entendimento em que se estabeleça alguma forma de cooperação para atuar no mercado. O princípio para identificação da existência de um acordo resulta da consideração de qual deve ser a conduta padrão dos agentes econômicos no mercado: cada um deve deter-

²⁰ UNIÃO EUROPEIA. TJUE, Segunda Seção. Regulamentação relativa ao sistema de formação obrigatória dos técnicos oficiais de contas - Art. 101º TFUE - Associação de empresas - Restrição da concorrência - Justificações - Art. 106º, nº 2, TFUE. Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência. C-1/12, j. 28fev.2013. (EUR-Lex 62012CJ0001):

[...] 35. Segundo jurisprudência assente, no contexto do direito da concorrência, o conceito de empresa inclui qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do estatuto jurídico dessa entidade e do seu modo de financiamento (v. designadamente, acórdão Wouters e o., já referido, n.º 46 e jurisprudência referida). 36. A este propósito, resulta de jurisprudência igualmente assente que constitui atividade económica qualquer atividade que consista em propor bens ou serviços num dado mercado (v. designadamente, acórdão Wouters e o., já referido, n.º 47 e jurisprudência referida). [...] 38. Nestas condições, os técnicos oficiais de contas, atendendo à maneira como a sua profissão está regulada em Portugal, exercem uma atividade económica e, portanto, constituem empresas na aceção do artigo 101.º TFUE, sem que a natureza complexa e técnica dos serviços que prestam e a circunstância de o exercício da sua profissão ser regulamentado sejam suscetíveis de alterar tal conclusão (v. por analogia, acórdão Wouters e o., já referido, n.º 49).

²¹ CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. *EU Law: text, cases and materials*. 3ª ed. Nova York, EEUU:Oxford University Press, 2004, p. 942: *The Commission, CFI, and ECJ have continued to take an 'expansive view of the meaning of "agreement"'. Thus, in 'Polypropylene', the Commission held that there was a single agreement between firms in the petrochemical industry, which had continued over many years. It was willing to hold that there was such an overall agreement even though the agreement was oral, even though there were no sanctions for breach, and even though it was not legally binding.*

minar sua atuação por si próprio. Quando em determinada circunstância se verificar que não estão agindo conforme seus designios próprios, mas seguindo diretrizes pré-estabelecidas em cooperação com outros agentes econômicos, há incidência de *acordo*, *decisão*, ou *prática concertada*²².

Os acordos não demandam forma rígida, tampouco é necessário que haja sanções para o descumprimento. Basta que se verifique na prática uma atuação em mercado colaborativa e solidária²³.

Os entendimentos entre os integrantes da associação de empresas são designados *decisões*, conceito equivalente ao *acordo*, como antes referido. As ditas decisões podem ser atos cogentes ou meras recomendações editadas no âmbito das associações de empresas, e podem inclusive estar enunciadas nos próprios atos constitutivos.

As *práticas concertadas* ensejam um problema especial, em vista do que dispõe o n° 2, do art. 101, TFUE2010. Além da peculiaridade de serem hipóteses de mais tênue formalidade do que os *acordos* ou *decisões*, a tais atitudes de mercado não é cominada a pena de *nulidade absoluta*, como declaradamente se faz às outras figuras.

²² BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*. 4ª ed. Padova, It:Cedam, 2001, p. 556. *Secondo la Corte, i criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire la nozione di pratica concordata, vanno intesi alla luce della concezione inerente alle norme del Trattato in materia di concorrenza, secondo la quale ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che egli intende seguire sul mercato comune.*

²³ UNIÃO EUROPEIA. TJUE, Primeira Seção. Concorrência - Art. 101º, n° 1, TFUE - Aplicação de uma regulamentação nacional análoga - Competência do Tribunal de Justiça - Acordos bilaterais entre uma seguradora e oficinas de reparação de automóveis, relativos ao preço por hora de reparação - Aumento dos preços em função do número de contratos de seguro celebrados através dessas oficinas de reparação na qualidade de intermediários da seguradora - Conceito de 'acordo que tem por objetivo restringir a concorrência'. Allianz Hungária Biztosító Zrt. e outros contra Gazdasági Versenyhivatal. C-32/11, j. 14mar.2013 (EUR-Lex 62011CJ0032).

38. [...] o Tribunal de Justiça já declarou que, para ter um objetivo anticoncorrencial, basta que o acordo seja suscetível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência, isto é, que seja concretamente apto a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. A questão de saber se e em que medida esse efeito se verifica realmente só tem importância para calcular o montante das coimas e avaliar os direitos a indemnizações (v. acórdão T Mobile Netherlands e o., já referido, n.º 31).

A interpretação dada na jurisprudência europeia para essa distinção é correspondente à ideia semântica das palavras usadas. Enquanto no *acordo* e na *decisão* é verificável a prévia intenção de distorcer o mercado, e só por isso já se deve considerá-los nulos de pleno direito, imediatamente e retrospectivamente, por aplicação do n.º 2 do art. 101 do TFUE2010, as *práticas concertadas* não são tidas em si como nulas imediatamente. Para que sejam contrárias ao princípio de preservação da concorrência devem ser efetivas em produzir a distorção de mercado, daí se exigindo a prova posterior ao evento danoso decorrente do ilícito.

Assim, não é possível um controle prévio e abstrato das *práticas concertadas*²⁴.

A expressão *que tenham por objetivo ou efeito*, constante na cabeça do n.º 1 do art. 101 do TFUE2010, denota a amplitude com que se devem considerar as intenções das empresas acusadas de práticas anticoncorrenciais. As previsões podem incidir isoladamente ou não: somente o objetivo de violar o mercado, ou seja, o intento independentemente do resultado efetivo, já autoriza a intervenção coibidora; se o objetivo não for deturpar mercado, mas o efeito de determinada ação seja esse, também a intervenção é possível²⁵.

Essa observação deve ser mitigada quando se tratar de *práticas concertadas*, situação em que se exige a demonstração da ocorrência do efeito

²⁴ MATHIJSSEN, P. S. R. F. *A Guide to European Union Law*. Londres, GB: Sweet & Maxwell, 1999, p. 255-256.

²⁵ UNIÃO EUROPEIA, TJUE, Quarta Seção. Recurso de decisão do Tribunal Geral - Concorrência - Acordos, decisões e práticas concertadas - Artigos 81.º CE e 53.º do acordo EEE - Mercado dos serviços de mudanças internacionais na Bélgica - Cartel que consiste em três acordos individuais - Infração única e continuada - Falta de prova do conhecimento, por um participante num acordo individual, dos outros acordos individuais - Anulação parcial ou integral da decisão da Comissão - arts. 263 TFUE e 264 TFUE. C-441/11 P, 6dez.2012 (EUR-Lex 62011CJ0441): 41. *Segundo jurisprudência constante, a violação do artigo 81.º, n.º 1, CE pode resultar não apenas de um ato isolado mas igualmente de uma série de atos ou mesmo de um comportamento continuado, quando efetivamente um ou diversos elementos dessa série de atos ou desse comportamento continuado também possam constituir, por si sós e considerados isoladamente, uma violação da referida disposição. Assim, quando as diferentes ações se inscrevem num «plano de conjunto» em razão do seu objeto idêntico que falseia o jogo da concorrência no interior do mercado comum, a Comissão pode imputar a responsabilidade por*

de distorcer o mercado. Nesse caso, aliás, a demonstração do objetivo de interferir é de grande dificuldade, uma vez que o registro das ações coordenadas dos envolvidos raramente poderá ser avaliado com precisão.

Quais os *efeitos* que autorizam a intervenção de autoridade? O próprio art. 101 do TFUE2010 impõe aos atos tendentes a *impedir, restringir ou falsear a concorrência* a cominação de sofrerem a intervenção da autoridade de proteção da concorrência. A semântica dos verbos é sobremodo semelhante entre eles próprios, fazendo supor que a intenção do tratado parece ser evitar que o intérprete caia nas armadilhas da hermenêutica gramatical. Assim, verificada exclusão de agentes econômicos do ambiente de mercado concorrencial - por encerramento ou restrição de atividades, ou ainda por barreira de ingresso - como decorrência de determinado acordo, decisão ou prática concertada, estará concretizada a hipótese.

Em complementação aos conceitos da cabeça do n° 1 do art. 101 do TFUE2010, arrolam-se cinco práticas anticoncorrenciais, em caráter exemplificativo, que são consideradas concretização da hipótese fixada. Essa lista contém as hipóteses mais comuns e frequentes de distorção de mercado, e servem de suporte interpretativo para a previsão abstrata.

Para além da cominação de nulidade da atividade anticoncorrencial, descrita no n° 2 do art. 101 do TFUE2010, seguem no n° 3 as possibilidades de exceção e tolerância de determinadas atividades, sempre

essas ações em função da participação na infração considerada no seu todo (acórdãos Comissão/Anic Partecipazioni, já referido, n.º 81, bem como de 7 de janeiro de 2004, Aalborg Portland e o./Comissão, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colet., p. I-123, n.º 258).

42. Uma empresa que participou numa infração única e complexa através de comportamentos que lhe são próprias, que integram as noções de acordo ou de prática concertada que têm um objetivo anticoncorrencial no sentido do artigo 81.º, n.º 1, CE e que visam contribuir para a realização da infração no seu conjunto, também pode ser responsável pelos comportamentos postos em prática por outras empresas no quadro da mesma infração durante todo o período em que participou na referida infração. É o que ocorre quando se prova que a empresa em questão pretendeu contribuir, através do seu próprio comportamento, para os objetivos comuns prosseguidos pelo conjunto dos participantes e que tinha conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática por outras empresas na prossecução dos mesmos objetivos, ou que, razoavelmente, os podia prever e estava pronta a aceitar o risco (acórdãos já referidos Comissão/Anic Partecipazioni, n.ºs 87 e 203, bem como Aalborg Portland e o./Comissão, n.º 83).

observando o efeito sobre o mercado, já aqui com a qualificadora *efeito relevante*. A intenção das exceções é salientar à autoridade de proteção da concorrência a realidade de mercado, permitindo que a consideração dos resultados em longo prazo autorize a tolerância de práticas consideradas contrárias à livre concorrência. O objetivo distante deve ser sempre uma maior eficiência econômica²⁶, de modo que a longo prazo a melhor alocação de recursos redunde em benefício permanente para o mercado.

Por essa razão as exceções são admitidas em caráter transitório, tornando o benefício imediato de atuação em mercado em permanente benefício geral, e visando estabelecer no futuro novos padrões de permanência e entrada nesse mercado que sejam aceitáveis.

A experiência operacional do controle de concorrência pela Comissão engendrou a necessidade de prever exceções de caráter mais geral do que os exames caso a caso, de modo a especificar mais profundamente os casos em que se admite a suspeita de distorção de mercado. Editaram-se inúmeros regulamentos, no mais das vezes em caráter setorial, anunciando práticas enquadráveis nas restrições do nº 1 do art. 101 do TFUE2010 que seriam protegidas pela exceção do nº 3²⁷. Os critérios instrutores desses regulamentos de exceção são vinculados principalmente à cota de mercado atingida pelos envolvidos na prática abstratamente prevista como anticoncorrencial, e ao valor do faturamento anual global dos participantes.

A par dessa diretriz normativa, também se estabelecem “cláusulas proibidas”, dentre elas relevando referir a de fixação de preços (ressalvada a fixação de preço máximo), e a restrição territorial.

Em ligeira exposição foram apresentados alguns conceitos individuais adotados no art. 101 do TFUE2010; passa-se adiante a operar esses conceitos, tornando o contato com a realidade dos problemas mais evidente.

²⁶ CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. *EU Law: text, cases and materials*. 3ª ed. Nova York, EEUU:Oxford University Press, 2004, p. 936, *passim*.

²⁷ São exemplos dessas normas os Reg(CE) 169/2009 (transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável - EUR-Lex 32009R0169), Reg(CE) 772/2004 (transferência de tecnologia - EUR-Lex 32004R0772R(01)), Reg(CE) 1.400/2002 (automóveis - EUR-Lex 32002R1400), Reg(CE) 2.659/2000 (pesquisa e desenvolvimento - EUR-Lex 32000R2659), Reg(CE) 2.790/1999 (*franchising* - EUR-Lex 31999R2790).

B. CONCEITOS EM SISTEMA

Apresentados alguns conceitos individualmente considerados na normativa concorrencial do TFUE2010, a necessidade de comentá-los sob visão sistemática se apresenta.

Uma definição preliminar que emerge do conteúdo da cabeça do art. 101 do TFUE2010, e adequada ao tópico da interoperacionalidade, é a relacionada com o âmbito de aplicação das normas de controle concorrencial. Partindo do princípio de que a relevância do tema está no efeito sobre o mercado, o art. 101 do TFUE2010 indica como delimitador da aplicação de seus preceitos a efeitos *que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros ou a concorrência no mercado interno*. A restrição é aparentemente geográfica, mas está calcada nas consequências das práticas consideradas proibidas sobre o mercado interno europeu. Daí resulta que a nacionalidade da empresa que exerce sua atividade em contrariedade às normas concorrenciais, ou mesmo sua sede ou local de principal atividade, não é relevante para definir a incidência da norma²⁸.

Assim, os *objetivos ou efeitos* devem se apresentar no mercado que se apoia sobre o território da União Europeia, independentemente de qual seja a origem da ação discriminatória ou distorcedora. A ação dos agentes econômicos externos, portanto, fica também controlada: se flagrados em práticas colusórias, sua atuação no mercado interno europeu sofrerá intervenção.

Os princípios de territorialidade foram aplicados com clareza no caso *Gencor*²⁹. Tratava-se de uma empresa com sede na África do Sul que através de uma operação de concentração gerou uma supressão de agentes econômicos atuantes em determinado setor do mercado interno europeu. A ação produziu um oligopólio titulado a duas empresas: *Gencor e Lonrho*, esta uma *sociedade de direito inglês*. O Tribunal de Justiça das

²⁸ BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*. 4ª ed. Padova, It: Cedam, 2001, p. 546: *Non rileva dunque, sotto questo profilo, la nazionalità delle imprese che hanno adottato tali pratiche o comportamenti, come non rileva il luogo in cui le imprese hanno la sede ovvero esercitano l'attività. Si devono invece considerare le conseguenze o gli effetti dell'attività stessa e, dunque, il territorio dello Stato o degli Stati in cui si verificano.*

²⁹ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (TJCE), Primeira Instância, Quinta Seção alargada. Efeito imediato, substancial e previsível; concentração fora do território da União Europeia. *Gencor contra Comissão das Comunidades Europeias*. T-102/96, 25mar.1999 (EUR-Lex 61996TJ0102, coletânea da jurisprudência II 1999, p. 753).

Comunidades Europeias chancelou a ação contrária a essa concentração exercitada pela Comissão.

No caso da fusão *Boeing/McDonnell-Douglas* a Comissão decidiu pelo estabelecimento de condições para reconhecer os efeitos dessa decisão na União Europeia. As conhecidas empresas de construção de aeronaves de grande porte exercitaram uma fusão, que geraria grande concentração de mercado com efeitos importantes no mercado interno europeu. Após a utilização de dispositivos protetores da concorrência constantes do acordo bilateral da União Europeia com os Estados Unidos da América (sede das empresas), foram impostas condições para o reconhecimento, de modo que a grande empresa de aviação com sede na União Europeia (*Airbus*), pudesse disputar o mercado norteamericano³⁰.

É essencial em matéria de Direito da Concorrência terem as questões um fundo econômico de alta importância. Daí a necessidade de avaliações de caráter econômico para demonstração da incidência dos *efeitos sobre o mercado interno*, implicando muitas vezes a necessidade de levantamentos de campo e estatísticos, padrões de consumo e tábuas de preços, sem considerar a prova da ocorrência de eventual acordo ou decisão.

A necessidade desse levantamento de preços emergiu no caso *Materie colorante/dyestuffs*³¹. Tratava-se de *prática concertada* de fixação de preços padronizados entre fornecedores de corantes industriais, demonstrada a partir de análise em campo.

A intensidade da previsão abstrata contida no art. 101, TFUE2010, impõe às empresas uma constante autovigilância³², pois a simples reunião

³⁰ UNIÃO EUROPEIA, Comissão, Decisão 97/816/CE: Decisão da Comissão de 30 de Julho de 1997 que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE Processo IV/M.877 - Boeing/McDonnell Douglas (EUR-Lex 31997D0816).

³¹ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (TJCE). Prática concertada. Art. 81, 1, a. Fixação de preços. Concorrência, regras aplicáveis às empresas - práticas concertadas. "*Materie colorante / dyestuffs*". Imperial Chemical Industries Ltd. contra Comissão das Comunidades Europeias, 48/69, 14jul.1972 (EUR-Lex 61969CJ0048, coletânea de jurisprudência 1972-619, edição especial portuguesa p. 205).

³²A sistemática de controle de concorrência posterior aos fatos por parte da Comissão, instituída a partir do Reg(CE) 1/2003 (vide nota 13), fez desaparecer a possibilidade de notificação prévia à autoridade para autorização administrativa da prática. O controle é sempre posterior, incumbindo aos agentes econômicos precaverem-se ao exercerem suas atividades, com base na longa história legislativa, administrativa e jurisprudencial sobre o tema.

de um determinado industrial com seus distribuidores, com orientações sobre estratégias de mercado padronizadas, pode resultar em acusação de prática colusória.

Quais são, pois, os limites de ação? Não há resposta clara ao exame exclusivo do TFUE2010. Estando as atividades dentro das exceções regulamentadas, não há problema; essas exceções são muitas³³ e alargam a faixa de ação reservada aos agentes econômicos. Qualquer ação das empresas deve visar, portanto, a interação com os demais agentes econômicos sem entre eles estabelecer distinções que afetem a possibilidade de ação de outro agente econômico dentro do mercado interno.

Paradigmático dessa situação é o caso *BMW Belgium v. Comissão*³⁴, em que o produtor dos automóveis da marca BMW distribuiu carta circular a sua rede de vendedores determinando que não efetuassem vendas para exportação a outros Estados-membros da Comunidade Europeia. Caracterizou-se *acordo* nesse caso, e a prática foi coibida por julgado do TJCE.

Vale ressaltar, por fim, que as alíneas do n° 1 do art. 101 TFUE2010, que arrolam cinco hipóteses de práticas havidas como anticoncorrenciais, são exemplificativas e não cumulativas. Basta para submissão ao controle comunitário a concreção de uma das previsões, ou ainda o exercício de qualquer ação com objetivo ou efeito de distorcer a concorrência no âmbito do mercado único.

Já as exceções do n° 3 do art. 101 TFUE2010, somente se implementam quando todas as hipóteses lá previstas se confirmarem. Apesar do conteúdo abstrato de alguns dos conceitos utilizados, as exigências apresentadas no Tratado devem ser justificadas uma a uma pela autoridade que reconhece a exceção, sempre com o objetivo de melhorar a eficiência do *mercado interno*.

³³ Ver nota 27, p. 18.

³⁴ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça (TJCE). Acordo. Circular proibindo a venda para exportação dentro da Comunidade Europeia. *BMW Belgium v. Comissão*. 32/78 e 36 a 82/78, 12jul.1979 (EUR-Lex 61978CJ0032, coletânea de jurisprudência 1979/2.435).

CONCLUSÕES

No desenrolar deste estudo pode-se verificar que o exercício da atividade de proteção da concorrência na União Europeia tem por base considerações de natureza fortemente econômica, delimitadas pelas diretrizes de formação e fortalecimento do mercado interno europeu. A proteção ao consumidor, contemplada através da busca de incremento na eficiência da alocação de recursos, seja pela eventual permissão de acordos restritivos de concorrência, seja pelo impedimento de que tais distorções permitam controle de mercados, também é efeito buscado e muitas vezes atingido.

A proteção da livre concorrência, contudo, não é uma ação jurídica precisa. Decisões tomadas em determinado momento, aparentemente protetivas do mercado, podem se revelar economicamente ineficientes em longo prazo. Um exercício de futurologia, de adivinhação, é parte dessa atividade de controle.

A máxima que parece vigor como linha mestra, contudo, é a de que em longo prazo a liberdade de escolha pelo consumidor e pelos demais agentes econômicos é a decisão mais eficiente. Esse é o caminho indicado pelo próprio TFUE2010 ao prever quatro liberdades econômicas específicas, que devem ser protegidas pela garantia da liberdade de concorrer.

ABREVIATURAS

al.: alínea

art./arts.: artigo/artigos

EUR-Lex: Coletânea oficial do Direito da União Europeia, incluindo legislação, jurisprudência e decisões administrativas (disponível em <<http://eur-lex.europa.eu>>)

n°: número

Reg/Reg(CE): Regulamento/Regulamento da Comissão Europeia

TFUE2010: Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, consolidação de 2010

TJCE: Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (sucedido pelo TJUE)

TJUE: Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE2010: Tratado da União Europeia, consolidação de 2010

UE: União Europeia