

ACORDO RESTRITIVO DA CONCORRÊNCIA

João Bosco Leopoldino da Fonseca

A leitura do artigo 36 da Lei 12.529, de 2011, certamente provoca uma indagação sobre o sentido e o alcance da constituição de um acordo restritivo da concorrência que se caracterize como infração da ordem econômica. Os atos a que se refere a lei podem ser definidos formalmente pelo teor da cláusula, pela sua própria formulação, pela natureza da operação ou pelo tipo de coordenação, ou materialmente, quanto aos efeitos potencialmente configurados ou efetivamente produzidos. As palavras utilizadas pela lei, objeto e efeito, devem levar o intérprete e o aplicador a buscar nos fatos trazidos à análise um conteúdo jurídico e econômico que vá além da forma.

Abandonando-se a estrita literalidade da lei, deve-se ter em vista que a aplicação adequada e eficaz da legislação de concorrência depende da assunção e da compreensão de princípios básicos. A complexidade própria do fenômeno econômico, que não se deixa enclausurar por formas lógicas, exige que o exegeta vá além da letra da lei, superando sua manifestação friamente semântica. À complexidade natural do fato econômico se soma a ambiguidade linguística. Para remediar essa situação de insuficiência hermenêutica, assume um papel relevante o recurso aos princípios que nortearam o legislador na elaboração daquelas leis. Os princípios gerais do Direito e, mais especificamente, os princípios do Direito Econômico assumem aqui preponderante função como guia a impregnar de sentido as diretrizes a serem adotadas pelos órgãos que deverão aplicar a lei (¹).

A aplicação adequada e eficaz da legislação de concorrência depende da assunção e da compreensão de princípios básicos. A complexidade própria do fenômeno econômico, que não se deixa enclausurar por formas lógicas, exige que o exegeta vá além da letra da lei, de sua manifestação friamente semântica. À complexidade natural do fato econômico se soma a ambiguidade linguística. Para remediar essa situação de insuficiência hermenêutica, assume um papel relevante o recurso aos princípios que nortearam o legislador na elaboração daquelas leis. Os princípios gerais do Direito e, mais especificamente, os princípios do Direito Econômico assumem aqui preponderante função como guia a impregnar de sentido as diretrizes a serem

¹ Ver meu Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste. 3ª ed. , 2007, p. 63.

adotadas pelos órgãos que deverão aplicar a lei ⁽²⁾.

Os tribunais têm a missão de encontrar o ponto de convergência entre a formalidade e a concretude, entre o ideal e o real. O Juiz Byron R. White salientou esse papel na decisão do processo *Spectrum Sports v. McQuillan*, ao dizer:

“Enquanto o artigo primeiro da Lei Sherman proíbe contratos ou entendimentos em restrição da indústria ou comércio, o artigo segundo se refere a ações de empresas que monopolizam ou tentam monopolizar, como também entendimentos e combinações para monopolizar. A seção segunda não define os elementos do crime de tentativa de monopolização. Nem há muita orientação a haurir na história legislativa dessa determinação, que foi mais tarde acrescentada no processo legislativo. A história legislativa indica que a maior parte da interpretação dos princípios necessariamente amplos da Lei era para ser confiada aos tribunais no casos particulares” ⁽³⁾.

O legislador, para identificar as condutas que possam, por qualquer forma, limitar a concorrência, recorre à figura do “objeto” ou do “efeito”. Qual o significado destas palavras?

Veio como provocação para uma reflexão a afirmativa de Celia Hampton na edição de dezembro de 2015 da revista *Competition Law Insight*. Observa ela que a incerteza sobre o que signifique um acordo anticompetitivo por objeto já deveria ser hoje uma coisa do passado. E toma como razão de sua análise crítica a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 26 de novembro de 2015, *Maxima Latvija*, processo C-345/14. O acórdão está assim ementado:

«Reenvio prejudicial – Concorrência – Artigo 101.º, n.º 1, TFUE – Aplicação de uma regulamentação nacional análoga – Competência do Tribunal de Justiça – **Conceito de ‘acordo que tem por objetivo restringir a concorrência’** – Contratos de arrendamento comercial – Centros comerciais – Direito do locatário de referência de se opor ao arrendamento pelo locador de espaços comerciais a terceiros»

A conclusão do acórdão é do seguinte teor:

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quarta Secção) declara:

² Ver meu *Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste*. 3ª ed. , 2007, p. 63.

³ 113. U.S. 884 (1993).

1) O artigo 101, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que a simples circunstância de um contrato de arrendamento comercial que **tem por objeto** o arrendamento de uma grande superfície situada num centro comercial conter uma cláusula que atribui ao locatário o direito de se opor ao arrendamento pelo locador, nesse centro, de espaços comerciais destinados a outros locatários não implica que esse contrato tenha **por objetivo** restringir a concorrência na aceção dessa disposição.

2) Podem ser considerados constitutivos de um acordo que tem «por efeito» impedir, restringir ou falsear a concorrência, na aceção do artigo 101, n.º 1, TFUE, os contratos de arrendamento comercial, como os que estão em causa no processo principal, a respeito dos quais se conclua, após uma análise aprofundada do **contexto económico e jurídico** em que se inserem, bem como das especificidades do mercado de referência em causa, que contribuem significativamente para uma eventual compartimentação desse mercado. A importância da contribuição de cada contrato para essa compartimentação depende, designadamente, da posição das partes contratantes no referido mercado e da duração desse contrato. (os grifos não estão no original).

A edição de março de 2016 da revista *Competition Law Insight* se preocupa novamente com a questão através das considerações de John Ratliff ⁽⁴⁾. Reporta ele a decisão Citalopram ⁽⁵⁾, em que a Comissão condenou a Lundbeck, e a decisão Fentanyl ⁽⁶⁾, em que condenada foi a Johnson & Johnson.

A incerteza e a nebulosidade da expressão “*por objeto*” poderiam ser talvez esclarecidas se a opinião do Advogado Geral, Whathelet, no processo

⁴ RATLIFF, John. Pay for delay: How the European Commission views restriction by object, *Competition Law Insight*, Vol. 15, Issue 3, 15 March 2016, p. 18-19.

⁵ Case AT 39226, de junho de 2013. “*If, however, the limitations on entry in question are not achieved through the strength of the patent, but through inducements from the originator undertaking to the generic undertaking aligning previously competing interests, then a restriction of competition by object may exist, including, in particular, when the limitations in question exceed the substantive scope of the patent*” (Cf. item 659).

⁶ Case AT 39685, de dezembro de 2013. “*It is not necessary to examine the effects of an agreement once its anticompetitive object has been established.*289 *The distinction between "infringement by object" and "infringement by effect" arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being "injurious to the proper functioning of normal competition".*290 *An agreement is a restriction of competition by object if it reveals a "sufficient degree of harm to competition"* (Item 216)

Maxima Latvija, tivesse sido liberada para o público, como havia ocorrido com a opinião do Advogado Geral Nils Wahl, no processo “*Groupement des Cartes Bancaires*”, que veremos mais adiante.

Definição de restrição da concorrência

O artigo 36 da Lei nº 12.529, de 2011, estabelece que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham **por objeto** ou possam produzir os seguintes **efeitos**, ainda que não sejam alcançados.

Deve-se ter em vista o sentido da palavra “*objeto*”. Derivada do verbo “*obicere*”, formada pelo prefixo “*ob*” que traz a ideia de “*para diante*” e do verbo “*jacere*”, lançar. Tem-se então “*lançar para diante*”, com o particípio “*objectum*”, em que se vê o objeto, como conteúdo, como realidade e como finalidade da ação. O conteúdo da manifestação da vontade é um em si mesmo, mas é também uma projeção, é um sair de si mesmo. O teor do ato de vontade pode ser analisado enquanto conteúdo, aspecto estático, mas também enquanto projeção, aspecto dinâmico. Enquanto projeção é mera potencialidade, no que se distingue da efetividade ou concretização.

A lei não define, por não ser função do legislador exarar definições, o que seja “objeto” dos atos, mas enumera exemplificativamente quais sejam os efeitos que devam ser considerados como infrações, ou seja, “*limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante.*”

Ao examinar as condutas, ou genericamente os atos praticados por empresas, para verificar sua compatibilidade com a exigência constitucional e legal de liberdade no mercado, os órgãos de defesa da concorrência se defrontam com a necessidade de interpretar adequadamente os termos da lei. Ora, o artigo 36 da Lei 12.529, de 2011, diz que constituem infração da ordem econômica os atos que tenham por objeto ou possam produzir o efeito de restringir, indevidamente, a concorrência. Os acordos entre empresas podem ter por objeto ou por efeito restringir a concorrência.

Seguindo a sugestão do Juiz Byron R. White, acima referida, tentemos perfilhar o esforço jurisprudencial para elucidação do conceito de “objeto”, tendo sempre em mente a distinção aristotélica entre conceito unívoco e equívoco.

Posicionamento norte-americano

Ensinou Louis D. Brandeis que todo contrato, todo acordo restringe. O problema é saber se essa restrição prejudica a concorrência. A identificação da existência de uma restrição violadora do funcionamento de um mercado livre passa pela análise do caso-a-caso de cada acordo, considerando seu “objeto” ou seu potencial “efeito”. O ensinamento de Brandeis vem palmilhando todas as análises econômicas e jurídicas de condutas que, por qualquer forma, possam afetar a concorrência. O processo “*Board of Trade of City of Chicago*”, decidido em 1918, tratava justamente da polêmica discussão sobre fixação de preços. Vale a pena transcrever a parte do voto que vem servindo de fundamento para muitas decisões da Suprema Corte norte-americana:

“O caso fundamentou-se na proposição vazia de que uma regra ou acordo, por meio do qual homens que ocupam posição de força em qualquer ramo de negócio, **fixa preços** aos quais se deve vender ou comprar durante uma parte importante de um dia útil, **é uma restrição ilegal do comércio** de acordo com a Lei Antitruste. **Mas a legalidade de um acordo ou regulação não pode ser determinada simplesmente por um teste para se saber se restringe a concorrência. Todo acordo de comércio, toda regulação de comércio, restringe. Obrigar, restringir, são de sua própria essência. O verdadeiro teste de legalidade é se a restrição imposta apenas regula e, talvez, de tal forma, promova a concorrência, ou se a suprime e destrói. Para determinar essa questão a corte deve considerar os fatos peculiares ao negócio ao qual a restrição é imposta; a condição do negócio antes e depois de a restrição ser imposta; a natureza da restrição e seus efeitos, reais e prováveis. A história da restrição, o mal que se acredita existir, a razão para se adotar tal remédio em particular, o propósito e a finalidade que se buscam atingir pela adoção da restrição, são todos fatos relevantes. E isso não é porque a boa intenção salvará uma regulação questionável, ou o contrário; mas porque o conhecimento da intenção pode ajudar a corte a interpretar os fatos e prever as conseqüências.** A Corte Distrital errou, portanto, ao retirar de sua resposta [246 U.S. 231, 239] as alegações referentes à história e ao propósito da regra do chamado e ao excluir, mais tarde, provas sobre tal questão. Mas a prova admitida torna claro que tal regra foi uma regulação razoável dos negócios, coerente com as provisões da Lei Antitruste (7).

O ensinamento transmitido por essa decisão vem deixar claro que a definição restritiva de um acordo ou de uma conduta não pode ser deduzida

⁷ U.S. Supreme Court, *Board of Trade of City of Chicago v. U.S.*, 246 U.S. 231(1918).

somente do teor desse acordo. Há que analisar-se sempre o contexto jurídico e econômico em que se inserem a conduta ou acordo, e sobretudo a história da restrição. Assim, o “objeto” restritivo de uma conduta não pode jamais ser extraído do exclusivo formalismo do acordo.

Posicionamento europeu

A tentativa de definir e de encontrar um entrelaçamento com a realidade vem se revelando com o esforço histórico da jurisprudência. Pode-se rastrear a preocupação em distinguir “objeto” e “efeitos” desde o julgamento do Processo 56/64 de 13 de julho de 1964, em cuja ementa já se afirmava:

« Para os fins de aplicação dos artigos 85, parágrafo 1, a consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua desde que ele tenha **por objeto** restringir, impedir e falsear o jogo da concorrência ».

Mas aquele acórdão já manifestava a preocupação com a análise isolada do contrato ou da conduta, independentemente do contexto econômico e jurídico em que se envolviam:

« Com efeito, para se caracterizar a situação contratual, convém colocar o contrato no **contexto econômico e jurídico**, em vista do qual as partes o concluíram, sem que isto possa ser considerado como uma invasão nos atos ou situações jurídicas que não constituam o objeto do processo perante a Comissão »⁽⁸⁾.

A mesma lição pode encontrar-se no processo 56-65, *Société Technique Minière*, decidido também em 1966:

“Para examinar se um acordo tem por objeto alterar o jogo da concorrência no interior do mercado comum, é necessário antes de tudo considerar o próprio **objeto** do acordo, levando em conta o contexto econômico em que ele deve ser aplicado, as alterações do jogo da concorrência visadas pelo artigo 85, parágrafo 1, como resultado do todo ou de partes das cláusulas do próprio acordo.

“No caso em que a análise das cláusulas não revele um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência, conviria então examinar os efeitos do acordo...”⁽⁹⁾

⁸ Arrêt de la Cour du 13 juillet 1966 – Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission de la Communauté Économique Européenne – Affaires jointes 56 et 58-64

⁹ Arrêt de la Cour du 30 juin 1966. - Société Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.). - Demande de décision préjudicielle: Cour

Em 2008, o processo C-209/07, também analisa a questão, salientando que a distinção feita pela lei entre infrações “por objeto” e infrações pelo efeito, tem a ver com o fato de certas **formas de conluio** poderem ser consideradas “*pela sua própria natureza*” como prejudiciais à concorrência. A exposição do Tribunal é suficientemente clara, como se pode ver pelos seus próprios termos:

Há que recordar que, para ser abrangido pela proibição constante do artigo 81.º, n.º 1, CE, **um acordo tem de ter «por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum».** Segundo jurisprudência constante desde o acórdão de 30 de Junho de 1966, LTM (*Société Technique Minière*) (56/65, *Collect.* 1965-1968, pp. 381, 387 e 388), **o carácter alternativo deste requisito, indicado pela conjunção «ou», conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o objecto do próprio acordo, tendo em conta o contexto económico no qual se integra.** Porém, se a análise das cláusulas deste acordo não revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência, há que examinar então **os efeitos do acordo e, para que o mesmo possa ser objecto da proibição, exigir a reunião dos factores** que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma apreciável.

Para apreciar se um acordo é proibido pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, a apreciação dos seus efeitos concretos é por conseguinte supérflua quando se verifique que o acordo tem por objecto impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum ⁽¹⁰⁾.

Em 2009, nos processos apensos C-501/06P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, o Tribunal de Justiça, reafirma o ponto de vista:

Em primeiro lugar, deve notar-se que o objetivo e o efeito anticoncorrenciais do acordo são condições não cumulativas, mas alternativas, para apreciar se esse acordo é abrangido pela proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE. Ora, segundo jurisprudência

d'appel de Paris - France. - Affaire 56-65. Em decisão proferida em 1986, no Processo 161/84 (*Pronuptia de Paris GmbH contra Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*), o Tribunal de Justiça, invocando o precedente *L.T.M.*, reafirma que « La Cour considère ensuite dans le même arrêt qu'aux fins de l'application de l'article 85, paragraphe 1, la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue dès qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence ».

¹⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça, 20 de novembro de 2008, *Competition Authority contra Beef Industry Development society Ltd. E Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, Itens 15 e 16.

constante desde o acórdão de 30 de Junho de 1966, LTM (56/65, Recueil, p. 337; Colect. 1965-1968, p. 381), o carácter alternativo desta condição, marcado pela conjunção «ou», leva à necessidade de considerar em primeiro lugar o próprio objectivo do acordo, tendo em conta o contexto económico em que o mesmo deve ser aplicado. Todavia, no caso de a análise do teor do acordo não revelar um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência, devem então examinar-se os seus efeitos e, para lhe impor a proibição, exigir que estejam reunidos elementos que provem que o jogo da concorrência foi efetivamente impedido ou restringido ou falseado de modo sensível. Resulta também da jurisprudência que não é necessário examinar os efeitos do acordo a partir do momento em que o objetivo anticoncorrencial do mesmo esteja provado (v., neste sentido, acórdão de 4 de Junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o., C-8/08, ainda não publicado na Colectânea, n.ºs 28 e 30).

.....
A este propósito, deve sublinhar-se que, segundo jurisprudência constante, para apreciar o carácter anticoncorrencial de um acordo, deve atender-se, nomeadamente, ao teor das suas disposições, aos objetivos que visa atingir bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere (v., neste sentido, acórdãos de 8 de Novembro de 1983, IAZ International Belgium e o./Comissão, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n.º 25, bem como de 20 de Novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, ainda não publicado na Colectânea, n.os 16 e 21). Além disso, ainda que a intenção das partes não constitua um elemento necessário para determinar a natureza restritiva de um acordo, nada impede que a Comissão ou os órgãos jurisdicionais comunitários a tenham em conta (v., neste sentido, acórdão IAZ International Belgium e o./Comissão, já referido, n.os 23 a 25) (11)

Em 2011, no processo C-439/09, o Tribunal de Justiça da União volta a se pronunciar sobre o conceito de restrição por objeto⁽¹²⁾. A língua oficial da decisão do processo Pierre Fabre Dermo-Cosmétique foi o francês. O texto

¹¹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de outubro de 2009, GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Comissão

¹² Diz o texto original: “Aux fins d’apprécier si la clause contractuelle en cause comporte une restriction de concurrence **“par objet”** il convient de s’attacher à la teneur de la clause, aux **objectifs** qu’elle vise à atteindre...” Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de outubro de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contra Président de l’Autorité de la Concurrence et Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi – item 35

original francês distingue os termos “*objeto*” e “*objetivo*”, ao passo que a tradução portuguesa elimina a distinção. Sigo o texto francês:

Para apreciar se a cláusula contratual em causa implica uma restrição da concorrência «**por objeto**», deve atender-se ao **teor** das suas disposições, aos **objetivos** que visa atingir bem como ao contexto econômico e jurídico em que se insere (v. acórdão GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., já referido, n.º 58 e jurisprudência referida).

Em 2012, no processo Expedia - C-226/11 -, o Tribunal de Justiça reitera as considerações sobre a distinção feita pelo legislador entre “restrições por objeto” e “restrições por efeito, afirmando:

Em seguida, importa recordar que, segundo jurisprudência constante, para a aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, a partir do momento em que se verifique que este tem por objeto restringir, impedir ou falsear a concorrência (v., neste sentido, acórdãos de 13 de julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão, 56/64 e 58/64, Colet. 1965-1968, p. 423; de 8 de dezembro de 2011, KME Germany e o./Comissão, C-272/09 P, Colet., p. I-12789, n.º 65; e KME Germany e o./Comissão, C-389/10 P, Colet., p. I-13125, n.º 75).

A este respeito, o Tribunal de Justiça sublinhou que a distinção entre «infrações pelo objeto» e «infrações pelo efeito» tem a ver com o facto de determinadas formas de conluio entre empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento da concorrência (acórdãos de 20 de novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, Colet., p. I-8637, n.º 17; e de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o., C-8/08, Colet., p. I-4529, n.º 29).⁽¹³⁾

Em 2013, o processo Allianz Hungária Biztosító Zrt⁽¹⁴⁾, além de trazer, no nº 2, uma enumeração das cláusulas que são tidas como proibidas, recorre a noções como “*por sua natureza*” ou “*por seu teor*”.

O acórdão Allianz Hungária parece estabelecer uma enumeração taxativa, ao dizer que são proibidos todos os acordos que tenham por objeto as condutas ali descritas, e no nº 2 faz uma enumeração, estabelecendo que “*a proibição é designadamente aplicável*”:

- a) à fixação, de forma direta ou indireta, dos preços de compra ou

¹³ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de dezembro de 2012, Expedia Inc. contra Autorité de la Concurrence, itens 35 e 36.

¹⁴ Processo C-32/11, de 14 de março de 2013.

- de venda, ou de quaisquer outras condições de transação;
- b) à limitação ou ao controlo da produção, da distribuição, do desenvolvimento técnico ou dos investimentos;
 - c) à repartição dos mercados de abastecimento, à limitação da escolha de abastecimento e à exclusão de determinados consumidores relativamente à compra de certos produtos;
 - d) à divisão dos mercados, à exclusão da venda ou à restrição da escolha das modalidades de venda;
 - f) às obstruções de acesso ao mercado;
 - g) aos casos em que, tendo as operações o mesmo valor ou a mesma natureza, exista uma discriminação entre as partes contratantes, nomeadamente na aplicação dos preços, dos prazos de pagamento, das condições ou dos métodos de venda ou de compra, que coloque determinadas partes contratantes em desvantagem na concorrência;
 - h) à subordinação da celebração de contratos à aceitação de obrigações que não tenham, nem pela sua natureza nem de acordo com os usos comerciais, uma ligação com o objeto desses contratos.»

É interessante salientar que, depois de apresentar uma enumeração aparentemente “*taxativa*”, o acórdão se socorre de expressões de conteúdo vago, equívoco, como se vê nos itens 35 e 36:

“35 - A distinção entre «infrações pelo objetivo» e «infrações pelo efeito» tem a ver com o facto de determinadas formas de conluio entre empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento da concorrência (v. acórdãos de 20 de novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, Colet., p. I-8637, n.º 17; T-Mobile Netherlands e o., já referido, n.º 29; e de 13 de dezembro de 2012, Expedia, C-226/11, n.º 36).

36 - A fim de apreciar se um acordo contém uma restrição da concorrência «em razão do seu objetivo», deve atender-se ao teor das suas disposições, aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere (v. acórdãos, já referidos, GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., n.º 58; Football Association Premier League e o., n.º 136; e Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, n.º 35). No âmbito da apreciação do referido contexto, há também que tomar em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa (v. acórdão Expedia, já

referido, n.º 21 e jurisprudência referida).

Ora, qual é a “*natureza*” de cada forma de conluio? Por outro lado, o “*teor*” das disposições decorre do conteúdo das palavras, que têm o seu sentido deduzido de uma correlação linguística entre significante e significado¹⁵).

No processo T-491/07, decidido em 29 de novembro de 2012, o Tribunal Geral já havia procurado dar uma conceituação de “*restrição da concorrência por objeto*”, nos seguintes termos:

123 – A Comissão não teria assim respeitado a obrigação que lhe impõe a jurisprudência de ter em conta o “objeto mesmo” das medidas em causa, isto é o seu objeto tal como decorre dos próprios termos das medidas em causa sem consideração das intenções subjetivas de seus autores.

«124 - Segundo a jurisprudência, os tipos de acordos previstos no artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) a e), CE, não formam uma lista taxativa de colusões proibidas e, por conseguinte, não há que interpretar o conceito de infração por objetivo de modo restritivo (v, nesse sentido, acórdão [BIDS], n.os 22 e 23).

125 - Para apreciar o caráter anticoncorrencial de um acordo ou de uma decisão de associação de empresas, importa atender, designadamente, ao teor das suas disposições, aos objetivos que o mesmo ou a mesma visam alcançar, bem como ao contexto jurídico e económico em que o mesmo ou a mesma se inserem. A este propósito, basta que o acordo ou a decisão de associação de empresas possa produzir efeitos negativos na concorrência. Por outras palavras, esse acordo ou decisão devem ser concretamente aptos, atendendo ao contexto jurídico e económico em que se inserem, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Não é necessário que a concorrência seja realmente impedida, restringida ou falseada nem que haja uma ligação direta entre essa decisão e os preços no consumo. Além disso, ainda que a intenção das partes não constitua um elemento necessário para determinar o caráter restritivo de um acordo, nada impede que a Comissão ou os órgãos jurisdicionais comunitários a tenham em conta. (v., neste sentido, acórdão T-Mobile Netherlands e o., C-8/08, [EU:C:2009:343], n.os 31, 39 e 43, e acórdão GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o.,

¹⁵ Quando se trata do “teor” ou do significado das palavras, ou da correlação entre significante e significado, não se pode esquecer a lição de FERDINAND DE SAUSSURE, considerado o pai da linguística moderna. Ensinava ele que “*le lien unissant le signifiant au signifié est arbitraire, ou encore, puisque nous entendons par signe le total résultant de l’association d’un signifiant à un signifié, nous pouvons dire plus simplement: le signe linguistique est arbitraire*” *Cours de Linguistique Générale* (1967), Paris, Payot, 2005, p. 100 (n. 135).

[C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610], n.º 58 e jurisprudência referida).»

Ao decidir o recurso contra o processo T-491/07, o Tribunal de Justiça da União se manifesta sobre o conceito de restrição por objeto, referindo-se a “*tipo de coordenação*”, evocando a decisão Allianz Hungária:

52 - Se a análise de um tipo de coordenação entre empresas não apresentar um grau suficiente de nocividade para a concorrência, há que examinar, em contrapartida, os seus efeitos e, para que a mesma possa ser objeto da proibição, exigir que estejam reunidos os elementos que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma sensível (v., acórdão Allianz Hungária Biztosító e o., EU:C:2013:160, n.º 34, e jurisprudência referida).

57 - Com efeito, por um lado, no n.º 125 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral, quando definiu o conceito de restrição de concorrência «por objetivo» na aceção desta disposição, omitiu a referência à jurisprudência constante do Tribunal de Justiça indicada nos n.os 49 a 52 do presente acórdão, ignorando, assim, que o critério jurídico essencial para determinar se uma coordenação entre empresas comporta tal restrição da concorrência «por objeto» reside na constatação de que essa coordenação apresenta um grau suficiente de nocividade para a concorrência.

Em 11 de setembro de 2014, no processo C-67/13P⁽¹⁶⁾, *Groupement des Cartes Bancaires*, o Tribunal de Justiça se manifesta sobre a decisão do Tribunal Geral. O Tribunal de Justiça se referia justamente aos **itens 124, 125** do processo T-491/07, decidido em 29 de novembro de 2012. A língua oficial daquela decisão foi o francês. Assinalo isto, porque discordo da tradução feita na publicação em português. O original francês se refere a uma restrição da concorrência «*par objet*», que o texto português verte para “uma restrição da concorrência “por objetivo”. Assim, ao reproduzir o texto, faço a modificação, adotando a terminologia francesa “par objet”.

56 - Há que reconhecer que, ao pronunciar-se deste modo, o Tribunal Geral, em parte, ignorou a jurisprudência do Tribunal de Justiça e, portanto, **cometeu erros de direito** no que toca à **definição dos critérios jurídicos pertinentes para apreciar a existência de uma restrição à concorrência «por objeto» na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.**

57 Com efeito, por um lado, no n.º 125 do acórdão recorrido, o **Tribunal Geral**, quando definiu o conceito de restrição de concorrência

¹⁶ C-67/13P, *Groupement des Cartes Bancaires (CB) contre Commission Européenne*, Arrêt de la Cour, Troisième Chambre, du 11 septembre 2014.

«por objetivo» na aceção desta disposição, **omitiu a referência à jurisprudência constante do Tribunal de Justiça** indicada nos n.ºs 49 a 52 do presente acórdão, ignorando, assim, que **o critério jurídico essencial para determinar se uma coordenação entre empresas comporta tal restrição da concorrência «por objeto» reside na constatação de que essa coordenação apresenta um grau suficiente de nocividade para a concorrência.**

58 Por outro lado, tendo em conta esta jurisprudência, foi erradamente que o Tribunal Geral considerou, no n.º124 do acórdão recorrido, e depois no seu n.º 146, que **o conceito de restrição da concorrência «por objeto» não deve ser interpretado «de forma restritiva»**. Com efeito, sob pena de dispensar a Comissão do dever de provar os efeitos concretos no mercado de acordos em que não está demonstrado que sejam **pela sua natureza** nocivos ao funcionamento normal da concorrência, **o conceito de restrição da concorrência «por objeto» só pode ser aplicado a certos tipos de colusões entre empresas que revelem um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência para que se possa considerar que o exame dos seus efeitos não é necessário**. A este propósito, é irrelevante a circunstância de que estes tipos de acordos previstos no artigo 81.º, n.º 1, CE, não constituam uma lista taxativa de colusões proibidas.

O Tribunal de Justiça da União Europeia vem, pois, desde 2011, em sucessivos pronunciamentos conseguindo um aperfeiçoamento conceitual sobre o sentido de acordo anticompetitivo “por objeto” ou “por efeito”, de que são exemplos as decisões anteriormente citadas: *Expedia* (2011), *Allianz Hungaria* (2011), *Slovak Banking* (2012), e *Cartes Bancaires* (2013).

A edição da revista britânica *Competition Law Insight*, de 2 de setembro de 2015, traz notícia dessa evolução conceitual, reportando o julgamento realizado em 16 de julho de 2015 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, pronunciando-se sobre o pedido de reenvio prejudicial do Tribunal Supremo de Cassação e de Justiça da Romênia, no processo *ING PENSII*, que fora condenada pelo Conselho da Concorrência romeno, por prática cartelizante.

Os acordos efetivados pelas empresas de fundos privados de pensão foram celebrados com o objetivo de repartir os clientes entre as 18 empresas de fundos de pensão. O Conselho de Concorrência romeno condenou as empresas. A *ING PENSII* ⁽¹⁷⁾ recorreu ao Poder Judiciário, que decidiu formular ao Tribunal de Justiça da União Europeia o seguinte questionamento: “*No âmbito de uma prática que consiste na repartição de clientes, o número concreto e*

¹⁷ C-172/14, 2015.

definitivo desses clientes seria relevante para se considerar a conduta lesiva à concorrência?”

Ao responder à consulta, o Tribunal de Justiça salienta que *“constituem formas de colusão particularmente prejudiciais para o bom funcionamento do jogo normal da concorrência os acordos que, pela sua própria natureza, têm por objeto uma repartição da clientela dos serviços. Assim, os acordos sobre a repartição da clientela integram manifestamente, tal como os acordos sobre os preços, a categoria das restrições mais graves da concorrência”*.

O que se deve examinar é se as práticas concertadas entre as empresas têm o potencial de afetar negativamente o mercado, e se têm “por objeto ou efeito” impedir, restringir ou de qualquer forma falsear a concorrência. Tais acordos, nos termos da lei, devem ter por “objeto” ou por “efeito” lesar a concorrência. A lei coloca entre estes termos a conjunção “ou”. É interessante notar que a redação italiana da decisão fala de “*disgiunzione o*” (18). Ou seja, estes requisitos não são cumulativos, mas alternativos.

Ainda em 20 de janeiro de 2016, no processo C-373/14^oP, Toshiba Corporation, o Tribunal de Justiça ratifica o entendimento adotado em *ING PENSII*:

“Va ricordato a tal riguardo che, per ricadere nel divieto sancito dall’articolo 101, paragrafo 1, TFUE, un accordo deve avere «per oggetto **o** per effetto» di impedire, restringere o falsare la concorrenza nel mercato interno. Secondo una giurisprudenza costante della Corte a partire dalla sentenza LTM (56/65, EU:C:1966:38), **l’alternatività di tale condizione, espressa dalla disgiunzione «o»**, rende necessario innanzitutto considerare l’oggetto stesso dell’accordo (sentenza ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, punto 30)”.

Adoto o texto italiano da decisão, embora o texto oficial tenha sido o inglês, por um reforço do raciocínio a respeito da **alternatividade** que vem expressa na “*disgiunzione o*”, que na redação inglesa (*conjunction*) ou portuguesa (*conjunção*) não traduzem a excludente que decorre da alternatividade.

¹⁸ “Secondo una giurisprudenza costante a partire dalla sentenza LTM (56/65, EU: C:1966:38), infatti l’alternatività di tali condizioni, espressa dall’impiego della disgiunzione “o”, rende necessario innanzitutto considerare l’oggetto stesso della pratica concordata, tenuto conto del contesto economico nel quale quest’ultima deve trovare applicazione. Nel caso in cui, tuttavia, l’analisi del tenore della pratica concordata non rivelasse un pregiudizio alla concorrenza di sufficiente entità, occorrerebbe prendere in esame i suoi effetti...” (Causa C-172/14, 16 luglio 2015, punto 30).

Em diversas decisões, o Tribunal de Justiça deixa claro que o caráter alternativo destes requisitos (*objeto ou efeito*) conduz à necessidade de considerar em primeiro lugar o próprio “objeto” do acordo. Determinadas condutas, como fixação de preço ou divisão de mercado, constituem restrição pelo “objeto”, e revelam grau suficiente de nocividade para o bom funcionamento do jogo normal da concorrência, não sendo necessário examinar seus efeitos, que, aliás, se presumem.

Respondendo à questão prejudicial, o Tribunal deixa claro que os acordos sobre a repartição da clientela integram manifestamente, tal como os acordos sobre fixação de preços, a categoria das restrições mais graves da concorrência. Como estes acordos atingiram todo o território da Romênia, o número de pessoas concretamente atingidas pelos acordos de repartição realizados é irrelevante para que se chegue à conclusão da existência de uma grave restrição da concorrência.

Parecer do Advogado Geral –

Em substancioso parecer apresentado, em 27 de março de 2014, ao Tribunal de Justiça, o Advogado Geral M. Nils Wahl, no julgamento do processo C-67/13P, *Groupement des Cartes Bancaires (CB) contra Comissão Europeia*, faz uma análise aprofundada do pensamento do Tribunal Geral que adotou “*uma concepção marcadamente extensiva da noção de restrição por objeto*”. Assinala que o processo oferece agora ao Tribunal de Justiça “*uma nova ocasião de afinar sua jurisprudência, um tanto controversa, sobre a noção de restrição por objeto*”⁽¹⁹⁾.

Duas metodologias de abordagem da questão se apresentam: uma primeira consiste em uma análise casuística, que implica um exame circunstanciado e aprofundado dos efeitos anticoncorrenciais, reais e potenciais; uma segunda identifica comportamentos que são em princípio proibidos, independentemente da perquirição de seus efeitos. Esta segunda metodologia é fonte de economia processual, ao permitir às autoridades encarregadas da garantia da concorrência efetuar esta proteção sem que seja necessário proceder ao exame, frequentemente complexo e fastidioso, de seus efeitos potenciais ou reais sobre o mercado relevante.

Reconhece que o recurso à noção de infração “*por objeto*”, com uma interpretação demasiado ampla, encontra um paralelo com o conceito norteamericano de infração “*per se*”.

Em sua conclusão, o Advogado Geral opta pelo posicionamento

¹⁹ Conclusions de l’Avocat Général M. Nils Wahl, n. 3.

adotado pela Comissão que aliou o reconhecimento do objeto anticoncorrencial à presença do efeito restritivo da concorrência, requerendo a anulação da decisão do Tribunal Geral.

Antes de concluir

Após enfeixadas as considerações acima, chegou-me a edição de dezembro de 2016 da revista *Journal of Competition Law & Economics*, com substancioso estudo da lavra de Pablo Ibáñez Colomo⁽²⁰⁾. A sua pesquisa, fundada principalmente nas decisões do Tribunal de Justiça da União, afirma que “*a integração do mercado é um objetivo do Artigo 101 TFEU. Como resultado, os acordos que têm por fim dividir os mercados nacionais são em princípio restritivo da concorrência por objeto. A jurisprudência sobre esta questão tem sido consistente desde Consten-Grundig*”⁽²¹⁾.

Coincidentemente com a análise que fiz acima, com suporte na jurisprudência, Ibáñez Colomo demonstra que “*os critérios que o Tribunal segue quando examina se um acordo é restritivo por objeto são facilmente depreendidos das decisões judiciais. Tipicamente, esta questão se afirma em referencia à razão fundante do acordo, que é determinada à luz de fatores objetivos. Estes fatores incluem o conteúdo do acordo e o contexto econômico e legal de que ele é parte. O ponto de partida da abordagem padrão é a análise da objetiva finalidade das controvertidas restrições*”⁽²²⁾.

Conclusão

Seria interessante enfeixar as considerações acima com uma pergunta formulada pelo Professor Richard Whish: “*Anticompetitive object vs.*

²⁰ Article 101 TFEU and Market Integration, *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 12, nº 4, December 2016, p. 749-779..

²¹ “*Market integration is an objective of Article 101 TFEU. As a result, agreements aimed at partitioning national markets are in principle restrictive of competition by object. The case law on this point has been consistent since Consten-Grundig*”, *Ob. Cit.*, p. 749.

²² “*The criteria that the Court follows when it examines whether an agreement is restrictive by object are easily inferred from the case law. Typically, this question is established by reference to the underlying rationale of the agreement, which is determined in light of objective factors. These factors include the content of the agreement and the economic and legal context of which it is part. The starting point under the default approach is the analysis of the objective purpose behind the contentious restraints*” *Ob. Cit.* p. 755.

Anticompetitive effect: Does it really matter?"

Na terceira edição da Conferência sobre Concorrência – *New Frontiers of Antitrust* – realizada na Assembleia Nacional de França em 10 de fevereiro de 2012, Richard Whish ironicamente se refere à tentativa de colocar as restrições dentro de uma caixa de objeto (“*object box*”), para se evitar ter que demonstrar os efeitos anticompetitivos de um acordo ou prática⁽²³⁾.

O Direito da Concorrência não se compadece com raciocínios de bipolaridade exclusiva. A contextualidade exige uma multipolaridade. Insistimos na posição segundo a qual a imbricação constante do Direito e da Economia não permite a adesão irrestrita à forma ou à matéria, renunciando à análise constante da realidade sempre mutável. Não podemos nos esquecer do ensinamento multimilenar de Heráclito, que afirmava que tudo corre como um rio: *πάντα ρέει ὡς ποταμός*.

No percurso de análise das decisões acima referidas, nos defrontamos com diversas expressões que traduzem conceitos que servem de guia para a aferição da competitividade, ou anticompetitividade, das condutas sujeitas ao crivo do Poder Judiciário.

O que importa é, pois, dar resposta à conceituação de “*objeto*” e de “*efeito*”. E, para tomar posição, nos defrontamos com vários vocábulos-conceitos. Estamos diante da indagação da existência de uma restrição da concorrência “por objeto”, ou “por efeito”. O conceito (do latim “*cum+cipere*” ou “*cum+capere*”, correlato de “*cum+prehendere*”) se forma a partir da apreensão de notas definitórias particulares de varias coisas e situações da vida real, e de sua redução aos aspectos essenciais formadores do universal.

Quando se afirma que uma cláusula contratual ou uma conduta tem um objeto anticoncorrencial, estamos perquirindo a respeito dos elementos formadores, constitutivos, da cláusula ou da conduta. Por outro lado, dizer que uma cláusula ou conduta tem ou pode ter um efeito anticoncorrencial, significa analisar os resultados reais ou potenciais dali decorrentes. Não se pode parar no simples enunciado do teor da cláusula contratual. Necessário se faz visualizar a natureza da operação, o contexto econômico e jurídico em que se insere, uma apreciação razoável e inafastabilidade dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica.

O que importa é, pois, dar resposta à conceituação de “*objeto*” e de “*efeito*”. E, para tomar posição, nos defrontamos com vários vocábulos-conceitos. Mas a literalidade do vocábulo não pode jamais dispensar o

²³ Anticompetitive object v/s. Anticompetitive effect: Does it really matter?, in *New Frontiers of antitrust 2012* – Concorrences Journal 3rd International Conference, Assemblée Nationale, Paris, p. 10.

intérprete de colocá-lo no universo em que se insere. As questões do contexto da concorrência são por demais ricas para se deixar enclausurar numa definição de dicionário. Há todo um envolvimento político (disputas entre mercados mundiais, criação de mercados regionais, formação de mercado único), envolvimento social (defesa de interesses de consumidores, defesa de empregabilidade), envolvimento econômico (disputas de mercados, globalização, evolução de tecnologia, inovação), que se reflete no significado a ser extraído de um único vocábulo.