

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 12

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2013

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas deste número: Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Eduardo Takemi Kataoka (UERJ), Jacques Labrunie (PUC-SP), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Rodrigo Rocha Monteiro de Castro (Mackenzie – SP) e Sergio Negri (UFJF).

PATROCINADORES:

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 12 (Janeiro/Junho de 2013)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no primeiro semestre de 2015.

**AS <ENTENTES> PROIBIDAS NO DIREITO COMUNITÁRIO
DA CONCORRÊNCIA: ANÁLISE DOS ELEMENTOS DO
ARTIGO 101, (1) DO TRATADO DE LISBOA¹**

**THE PROHIBITED ENTENTES IN THE EUROPEAN UNION
LAW OF COMPETITION: ANALYSIS OF THE ELEMENTS
OF ARTICLE 101, (1) OF THE LISBON TREATY**

Rodrigo Azambuja Martins

Resumo: Normas sobre concorrência não são novidade no Direito Comunitário. Desde 1951, o tratado que criou a Comunidade do Carvão e do Aço já as previa. O ideal de construir um mercado comum, através da livre circulação dos fatores de produção conferiu a essas normas caráter fundamental para sua implementação, afinal de nada adiantaria a supressão das barreiras alfandegárias se, por exemplo, empresas realizassem acordos compartimentando o mercado que se pretendia comum. O longo período de existência, associado ao trabalho realizado pelos órgãos comunitários encarregados da aplicação do direito concorrencial, às teorias econômicas que se desenvolviam no espaço europeu, nomeadamente o ordo liberalismo, e os objetivos a serem alcançados através da união dos povos europeus, deram ao direito comunitário da concorrência um caráter próprio. Através do presente trabalho buscar-se-á analisar os elementos constitutivos da proibição encerrada no art. 101, 1 do Tratado de Lisboa: a existência de uma empresa ou de uma associação delas; a colusão (expressada através de um acordo entre empresas, decisão de associação, ou práticas concertadas); objeto ou efeito de restrição, distorção ou falseamento da concorrência; consequências significativas na competição; efeitos consideráveis no comércio entre

¹ Artigo recebido em 29.01.2015 e a aceito em 04.03.2015.

Estados-membros. Em seguida, analisar-se-ão as consequências da adoção de um dos comportamentos proibidos (art. 101, 2).

Palavras-chave: Direito da concorrência; União Europeia; Práticas comerciais proibidas; Aplicação do art. 101, 1 do Tratado de Lisboa.

Abstract: Competition norms have always existed in the European Law. Since 1951, the treaty that created the European Steel and Coal Community had rules about the theme. The ideal of building a common market, through the free circulation of the production factors, granted these norms a position of prominence. After all, the abolition of border control would become pointless if companies, for example, could share market portions. The long period of its existence, associated to the work done by the communitarian organs dedicated to apply these norms, and the economic theories developed in Europe have given the European Competition Law a unique character. This paper aims to analyze the constitutive elements of article 101,1 of the Lisbon Treaty: the existence of an enterprise or an association of enterprises; the collusion (expressed by several forms of agreements, decisions by the associations, or concerted practices); the affectation of the market, and its significant consequences to competition; and the considerable effects to the transnational commerce. Thereafter, it will analyze the consequences of the adoption of one of the prohibited practices.

Keywords: Competition Law; European Union; Prohibited commercial practices; Application of the article 101, 1 of the Lisbon Treaty.

Sumário: I. Introdução. II. A interpretação e aplicação do art. 101, 1; II.1. A noção de empresa e associação de empresa; II.2. O sentido de acordo, decisão, e prática

concertada; II.3. O objeto ou efeito de restrição da concorrência; II.4. Efeito significativo da restrição; II.5. Efeito significativo no comércio entre Estados Membros; II.6. As espécies de comportamento enumeradas. III. Ônus da prova na demonstração da ocorrência do comportamento proibido. IV. Consequências da adoção da prática proibida; IV.1. Nulidade; IV.2. Sanções Administrativas; IV.3. Reparação de danos. V. Sínteses conclusivas.

I. Introdução.

Normas protetivas da concorrência não são novidades no direito comunitário. O tratado de Paris de 1951, que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, já continha provisões que proibiam a adoção de práticas anticoncorrenciais (artigos 60 a 67). Os demais instrumentos que o seguiram igualmente vedavam a adoção de práticas que buscavam restringir, falsear, ou deformar o jogo da concorrência (artigos 85 e 86 do Tratado de Roma; artigos 81 a 89 do Tratado de Nice). O Tratado de Lisboa (TFUE) da mesma forma tratou do tema em seus artigos 101 a 109.

A adoção de uma economia de mercado livre² – em que a alocação de recursos é determinada exclusivamente pela regra da oferta e procura – não prescinde da adoção de regras para regulação do comportamento dos agentes econômicos. No contexto regulatório

² Conforme art. 3, 3 do Tratado da União Europeia: “A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num **crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços**, numa **economia social de mercado altamente competitiva** que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico.”

da concorrência, normas são necessárias para correção das imperfeições do mercado. Particularmente, se absolutamente livres para determinarem suas condutas, empresas tendem a combinar comportamentos de modo a aumentar seus lucros em detrimento da sociedade³. Com efeito, nos modelos de economia de mercado livre sempre existiu a consciência de que o princípio da livre iniciativa econômica privada postulava quer a liberdade de exercício do comércio e da atividade empresarial, quer a liberdade contratual. Levado ao extremo, esse princípio poderia permitir tudo, incluindo a liberdade para destruir a concorrência⁴ e, em consequência, a própria liberdade para o exercício da atividade econômica.

A perfeita competição se estabelece em um mercado em que há grande número de fornecedores e compradores, o produto é homogêneo, há informação clara sobre este, e inexistem barreiras para entrada e saída de agentes econômicos. Nesse quadro, em que fornecedores são insignificantes em relação ao mercado, estes são descritos não como definidores de preço, mas sim como assimiladores desse⁵.

Resultado desse fenômeno é uma eficiência alocativa dos recursos, uma vez que mercadorias/serviços serão produzidos na quantidade necessária ao consumo da sociedade e disponibilizados no ponto em que o preço corresponder aos custos marginais⁶. O fornecedor não produzirá mais, entretanto, se atuando com vistas a aumentar seus ganhos, também não produzirá menos. Todos aqueles

³ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law: text, cases, and materials*. 4ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 4.

⁴ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. A aquisição de empresas no direito da concorrência: nótulas sobre concentração. In: CÂMARA, Paulo (Org.). *Aquisição de empresas*. Coimbra: Coimbra editora, 2010. p. 267.

⁵ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. op. cit., p. 7.

⁶ Na definição de R. L. Miller corresponde à variação nos custos totais quando há variação de uma unidade na taxa de produção. O custo marginal é igual à variação no custo total por variação de uma unidade do produto. In: *Microeconomia, Teoria, questões e aplicações*. São Paulo: Makron Books, 1981.

desejosos de adquirir um produto a custo de produção poderão fazê-lo. Há um equilíbrio no mercado⁷.

Por outro lado, também se verifica uma eficiência técnica. Como toda empresa deve produzir a custo mínimo – caso contrário perderá mercado – constantemente deve desenvolver técnicas/ inovações para barateamento do preço, redução esta que será transmitida ao consumidor final⁸.

Para além de obter esses ganhos advindos de um mercado em que a concorrência é perfeita, verifica-se, no contexto comunitário, que as regras concorrenciais também têm por escopo assegurar a criação do mercado comum. Com efeito, a Comunidade Européia pretendia atingir seus objetivos através da instituição de um mercado interno, que se baseava numa união aduaneira. Nela haveria livre circulação dos fatores de produção: trabalhadores, mercadorias, e serviços. Suprimir todas as restrições normativas à circulação nada adiantaria, se resultados semelhantes pudessem ser atingidos por outras vias, notadamente a partilha geográfica de mercados por acordos entre empresas, ou o abuso de posições dominantes que inviabilizassem o acesso de empresas provenientes de outro Estado membro aos mercados nacionais. Daí a previsão, como parte da espinha dorsal da própria União, de medidas que, em todos os setores econômicos, garantam que a concorrência não seja falseada⁹.

Assim, a par de cumprir sua missão de obter equilíbrio e progresso econômico, as normas de direito comunitário da concorrência igualmente tencionam à construção de um mercado único, o que é corroborado pelo disposto no art. 3, 1, b do TFUE: A União tem competência para editar normas de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno. Os referidos objetivos são perseguidos através de três instrumentos: a proibição de

⁷ JONES, Alison. Op. cit., p. 8.

⁸ Loc. cit.

⁹ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União: História, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 637-640.

ententes (art. 101), do abuso da posição dominante (art. 102), e de fusões de empresas que não cumpram os requisitos do Regulamento 139/2004.

As referidas normas foram objeto de grande interesse científico por parte da doutrina, e tiveram seu conteúdo delineado pelos órgãos comunitários, notadamente a Comissão (CE) e o Tribunal de Justiça (TJUE) que, ano após ano, na aplicação concreta dessas disposições desvendaram seus contornos e limites¹⁰.

Seu longo período de existência, associado ao trabalho realizado pelos órgãos comunitários encarregados da aplicação do direito concorrencial, às teorias econômicas que se desenvolviam no espaço europeu, nomeadamente o ordo liberalismo¹¹, e os objetivos a serem alcançados através da união dos povos europeus, deram-lhe um caráter próprio¹².

Através do presente trabalho buscar-se-á analisar os elementos constitutivos da proibição encerrada no art. 101, 1: a existência de uma empresa ou de uma associação delas; a colusão (expressada através de um acordo entre empresas, decisão de associação, ou práticas concertadas); objeto ou efeito de restrição, distorção ou falseamento da concorrência; consequências significativas na competição; efeitos consideráveis no comércio entre Estados-membros. Em seguida, analisar-se-ão as consequências da adoção de um dos comportamentos proibidos (art. 101, 2).

Estarão excluídas de nossas investigações, portanto, as hipóteses de isenção previstas no art. 101, 3, bem como questões

¹⁰ ALVES, José Manuel Caseiro. *Lições de Direito Comunitário da Concorrência*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 3.

¹¹ Alison Jones refere-se a ela não apenas como uma escola econômica, mas sim como uma filosofia econômica e política. Concebida na década de 30 na Alemanha, ganhou força no pós-guerra. Para ela a concorrência era necessária para o bem-estar econômico e liberdade política, evitando-se a emergência de poder privado sem contenção e intervenções governamentais discricionárias. Op. cit., p. 35.

¹² Id, Ibid. p. 36.

relacionadas ao abuso da posição dominante e ao fenômeno da concentração de empresas.

II. A interpretação e aplicação do art. 101, 1.

II.1. A noção de empresa e associação de empresa.

Ao iniciarmos a exposição dos elementos constitutivos da proibição encerrada pelo art. 101, 1 do TFUE, a primeira questão que se coloca são seus destinatários, vale dizer, os **sujeitos** ao qual é direcionada. A análise da disposição é clara: a vedação encerra comportamento de empresas e associação de empresas. De se notar, entretanto, que o tratado não define o que seja empresa, tarefa da qual se desincumbiu o TJUE em inúmeros julgados.

Empresa, no direito, designa realidades diversas, de acordo com os variados contextos em que se insere e os propósitos para os quais a definição é criada. No contexto da concorrência irá assumir uma acepção subjetiva (sujeitos jurídicos que exercem atividade econômica)¹³.

Abarca todas as entidades engajadas em atividades econômicas, independentemente de seu estatuto jurídico, ou a maneira pela qual é financiada. Utiliza-se um critério funcional, baseado na natureza comercial das atividades, e não no tipo de entidade¹⁴. Questão que se põe, entretanto, é saber o que consiste *atividade econômica*, do que se distinguirá de *atividades realizadas em prol do interesse público*, em que o agente atua com poder de autoridade.

¹³ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (Coord.); PORTO, Manuel Lopes (editor literário). *Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 34.

¹⁴ AITMAN, David; DAS, Manish. In: DABBAH, Maher M.; HAWK, Barry E. (Org). *Anti-cartel enforcement worldwide*. Cambridge: Cambridge University press, 2009. p. 401.

Ao julgar o caso *Aéroports de Paris*, o TJUE afirmou que “constitui uma actividade económica qualquer actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado¹⁵”. Ademais, lembrou que “o facto de uma actividade poder ser exercida por uma empresa privada constitui um indício suplementar que permite qualificar a actividade em causa como actividade de empresa¹⁶”.

Do acórdão pode-se inferir que uma atividade econômica seria aquela consistente na colocação de bens e serviços no mercado que, em tese, poderia ser desempenhada por um ator privado com vistas a obtenção de lucro.

Alison Jones ensina que deve a atividade passar num teste sobre a existência de três elementos para ser considerada como econômica: oferta de bens e serviços; suportar riscos financeiros do empreendimento; potencial para obtenção de lucro pela atividade (irrelevante se de fato é lucrativa ou se foi constituída com esse propósito)¹⁷. Essa abordagem funcional do conceito permitiu a aplicação das regras de concorrência a uma gama variada de entidades, incluindo indivíduos, clubes, autoridades/órgãos públicos(as).

De toda sorte, encontram-se fora da noção de empresa os consumidores privados; o Estado e outros entes públicos que adquiram bens para satisfação de necessidades próprias, sem a intenção de reintroduzi-los no mercado; órgãos públicos atuando somente no exercício de prerrogativas de poder público; trabalhadores dependentes; entidades que exercem atividades exclusivamente sociais, baseadas no princípio da solidariedade e sem fins lucrativos¹⁸.

Da enumeração supra percebe-se um cuidado dos autores ao definir o campo de exclusão do conceito, uma vez que,

¹⁵ Conforme parágrafo 79 do acórdão.

¹⁶ Conforme parágrafo 82 do acórdão.

¹⁷ JONES, Alison. Op. cit., p. 125, nota 38.

¹⁸ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (Coord.), *et al.* Op. cit., p. 35. Ali há referência há inúmeros casos julgados pelo TJUE corroborando a posição defendida.

constantemente, se utilizam de expressões como “exclusivamente”, “somente”. Não se trata de um excesso de zelo. Pelo contrário, consequência do approach funcional realizado pelo TJUE ao definir o conceito empresa é sua **relatividade**.

Com efeito, parte das atividades de uma entidade pode ser econômica e parte não. A essas não se aplicam as regras de concorrência. Àquelas atividades sim. Em diversas oportunidades o TJUE já assentou a relatividade do conceito. Ao julgar o caso *Motoe* assentou que:

que a circunstância de uma entidade dispor, para o exercício de uma parte das suas actividades, de prerrogativas de autoridade pública não impede, por si só, que seja qualificada de empresa na acepção do direito comunitário em relação ao resto das suas actividades económicas. Com efeito, a qualificação de actividade abrangida pelo exercício das prerrogativas de autoridade pública ou de actividade económica deve ser feita separadamente para cada actividade exercida por uma dada entidade¹⁹

De toda sorte, deve-se verificar se as atividades econômicas desempenhadas podem ser dissociadas dos poderes de autoridade conferidos à entidade. Caso elas estejam intimamente relacionadas, não poderá ser considerada empresa para qualquer fim²⁰.

¹⁹ Conforme parágrafo 25.

²⁰ Conforme julgamento do caso SELEX Sistemi Integrati SPA v. Comissão. Cuidava-se de caso que envolvia o Eurocontrol, uma organização para segurança da navegação aérea. A entidade estava investida de poderes previstos na Convenção para a Segurança da Navegação Aérea. Toda sua atividade era indissociável dos propósitos previstos naquela Convenção, o que levou o TJUE a afirmar que “ ao proceder a uma apreciação errada do direito, o Tribunal de Primeira Instância julgou no sentido de que a actividade de prestação de assistência às administrações nacionais era dissociável da missão de gestão do espaço aéreo e de desenvolvimento da segurança aérea do Eurocontrol, considerando que a relação entre a referida actividade de prestação de assistência e a segurança da navegação aérea era indirecta, fundamento baseado no facto de a prestação de assistência proposta pelo Eurocontrol só cobrir as especificações técnicas no momento da abertura dos processos de concursos e só se repercutir, portanto, na segurança da navegação aérea através desses processos”, parágrafo 77.

Por outro lado, apesar de semelhantes (dado o interesse da coletividade na realização da atividade), não se deve confundir atividade típica de autoridade pública com serviços de interesse econômico geral. Essas são sujeitas às regras de concorrência, desde que sua aplicação não impeça o cumprimento de sua missão particular (art. 106, 2 do TFUE).

A definição do que sejam os serviços de interesse econômico geral, em razão do princípio da subsidiariedade, compete aos Estados membros, assim como as entidades responsáveis pela sua prestação, pois as autoridades nacionais, por estarem mais próximas da realidade de seu país, conhecem as vicissitudes e necessidades de seus cidadãos²¹. De toda sorte, os órgãos comunitários têm controlado a qualificação empreendida pelos Estados partes, notadamente nos casos de erro manifesto de apreciação.

Em *Courbeau* – caso referido ao TJUE pelas autoridades judiciais belgas – discutia-se se um Estado membro poderia ameaçar com pena criminal o comportamento daquele que violasse o monopólio concedido a uma empresa que desempenhava o serviço postal. O Tribunal, ao analisar o caso, reconheceu o referido serviço como de interesse econômico geral, uma vez que “consiste na obrigação de assegurar a recolha, transporte e distribuição do correio, em benefício de todos os utentes, em todo o território do Estado-membro em causa, mediante tarifas uniformes e condições de qualidade semelhantes, sem ter em conta as situações especiais e a rentabilidade econômica de cada operação individual”²².

A noção parece, assim, ser baseada num conjunto de elementos: universalidade, modicidade das tarifas, continuidade, igualdade, qualidade, defesa dos usuários. *Calvão da Silva* afirma que o Tribunal de Justiça recorre às clássicas ‘leis de Roland’ para definir o serviço de interesse econômico geral, que traduzem a base do

²¹ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (Coord.), *et al.* Op. cit., p. 42.

²² Conforme parágrafo 15.

regime jurídico dos serviços públicos: continuidade, igualdade, mutabilidade²³.

Entretanto, apesar de reconhecer essa natureza, afirmou a Corte que o monopólio só poderia ser validamente instituído – fato a ser pesquisado pelas Cortes belgas – na medida em que indispensável para o desempenho da missão confiada ao serviço de interesse geral, mormente se não puser em causa o equilíbrio econômico-financeiro da empresa.

Em interessante compilação sobre os julgados da Corte envolvendo a distinção de atividades econômicas e atividades típicas de autoridade, *Alison Jones* apresenta o seguinte quadro comparativo²⁴:

Empresas	Entidades de caráter não empresarial
1) Agências de emprego comandada pelo Estado (conforme caso Hofner e Elser);	1) Entidade de controle de tráfego aéreo, envolvida na manutenção e melhoria da segurança da navegação (caso SELEX Systemi Integrati SpA);
2) Empresa europeia de transmissão de TV (conforme caso European Broadcasting Union);	2) Instituição encarregada de gerir sistema compulsório de seguridade social (caso Poucet e Pistre);
3) Agentes alfandegários independentes/despachantes (conforme caso Itália v. Comissão – C-35/96);	3) Entidade guiada por leis privadas, à qual foi confiada a missão de vigilância da qualidade ambiental no porto de Genoa (caso Diego Cali v.
4) Instituições públicas de transmissão (conforme decisão publicada no jornal oficial das comunidades	

²³ In: GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (Coord.); PORTO, Manuel Lopes (editor literário). *Lei da Concorrência (...)*. p. 42, nota 07.

²⁴ Op. cit., p. 125 et seq. Tradução livre.

<p>L284/96);</p> <p>5) Instituição que mantinha regime previdenciário facultativo para trabalhadores de agricultura (caso Federation Française des Sociétés d'Assurance);</p> <p>6) Fundo de pensão de filiação compulsória patrocinado pelo governo (caso Albany International BV);</p> <p>7) Organizações médica fornecedoras do serviço de ambulância (caso Ambulaz Glockner);</p> <p>8) Correios espanhóis (caso Spanish Courier Services – OJ L 233/90);</p> <p>9) Redes de televisão pública (caso 155/73, Itália v. Sacchi);</p> <p>10) Entidade habilitada a apreciar pedidos de autorização para eventos moto ciclísticos (caso MOTOE).</p>	<p>SEPG);</p> <p>4) Autoridade municipal concedente de autorizações exclusivas em relação a serviços funerários (caso Corinne Bodson);</p> <p>5) Instituto provedor de seguros contra acidentes de trabalho e doenças ocupacionais (caso Cital di Battistello Venanzio);</p> <p>6) Organizações que administrava o sistema nacional de saúde espanhol (caso FENIN);</p> <p>7) Grupos de fundos de doença (caso AOK Bundesverband).</p>
--	--

Já no que toca às associações de empresas, costuma referir-se a elas como agrupamento de empresas do mesmo ramo, encarregado da defesa dos interesses comuns em relação a outros agentes econômicos, organismos governamentais, e público em geral²⁵.

Caseiro Alves expõe que se trata de uma forma de cooperação entre as empresas, cuja igualdade e independência encontram-se garantidas. Encontra três elementos que lhe definem: *constituição*

²⁵ Conforme opinião emitida pelo Advogado-Geral Léger no caso Wouters, C-309/99, parágrafo 61.

livre e consciente (exclusão dos simples vínculos de fato); *igualdade dos membros* (identidade de tratamento aos associados que se encontrem nas mesmas condições); *autonomia dos associados*²⁶.

Sua referência pela legislação anticoncorrencial parece se justificar para impedir que empresas adotem comportamentos concertados através de uma estrutura institucionalizada, contornando a proibição. Nesse sentido, o Advogado-Geral Léger afirma que

para garantir a efectividade deste princípio, o artigo 85.º, n.º 1 < art. 101, 1 TFUE >, abrange não apenas as modalidades directas de coordenação de comportamentos entre empresas (os acordos e as práticas concertadas), mas também as formas institucionalizadas de cooperação, quer dizer, as situações em que os operadores económicos agem por intermédio de uma estrutura colectiva ou de um órgão comum²⁷.

Não se deve olvidar que a própria associação de empresa pode ser considerada empresa para fins do direito concorrencial, a depender da análise do exercício de atividade econômica por si.

II.2. O sentido de acordo, decisão, e prática concertada.

Uma vez definidos os sujeitos capazes de incidir nos diversos comportamentos vedados pelo art. 101, 1 do TFUE, cumpre-nos analisar em que consistem as citadas condutas. O texto legal faz referência a **acordos** entre empresas, **decisões** de associação de empresas, e **práticas concertadas**.

Por acordo deve-se entender, afastando-se da acepção privatística do direito civil, todo produto da concordância de vontades (elemento subjetivo), não sendo necessário que esse encontro crie obrigações jurídicas. Bastará que restrinja por meios extra-jurídicos a liberdade de ação das partes, de modo que já não mais poderão tomar

²⁶ ALVES, José Manuel Caseiro. Op. cit., p. 25.

²⁷ Conforme opinião manifestada no caso Wouters, parágrafo 62.

decisões autonomamente, mas em função daquela combinação. Exigir-se que o acordo seja fonte de obrigações juridicamente vinculantes faria o direito da concorrência refém das classificações jurídicas atribuídas pelas diversas ordens internas, dificultando sua aplicação e o cumprimento de seus objetivos²⁸.

Assim, desnecessária a existência de um plano, bastando que empresas tenham expressado uma vontade conjunta de se comportar no mercado de determinada forma. No conceito estão incluídos os acordos de cavalheiros, e as regras de boa vizinhança²⁹. Sobre o tema, o TJUE já se pronunciou diversas vezes afirmando que “longe de exigirem a elaboração de um verdadeiro «plano», devem ser entendidos <acordos> à luz a concepção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência, segundo a qual cada operador econômico deve determinar, de modo autônomo, a política comercial que tenciona adoptar no mercado comum”³⁰.

Infere-se que, para fins do direito da concorrência, pouco importa a forma jurídica pela qual se reveste o acordo, até porque se trata de um ramo do direito marcado pela prevalência da substância sobre a forma³¹.

A exigência de um concurso de vontades nos faz ver que, para estarmos diante de um acordo necessariamente deverão estar envolvidos dois agentes econômicos. Essa assertiva nos remete para outra questão, relacionada aos contratos de agência, e acordos realizados no interior de grupos de sociedades. Bastará a existência de duas pessoas jurídicas distintas para se verificar a concorrência de vontades?

Parece que não. Se as empresas atuarem como uma unidade econômica estará afastado o concurso. Eventual comportamento anticoncorrencial poderá recair na proibição do art. 102, mas não

²⁸ ALVES, José Manuel Caseiro. Op. cit., p. 35.

²⁹ JONES, Alison. Op. cit., p. 142.

³⁰ Conforme caso *Adriática*, parágrafo 89.

³¹ In: GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (Coord.). Op. Cit. p. 88.

naquela ora analisada, que pretende deixar intocados comportamentos no seio de um grupo empresarial. A unidade restará verificada quando inexistir **independência econômica** de uma das sociedades componentes do grupo, aferida pela impossibilidade de a mesma determinar seu modo de atuação no mercado³².

A determinação concreta da (in)dependência das entidades não é tarefa fácil e dependerá sempre da análise das conjunturas em que as mesmas estão inseridas, e dos poderes de fato exercidos pela sociedade mãe sobre as subsidiárias/filiais. Parecem ser indicativos dessa circunstância: o controle sobre os membros da diretoria (possibilidade de indicá-los e afastá-los); o fato de a subsidiária seguir determinações diretas da sociedade-mãe; a elevada participação no capital social³³.

Em *Viho Europe BV*, após constatar que a sociedade-mãe detinha 100% do capital social da subsidiária, o TJUE afirmou que elas formavam “uma unidade econômica no interior da qual as filiais não têm autonomia real na determinação da sua linha de acção no mercado, mas aplicam as instruções que lhe são impostas pela sociedade-mãe que as controla.”, razão pela qual excluiu a existência de um acordo entre empresas, mesmo que diversas pessoas jurídicas distintas participassem da prática³⁴.

De igual modo, não parece incidir na proibição os contratos realizados pelos fornecedores com seus agentes, uma vez que estará em causa a distribuição do trabalho no âmbito da atividade empresarial, que se comporta como agente econômico único, muito embora materializado através de duas pessoas distintas. Entretanto, tratando-se de agente independente, em que há uma convenção

³²JONES, Alison. Op. cit., p. 135.

³³ Id. Ibid. p. 137.

³⁴EZRACHI, Ariel. *EU Competition Law: An analytical guide to the leading cases*. 2ª ed. Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010, p. 19. O autor também fez referência à decisão proferida em *Hydrotherm v. Compact* (C 170/83), em que a referida orientação foi aplicada.

expressa ou tácita quanto à assunção dos riscos pela comercialização do produto ou serviço, unidade não haverá³⁵.

Nesse mesmo sentido, a Comissão Europeia manifesta-se na sua Comunicação sobre Orientações relativas às restrições verticais (2010/C 130/01) ao afirmar que “13. Factor determinante na apreciação da aplicabilidade do artigo 101, 1 é o risco financeiro ou comercial suportado pelo agente na prática dos actos relativamente aos quais foi nomeado enquanto tal pelo comitente”. Normalmente será considerado contrato de agência, não abrangido pela proibição do art. 101,1 aquele em que os produtos não forem de propriedade do agente; não for ele responsável pela solvabilidade do comprador, além de outras situações previstas no parágrafo 16 da comunicação.

Por outro lado, as diferentes unidades econômicas partes no acordo não precisam operar no mesmo estágio do processo produtivo, vale dizer, ser concorrentes. A proibição abrange os chamados acordos verticais, até porque o texto legal não faz qualquer distinção. Ademais, é indubitável que apesar de os participantes do acordo vertical não concorrerem entre si, podem falsear a concorrência, uma vez que a exclusividade de fornecimento de determinado produto pode provocar aumento de preço de insumos, e encarecimento do preço final do concorrente, provocando dominação de mercado. Essa orientação foi firmada em *Consten e Grunding v. Comissão* (casos 56 e 58/64)³⁶.

³⁵ ALVES, José Manuel Caseiro. Op. cit., p. 27.

³⁶ Naquela oportunidade o TJUE afirmou que: “O artigo 85, ao referir-se de forma geral a todos os acordos que falseiem a concorrência no interior do mercado comum, não procede a qualquer distinção entre esses acordos conforme sejam celebrados entre operadores concorrentes na mesma fase da produção ou entre operadores não concorrentes situados em fases diferentes. Em princípio, não deve distinguir-se onde o Tratado não distinga. A concorrência pode ser falseada, na acepção do artigo 85°, n.º1, não apenas por meio de acordos que a limitem entre as partes, mas ainda por meio de acordos que impeçam ou restrinjam a concorrência que poderia existir entre uma delas e terceiros”.

As **práticas concertadas**³⁷, por sua vez, representam os comportamentos das empresas não suscetíveis de serem justificados economicamente, fazendo transparecer que as empresas substituem entre si os riscos da concorrência por uma cooperação prática – conforme decisão do caso *Dyestuff*, parágrafos 64/5³⁸.

Visam abranger todo e qualquer concurso de vontade ou conluio entre empresas destinados a produzir efeitos que a norma pretende evitar. Não é sequer necessário determinar, para reputar o comportamento verificado, se o mesmo assume a forma de acordo escrito, ou mero entendimento comercial³⁹. Trata-se de um soldado de reserva, de modo a abranger todos os comportamentos colusivos, a partir da constatação de que a efetividade das normas da concorrência ficaria abalada se seus objetivos pudessem ser contornados pela adoção de comportamentos diversos de acordos, em que o grau de vinculação fosse brando⁴⁰.

Em resumo, seus elementos constitutivos são: coordenação ou cooperação prática entre empresas, que substitui sua atuação independente; existência de contatos entre empresas, levados adiante com vistas a possibilitar a coordenação; objetivo de eliminar a incerteza quanto ao comportamento futuro dos rivais⁴¹.

Por outro lado, para que restem caracterizadas as práticas concertadas, também devem elas ser implementadas no mercado, não bastando a aproximação ou combinação. A utilização da expressão “prática” revela que, diferentemente do que se passa com acordos, deve ela ser executada, não sendo configurada com o mero conluio.

³⁷ Optamos por defini-la antes da ordem legalmente instituída por razões didáticas, uma vez que se assemelham aos acordos, sendo prudente traçar suas distinções.

³⁸ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. In: *Direito da União...*, p. 660.

³⁹ Id. (Coord.). In: *Lei da concorrência...*, p. 89.

⁴⁰ ALVES, José Manuel Caseiro. Op. cit., p. 38.

⁴¹ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. *O controlo dos oligopólios pelo direito comunitário da concorrência: A posição dominante coletiva*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 269.

Nesse mesmo sentido, *Ariel Ezrachi* expõe que o conceito de prática concertada, como resulta dos termos do art. 101,1 do TFUE requer, para além da combinação, uma subsequente conduta no mercado e uma relação de causa e efeito entre ambas. Expõe que, a par das distinções traçadas entre os conceitos de acordo e práticas concertadas, os órgãos encarregados da aplicação de normas anticoncorrenciais poderão realizar uma classificação conjunta do comportamento, afinal ambos são proibidos⁴².

Em *Limburgse Vinyl Maatschappij* (caso polipropileno), o Tribunal de Primeira Instância (TPI) seguiu essa orientação. O caso envolvia um esquema complexo entre produtores do setor de polipropileno, tendo a Comissão classificado os comportamentos dos agentes econômicos como acordos e/ou práticas concertadas. Tal fato, entretanto, não invalidou a decisão

na medida em que essa infracção comporta elementos que devem ser qualificados de «acordo» e elementos que devem ser qualificados de «prática concertada». Nessa situação, a dupla qualificação deve ser entendida não como uma qualificação que exige simultânea e cumulativamente a prova de que cada um desses elementos de facto apresenta os elementos constitutivos de um acordo e de uma prática concertada, mas sim como designando um todo complexo que inclui elementos de facto que uns qualificam como acordo e outros como prática concertada na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado <101,1 TFUE>, que não prevê qualificação específica para esse tipo de infracção complexa⁴³.

Por outro lado, deve-se ter em mente que, se as práticas concertadas devem ser implementadas no mercado para restarem caracterizadas, aos órgãos encarregados da aplicação das normas de concorrência apenas é exigível comprovar a existência do conluio, uma vez que é presumido que a empresa tomou em consideração as

⁴² EZRACHI, Ariel. Op. cit., p. 59.

⁴³ Conforme parágrafos 697 e 698 do acórdão.

informações obtidas no encontro para determinar seu comportamento no mercado⁴⁴.

Diante de todas essas construções, pouca utilidade existe na distinção desses tipos de comportamento proibidos. Em verdade, a importância do estudo do conceito de práticas concertadas se verifica, pois nos permite diferenciá-las dos meros comportamentos paralelos, não proibidos⁴⁵.

Com efeito, o paralelismo inteligente não resulta de qualquer contato entre empresas, sendo fruto de decisões tomadas de maneira autônoma face às condições de mercado. Nessa ordem de idéias, não se proíbe que empresas adaptem-se inteligentemente ao comportamento conhecido ou previsto dos concorrentes⁴⁶. Com efeito, o postulado da autonomia – cada agente econômico deve determinar por si o comportamento que adotará no mercado – não é posto em causa através do paralelismo inteligente.

Assim, a vista de um comportamento paralelo adotado por empresas, deve-se indagar se o paralelismo é resultado de características do mercado ou, pelo contrário, resulta de um prévio concerto ou colaboração de empresas. Não tendo ele qualquer justificativa economicamente viável de acordo com as características do mercado, é de se presumir que seja resultado de encontro, troca de informações, acordo entre empresas.

Mariano Pego expõe que, embora o paralelismo de comportamentos não equivalha à prática concertada, sua comprovação constitui indício sério da mesma. Acrescenta que o TJUE, em *ICI*, segue essa orientação ao afirmar “constituir um indício sério da mesma <prática concertada>, quando alcança condições de concorrência que não correspondem às condições normais do

⁴⁴ Nesse sentido, confira-se o acórdão do TJUE no caso *Huls AG v. Comissão* (C-199/92), parágrafo 162. Sobre ônus da prova da ocorrência da infração confira o título 3, *infra*.

⁴⁵ JONES, Alison. Op. cit., p. 163.

⁴⁶ PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. Op. cit., p. 266.

mercado, tendo em consideração a natureza dos produtos, a importância e o número de empresas e o volume do referido mercado⁴⁷”.

Finalmente, por **decisão** de associação de empresa deve-se entender toda manifestação de vontade coletiva das empresas, agrupadas em uma associação. Assim como os acordos, as decisões de associação não necessitam de ter efeito vinculante, bastando que a maioria de seus membros adote o comportamento nela previsto⁴⁸.

Sobre o tema manifestou-se o TJUE, ao julgar o caso *IAZ International Belgium*. No acórdão, reconheceu-se que uma recomendação de associação de empresa, ainda que desprovida de efeitos vinculativos e obrigatórios não escapa da proibição encerrada no art. 101,1 quando voluntariamente cumprida pelos membros, causando efeito significativo da concorrência⁴⁹. Acolhendo essas orientações, a autoridade nacional da concorrência britânica reconhece como decisão de associação toda e qualquer exortação – inclusive oral – emitida com pretensão de ser seguida por seus membros⁵⁰.

Assim, *Gorjão Henriques* ensina que, os estatutos, regulamentos, ou outras deliberações adotadas pelos órgãos sociais são considerados abrangidos pelo art. 101, 1. Apenas restam excluídas decisões respeitantes a atividades puramente sociais levadas a efeito pela associação, bem como aquelas que não lhe sejam diretamente imputáveis, mas sim ao Estado, como sucede em certos tipos de regulamentação editadas por associações profissionais, quando é o Estado que tem o cuidado de definir os critérios de interesse geral e

⁴⁷ Op. cit., p. 279.

⁴⁸ ALVES, José Manuel Caseiro. Op. cit., p. 37.

⁴⁹ Conforme parágrafo 20.

⁵⁰ A nota é de Ariel Ezrachi, na obra já citada, p. 71. A recomendação está lançada, na parte que nos interessa, nos seguintes termos: “2.4 A recommendation of an association of undertakings may also be a decision, as may an oral exhortation **which it is intended that members should follow**. This will be the case even if the recommendation is not binding on the members or has not been fully complied with.”

princípios fundamentais a que a regulamentação aprovada deve obedecer⁵¹.

II.3. O objeto ou efeito de restrição da concorrência.

Nos tópicos anteriores procuramos definir os sujeitos e as condutas proibidas, objetivamente consideradas. É chegada a hora de examinar a finalidade do comportamento, de modo a se estabelecer o nexo de causalidade entre a *entente* e a restrição ou atentado à concorrência.

Tradicionalmente, afirma-se que a restrição a concorrência é verificada sempre que houver limitação da liberdade econômica de ação das partes, pelo menos desde que afete terceiros. A restritividade do comportamento tanto pode resultar do objeto do acordo, como dos efeitos que o mesmo provoca – ainda que não imaginados ou queridos pelos contratantes⁵². Precisamente pela utilização da conjunção alternativa *ou* pelo texto legal, o TJUE reconhece que basta a comprovação apenas do efeito ou objetivo anticoncorrencial para que a conduta seja proibida⁵³.

Caseiro Alves alerta, entretanto, que a proibição apenas terá lugar se do objetivo resultar verossímil a real provocação de atentado à concorrência (possibilidade razoável). Para além de um objetivo anticoncorrencial, deverá o acordo, prática concertada, ou decisão mostrarem-se adequado à restrição, falseamento, ou aniquilação da concorrência. O resultado deve revelar-se consequência natural e provável de sua aplicação⁵⁴.

Por outro lado, deve-se ter em mente que todo acordo/prática concertada/decisão de associação de certa forma – por vincular as partes – limita sua liberdade econômica. Obviamente não é objetivo

⁵¹ In: *Direito da União...*, p. 661-662.

⁵² *Ibid.* p. 669.

⁵³ Conforme caso *Stergio Delimitis* (C-234/89), parágrafo 13.

⁵⁴ ALVES, José Manuel Caseiro. *Op. cit.*, p. 45.

das normas concorrências impedir a celebração de compromissos entre os diversos agentes econômicos, mas tão somente aqueles que restrinjam um modelo de concorrência eficaz (*workable competition*). Nessa análise, o Tribunal não terá como referência uma concorrência perfeita e irreal, mas um modelo praticável e eficaz⁵⁵. No ponto, célebres são as afirmações do acórdão *Board of Trade of Chicago* proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos:

Todo acordo sobre comércio restringe. O verdadeiro teste sobre sua legalidade é saber se a restrição é de tal monta que seja mera regulamentadora e, talvez assim, promotora da concorrência, ou talvez, de maneira a se tornar supressora ou mesmo destruidora da concorrência. Para determinar esta questão, o tribunal deve considerar normalmente os fatos peculiares do mercado, sua condição antes e depois de a restrição ter sido imposta, a natureza da restrição, e seus efeitos, reais ou prováveis⁵⁶.

Por fim, deve-se lembrar que os efeitos anticoncorrenciais – a serem objetivamente demonstrados com base no contexto em que inserido o acordo - não dizem respeito apenas ao bem-estar dos consumidores (*consumer welfare*), haja vista o duplo objetivo das normas comunitárias da concorrência: manutenção de um mercado competitivo, e a criação de um mercado único. Nesse sentido, reformando decisão proferida pelo TPI, o TJUE afirmou que:

⁵⁵ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União...* p. 671. Parece ter sido esse o entendimento do TJUE ao julgar o caso *Metro v. Comissão* (C-26/76), em que se afirmou: “A condição prevista nos artigos 3.º e 85.º do Tratado CEE de não falsear a concorrência implica a existência no mercado de uma concorrência eficaz (*workable competitor*), isto é, de um grau de concorrência necessário para que sejam respeitadas as exigências fundamentais e alcançados os objectivos do Tratado e, em especial, o estabelecimento de um mercado único que estabeleça condições análogas às de um mercado interno. Tal exigência reconhece que a natureza e a medida da concorrência possam variar em função dos produtos ou serviços em causa e da estrutura económica dos mercados sectoriais em vista.”, parágrafo 20.

⁵⁶Caso 246 U.S. 231 (1918). Tradução livre.

O artigo 81. CE <101, 1 do TFUE> visa, a exemplo de outras regras de concorrência enunciadas no Tratado, proteger não apenas os interesses dos concorrentes ou dos consumidores, mas a estrutura do mercado e, deste modo, a concorrência em si mesma. Por isso, a declaração da existência de objectivo anticoncorrencial de um acordo não pode ficar subordinada a que os consumidores finais fiquem privados das vantagens de uma concorrência eficaz em termos de aprovisionamento ou de preços⁵⁷.

II.4. Efeito significativo da restrição.

Ainda que não se possa extrair da literalidade da disposição analisada a necessidade de a restrição provocada pela conduta ser sensível, o referido requisito foi criado e desenvolvido pelos órgãos comunitários, que acabaram por transpor para o direito europeu da concorrência o velho adágio *de minimis non curat praetor*, reduzindo o campo de aplicação da norma do art. 101,1⁵⁸.

O conceito foi desenvolvido pela primeira vez no julgamento do caso *Volk vs. Vervaeck*, envolvendo contrato de distribuição exclusiva de máquinas de lavar. Constatou-se que a produção dessas máquinas pela companhia de Volk representava apenas 0.2% do mercado alemão, e 0,6% dos mercados belga e luxemburguês. Diante desse quadro, em que inexpressivo o acordo, a Corte concluiu que o mesmo não era suscetível de afetar o comércio entre Estados-membros⁵⁹.

Comentando o caso, *Alison Jones* ensina que o direito comunitário da concorrência não se preocupa com acordos de

⁵⁷ Conforme acórdão proferido no caso *GlaxoSmithKline Services Unlimited (C-501/06)*, parágrafo 63.

⁵⁸ MIDDLETON, Kirsty, et al. *Cases and Materials on UK and EC Competition Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 223.

⁵⁹ Conforme parágrafos 5 a 7: “Assim, a proibição do artigo 85. ° não se aplica a um acordo que apenas afecta o mercado de modo insignificante, tendo em conta a situação pouco relevante que os interessados ocupam no mercado dos produtos em causa”.

diminuta importância – assim entendidos como aqueles entabulados por agentes econômicos que ostentem uma posição pequena no mercado – inclusive quando previrem sérias restrições⁶⁰.

Com vistas a orientar os diversos agentes econômicos em atuação no espaço europeu, a Comissão editou uma notícia referente a acordos de menor importância, que expressa sua visão acerca do que esses consistem. A notícia utiliza-se do conceito de porção de mercado para indicar os acordos que não provocam restrições relevantes. Nos termos de seu parágrafo sétimo, consideram-se fora da proibição os acordos realizados por empresas concorrentes cuja soma das quotas de mercado não exceda a 10% do mercado relevante⁶¹. Por sua vez, tratando-se de empresas pertencentes a diferentes níveis do processo produtivo, são permitidos acordos quando a quota de mercado de cada uma das partes não ultrapassar 15%. Entretanto, como se nota do parágrafo 11, esse limite não será aplicável caso o acordo imponha uma **restrição severa** aos participantes, assim entendidas como aquelas que fixem preços, limitem oferta ou vendas, ou dividam mercados.

Uma apressada leitura dos dispositivos pode fazer um desavisado chegar à conclusão de a Comissão ter ido de encontro ao decidido pelo TJUE em *Volk*. Entretanto, deve-se extrair da notícia que a Comissão é do entendimento de quão maiores as restrições, menores serão as chances de o acordo ser de diminuta importância, o que deverá ser demonstrado pelas partes, de acordo com a fração de quotas de mercado que possuírem⁶².

⁶⁰ JONES, Alison. Op. cit., p. 172.

⁶¹ De acordo com a prática da CE, estampada na notícia veiculada no jornal oficial das comunidades C372-5, mercado relevante refere-se a conjugação das noções de **mercado de produto relevante**, compreendido como todos os produtos/serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidores em razão de características, preços e utilização pretendida; e **mercado geográfico relevante**, compreendido como a área em que empresas fornecem produtos/serviços em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas vizinhas, em razão das condições de concorrência serem distintas nessas área – parágrafos 07 a 09 da notícia.

⁶² JONES, Alison. Op. cit., p. 176.

II.5. Efeito significativo no comércio entre Estados Membros.

O conceito de ‘afetação do comércio entre Estados membros’, em verdade, delimita a competência da União para expedir regras de direito da concorrência, as atribuições de seus órgãos encarregados da sua aplicação, bem como o âmbito da proibição encerrada no art. 101, 1. Com efeito, extrai-se do art. 3,1, b do TFUE que a atribuição de competência exclusiva à União em matéria concorrencial é realizada com vistas a garantia do funcionamento do **mercado interno**, do que se extrai o critério para aplicação das disposições comunitárias: a existência de um efeito *sensível* transfronteiriço.

Segundo a jurisprudência do TJUE, comércio abrange não apenas as formas normais de trocas de bens e serviços, cobrindo todas as atividades econômicas para além das fronteiras de um Estado membro⁶³. O termo comércio sofre uma interpretação extensiva em relação a seu significado normal de troca de ‘mercadorias’⁶⁴. Essa interpretação, aliás, é conforme o objetivo do tratado de promover a livre circulação dos fatores de produção.

Para analisar se determinado comportamento tem contornos transfronteiriços, deve-se realizar um teste em que se verifica se há probabilidade suficiente de o mesmo influenciar a estrutura do comércio entre os Estados, e/ou afetar direta ou indireta, efetiva ou potencialmente a estrutura do comércio⁶⁵.

Esse teste é referido nas orientações da Comissão sobre o conceito de afetação do mercado, notadamente nos parágrafos 25 a 43.

⁶³ Conforme caso *Zuchner* (C-182/80), parágrafo 18, em que se reconheceu que o conceito de comércio abrangia o de transações monetárias. Nesse sentido também são as orientações da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio (2004 - OJ C101/81), como se vê do parágrafo 9.

⁶⁴ TENREIRO, Mario Paulo. Direito Comunitário da Concorrência: significado e autonomia do critério de afetação do comércio entre os Estados-membros face à realização do mercado único. In: *Revista de Direito Econômico*. Coimbra: Ano XV, 1989, p. 231.

⁶⁵ JONES, Alison. Op. cit., p. 179.

Aliás, não se trata de novidade, pois há muito o TJUE afirmava que: “o acordo em causa deve, com base num conjunto de elementos objectivos de direito ou de facto, deixar prever, com suficiente grau de probabilidade, que pode exercer uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, sobre o desenrolar das trocas comerciais entre os Estados-membros⁶⁶”.

Apesar de sempre se referir à necessidade de os efeitos transbordarem as fronteiras de um Estado membro, não estão fora da proibição do art. 101,1 os acordos ocorridos exclusivamente dentro do território de um único Estado. Com efeito, determinado acordo pode impedir o acesso de empresas estrangeiras ao mercado local, a revelar a afetação do mercado comum. Assim, não é necessário verificar-se uma redução do comércio, bastando que seja susceptível de se produzir uma alteração sensível da estrutura do comércio entre os Estados-membros⁶⁷.

Por outro lado, deve-se ter em mente que o conceito de afetação é neutro, vale dizer, engloba tanto os comportamentos que reduzam o comércio, como aqueles que o estimulem. Com efeito, não é necessário que a prática diminua as trocas comerciais entre os Estados-membros, até porque a teleologia imanente a norma está na realização e defesa de um mercado único, à qual diversas modalidades de afetação podem fazer agravo: desvio de fluxos comerciais, isolamento de mercados nacionais, etc⁶⁸.

Essa orientação foi tomada no julgamento do caso *Consten e Grundig*, em que se afirmou “circunstância de um acordo favorecer um aumento, ainda que considerável, do volume do comércio entre os Estados não basta para excluir que esse acordo possa «afectar» o comércio⁶⁹”. Assim, para ocorrer a afetação, basta, nos dizeres da

⁶⁶ Conforme caso *Société La Technique Minière* (C56/65).

⁶⁷ Conforme parágrafo 77 das Orientações da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio.

⁶⁸ TENREIRO, Mário Paulo. Op. cit., p. 236.

⁶⁹ Processo C-56/64.

Comissão, que a **evolução** do comércio ocorra de maneira distinta daquela que se verificaria caso o acordo não existisse⁷⁰.

Por fim, exige-se seja a afetação do comércio *sensível*, pelos mesmos fundamentos expostos para análise dos efeitos proibidos. Requer-se a existência de certa magnitude na afetação do comércio, sem o que os acordos não são abrangidos pela proibição.

Nessa análise, deverá ter-se em conta a importância da empresa no mercado relevante, natureza do produto, e termos do acordo. A Comissão tem considerado não serem capazes de afetar sensivelmente o comércio acordos que cumpram dois requisitos cumulativos: a fração agregada de mercado relevante afetado não exceder à 5%; em casos de acordos horizontais, não exceder o volume de negócios das empresas, respeitantes ao produto objeto do acordo, a 40 milhões de euros⁷¹.

II.6. As espécies de comportamento enumeradas.

Após definir os comportamentos proibidos, o legislador convencional apresenta uma enumeração de acontecimentos que reputa prejudiciais à concorrência. De início, imperioso observar tratar-se de enumeração exemplificativa ou indicativa⁷². Assim, nada impede de outras condutas que afetem sensivelmente o comércio entre os Estados-membros recaírem na proibição que encerra, uma vez que se trata de exemplos-padrão.

A enumeração é iniciada pelas práticas que importem na fixação dos preços ou outras condições de venda. São considerados abrangidos pela proibição todos os acordos verticais e horizontais em matéria de descontos, prazo de entrega, estabelecimento de preço comum fixo ou mínimo para revenda. Com efeito, essa conduta afeta o jogo da concorrência, ao permitir aos participantes preverem, com

⁷⁰ Conforme parágrafo 34 das Orientações sobre o conceito de afetação do comércio.

⁷¹ Conforme parágrafo 52 das Orientações sobre o conceito de afetação do comércio.

⁷² ALVES, José Manuel Caseiro. Op. cit., p 50.

razoável grau de certeza, qual será a política de preços de seus concorrentes⁷³.

Também são proibidos os acordos que limitem a produção, distribuição, o desenvolvimento técnico ou investimentos. Mais relevante é a proibição de partição do mercado (c). Com efeito, trata-se de prática manifestamente prejudicial aos objetivos de realização de mercado comum, uma vez que as barreiras aduaneiras que se buscou extinguir podem ser substituídas com os citados comportamentos, impedindo a livre circulação de pessoas e mercadorias⁷⁴. Por fim, a aplicação de condições discriminatórias a prestações equivalentes, assim como a adoção de cláusulas de subordinação são vedadas.

III. Ônus da prova na demonstração da ocorrência do comportamento proibido.

Já tendo examinado os requisitos para configuração de uma *entente* proibida, cumpre-nos avaliar a quem incumbe comprovar sua existência. Tendo a União Europeia aderido à Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH), como se vê do art. 6, 2 do TFUE, parece indene de dúvidas, por força do princípio da presunção de inocência ali consagrado, ser ônus daquele que alega comprovar a existência da infração.

Nesse sentido, o TJUE, em *Huls Ag v. Comissão*, afirma a aplicabilidade do citado princípio, reconhecendo tratar-se de procedimento ‘criminal’ para efeitos do art. 6º da CEDH, haja vista as gravosas sanções que podem resultar em razão da comprovação da prática de comportamento anticoncorrencial⁷⁵. Seguindo essa

⁷³ Ibid. p. 51.

⁷⁴ ALVES, José Manuel Caseiro. Op. cit., p. 53.

⁷⁵ Conforme parágrafos 145/6 do acórdão: “A este propósito, há que reconhecer, antes do mais, que o princípio da presunção de inocência, como designadamente resulta do artigo 6.º, n.º 2, da CEDH, faz parte dos direitos fundamentais que, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, reafirmada no preâmbulo

orientação, o legislador comunitário editou o Regulamento 01/2003, dispondo em seu art. 2º. ser ônus do particular ou da Comissão comprovar a existência da prática proibida e, por outro lado, ser ônus da empresa demonstrar que esta é abrangida pela exceção do art. 101, 3.

Não se requer, entretanto, que o conjunto probatório estabelecido seja para além de uma dúvida razoável – como ocorre nos processos criminais. Bastará a reunião de um conjunto de elementos coerentes e precisos a respeito dos fatos, até porque as práticas anticoncorrenciais, via de regra, são estabelecidas na clandestinidade, não sendo razoável exigir-se prova cabal da sua ocorrência, mas apenas um conjunto harmônico de indícios, acompanhados de uma ausência de explicação para sua ocorrência.

Essa orientação é defendida pelo TPI em *British Plasterboard v. Comissão*, ocasião em que expressamente se afirma que: “deve ser afastada a afirmação da recorrente segundo a qual a Comissão deve apresentar uma prova «que esteja para além da dúvida razoável» (beyond reasonable doubt) da existência da infracção nos casos em que aplica coimas severas”.

O fato de o procedimento para comprovação da infração ao direito comunitário da concorrência ser considerado criminal, para fins de aplicação das garantias previstas no art. 6º. da CEDH, não importa na integral transposição dos princípio e regras de direito processual

do Acto Único Europeu e no artigo F, n.º 2, do Tratado da União Europeia, são protegidos na ordem jurídica comunitária (v., neste sentido, acórdão Bosman, já referido, n.º 79). Importa igualmente admitir que, atenta a natureza das infracções em causa, bem como a natureza e grau de severidade das sanções aplicáveis, o princípio da presunção de inocência aplica-se aos processos atinentes a violações das regras de concorrência aplicáveis às empresas susceptíveis de conduzir à aplicação de multas ou de sanções pecuniárias compulsórias (v., neste sentido, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, acórdãos Öztürk de 21 de Fevereiro de 1984, Série A, n.º 73)”.

penal, mormente em razão da natureza das sanções: coimas, espécies de débito civil (art. 23 do Regulamento 01/2003)⁷⁶.

Assim, se por um lado devem ser aplicadas as garantias do art. 6º da CEDH, por outro o standard probatório requerido para demonstração da infração é aquele utilizado para os procedimentos civis. A especificidade do procedimento concorrencial sancionatório – imposição de severas penalidades – exige, entretanto, a presença de fortes e convincentes indícios.

IV. Consequências da adoção da prática proibida.

IV.1. Nulidade.

Uma vez demonstrada a existência da *entente* proibida, é relevante saber quais as consequências que advém da adoção do comportamento proibido. O art. 101, 2 sanciona-o reputando-o nulo, devendo ser recusada a produção de qualquer efeito.

Inicialmente, deve-se esclarecer que a referida sanção é aplicável apenas a acordos e decisões de associação de empresas, uma vez que de nada adiantaria reputar as práticas concertadas nulas, se não geram qualquer obrigação ou direito para os envolvidos⁷⁷.

Por outro lado, não é todo o acordo ou decisão que se deve reputar nulo, mas tão-somente a cláusula restritiva da concorrência, a menos que inseparável das demais, ocasião em que deverá ser tido como integralmente nulo. Busca-se conservar o negócio jurídico, a menos que se conclua que, face a ausência da cláusula, o acordo/decisão não seria realizado/tomada. Nesse sentido, em *Société La Technique Minière*, o TJUE afirma que: “A nulidade em causa só

⁷⁶ A corroborar essa assertiva, verifica-se que as coimas, em caso de insolvência da empresa, poderão ser cobradas de seus membros – art. 23, 4. A transmissibilidade da sanção revela, sem sombra de dúvidas, seu caráter civil.

⁷⁷ LOPES, Fernando Peña. *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*. Granada: Comares, 2000. p. 152-3.

se aplica aos elementos do acordo atingidos pela proibição ou a todo o acordo se estes elementos se revelarem inseparáveis do próprio acordo⁷⁸”.

Outrossim, ainda que natural ser a proibição contemporânea ao momento de introdução da decisão/acordo no mundo jurídico, nada impede que a mesma seja posterior. Com efeito, a alteração das condições fáticas em que o acordo foi estabelecido pode torná-lo proibido. Imaginemos um acordo de menor importância realizado entre duas empresas. Posteriormente ocorre a fusão de uma delas, que passa a ter uma quota do mercado relevante elevada. O acordo, que inicialmente não recaía na proibição do art. 101, agora – diante da alteração fática – passa a fazê-lo⁷⁹. *Ariel Ezrachi* ensina que essa orientação foi acolhida pelas autoridades britânicas ao julgar o caso *Passmore v. Morland*, em que se concluiu ser a proibição **temporária** ou **transitória**⁸⁰.

A consagração da nulidade, nos dizeres de *Gorjão-Henriques*, é a única disposição de lei sobre a aplicação privada do direito da concorrência, ou seja, a sua aplicação direta pelo afetado, sem o intermédio de autoridades administrativas (*private Law enforcement*)⁸¹. Isso porque, a contra-parte ou terceiro afetado poderão ir a juízo requerer a declaração da nulidade, ou apresentar exceção em ação de cumprimento de contrato baseado em cláusula ofensiva norma comunitária da concorrência.

Nesse sentido:

⁷⁸ Processo C-56/65.

⁷⁹ O exemplo é fornecido por Alison Jones na obra já citada, p. 1199.

⁸⁰ EZRACHI, Ariel. Op cit., p. 100. Caso [1999] 1 CMLR 1129, do *English Court of Appeal*. Relevante notar, entretanto, que a solução adotada pela Corte britânica não seria conforme a legislação portuguesa, segundo a qual o ato nulo não é suscetível de confirmação (art. 288 do Código Civil). Na hipótese ali examinada, um contrato era proibido em razão dos efeitos anticoncorrenciais. Modificações no quadro fático fizeram esses efeitos desaparecer, sendo recusada a declaração de nulidade.

⁸¹ In: GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (Coord.). *Lei da concorrência...*, p. 101.

Resulta de jurisprudência assente <no TJUE> que esta nulidade, que pode ser invocada por todos, se impõe ao juiz desde que as condições de aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE <art. 101, 1 do TFUE> estejam reunidas e o acordo em causa não possa justificar a concessão de uma isenção ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE (...) Uma vez que a nulidade visada no artigo 81.º, n.º 2, CE tem carácter absoluto, um acordo nulo nos termos desta disposição não produz efeitos nas relações entre os contratantes e não é oponível a terceiros (v. acórdão de 25 de Novembro de 1971, Béguelin, 22/71, Colect., p. 355, n.º 29). Além disso, tal nulidade é susceptível de afectar todos os efeitos, passados ou futuros, do acordo ou da decisão em causa (v. acórdãos de 6 de Fevereiro de 1973, Brasserie de Haecht, 48/72, Colect., p. 19, n.º 26, e Courage e Crehan, já referido, n.º 22)⁸².

IV.2. Sanções administrativas.

Para além da nulificação dos acordos e decisões de empresa realizados em violação da regra do art. 101 (1), a legislação comunitária busca garantir sua observância através da ameaça de imposição de coimas aos agentes económicos que se envolverem nesses comportamentos.

Resulta do art. 23, n. 2, alínea 1 do Regulamento 01/2003 serem as empresas suscetíveis do pagamento de coima que pode atingir 10% do volume de negócios total realizado durante o exercício precedente, a depender da sua gravidade e do tempo de duração (art. 23, n.3).

Foge ao escopo deste trabalho analisar a maneira pela qual o procedimento administrativo sancionador é levado a cabo pela rede europeia de proteção da concorrência, que engloba a Comissão e as autoridades nacionais da concorrência (art. 5º). É preciso lembrar, entretanto, que deve ele observar as garantias do art. 6º. da CEDH como acima já referido.

⁸² Conforme caso Vincenzo Manfredi (C-295/04 e C-298/04), parágrafo 56.

De outra banda, parece-nos importante analisar os quais os efeitos das orientações e comunicações da Comissão sobre o procedimento administrativo sancionatório. As orientações e comunicações desempenham papel relevante no direito comunitário da concorrência, uma vez que representam o entendimento da Comissão sobre determinada matéria, a despeito de não terem força vinculante. São uma espécie de *soft law*⁸³. Precisamente por reunirem o entendimento da Comissão a respeito de um tema, são vinculantes para esse órgão, que delas não poderá se afastar, caso em que haveria nítido tratamento desigualitário entre os indivíduos e violação de suas legítimas expectativas⁸⁴.

Assim, se uma empresa segue as orientações emitidas pela Comissão, não pode ser sancionada caso seu comportamento venha, posteriormente, ser reputado proibido pelos Tribunais, para os quais inexistente vinculação à conclusão daquele órgão comunitário⁸⁵. Nesse sentido, o TJUE afirma que:

embora as regras de conduta destinadas a produzir efeitos externos, como é o caso das orientações destinadas a operadores económicos, não possam ser qualificadas de norma jurídica que, de qualquer forma, a Administração está obrigada a observar, enunciam, no entanto, uma norma de conduta indicativa da prática a seguir, à qual a Administração não se pode furtar, num caso específico, sem apresentar razões compatíveis com o princípio da igualdade de tratamento⁸⁶.

⁸³ Sobre a utilização das *soft laws* no ordenamento jurídico comunitário, conferir a resolução do Parlamento Europeu de 04 de setembro de 2004, em que a prática é desaconselhada.

⁸⁴ JONES, Alison. Op. cit., p. 115.

⁸⁵ A título ilustrativo, esclarece-se que o parágrafo 4º. da *Notícia sobre acordo de menor importância* (2001/C 368/07) isenta de penalidade empresas que de boa-fé acreditarem fazer parte dos acordos nela referidos.

⁸⁶ Conforme acórdão *Archer Daniels Midland v. Comissão* (C-397/03), parágrafo 91.

IV.3. Reparação de danos.

Finalmente, poderá qualquer lesado pela prática proibida reclamar indenização pelos danos causados (danos emergentes e lucros cessantes). Tratando-se de ato ilícito, a regra geral da responsabilidade – baseado no dever geral de não causar danos – é aplicada ao direito comunitário da concorrência. Aliás, recusar esse efeito importaria no enfraquecimento das normas comunitárias, pondo em causa sua eficácia⁸⁷.

Em *Courage Ltd. V. Crehan* o TJUE deparou-se com o tema. Levando em consideração que: a ordem jurídica própria criada com o tratado confere diretamente direitos a indivíduos; a centralidade das regras de concorrência para o estabelecimento da União; a expressa proibição das ententes e a sanção que lhe é atribuída pelo art. 101, 2, concluiu ser direito de qualquer pessoa reclamar indenização por perdas e danos, inclusive uma das partes do negócio. Qualquer legislação interna que retirasse o efeito útil desse direito seria contrária ao direito comunitário e, portanto, não deveria ser aplicada⁸⁸.

Por outro lado, como a legislação comunitária não trata do tema, cabe aos órgãos nacionais, de acordo com suas legislações, calcular as indenizações. Tais regras não devem, contudo, tornar excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos aos cidadãos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efetividade) e não devem ser menos favoráveis do que aquelas que regem as ações de indenização em que se discute a violação de direitos análogos conferidos pelo ordenamento nacional (princípio da equivalência). Nesse sentido, o TJUE em mais de uma oportunidade afirmou que:

Na falta de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-Membro designar os órgãos jurisdicionais competentes

⁸⁷ Nesse sentido, o TJUE se pronunciou ao julgar o caso *Manfredi* conforme se nota do parágrafo 60 do acórdão.

⁸⁸ Conforme parágrafos 19 a 31 do caso C-453/99.

e regular as modalidades processuais das acções judiciais destinadas a garantir a tutela dos direitos que para os cidadãos resultam do efeito directo do direito comunitário, desde que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as acções análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e não tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária (princípio da efectividade) (v. acórdãos de 10 de Julho de 1997, Palmisani, C-261/95, Colect., p. I-4025, n.º 27, e Courage e Crehan, já referido, n.º 29)⁸⁹.

Em vista da multiplicidade de regimes consagrados nos Estados membros e premidos da necessidade de dar efeito útil e prático ao disposto no art. 101, 1, a Comissão tem feito propostas de harmonização das legislações, como se nota de seu *Guia prático: Quantificação dos danos nas acções de indemnização com base nas infracções aos artigos 101.º e 102. do Tratado sobre funcionamento da União Europeia*. Certo é, entretanto, que o direito à indenização é reconhecido como integrante das normas comunitárias, não podendo o direito local esvaziá-lo com antes referido.

V. Sínteses conclusivas.

Ao cabo de tudo quanto foi exposto, podemos sintetizar as ideias debatidas ao longo de todo o texto, nas seguintes proposições:

(i) O direito comunitário sempre conheceu normas protetivas da concorrência. Para além de cumprir sua missão natural de obter equilíbrio e progresso económico, garantindo a eficácia alocativa e técnica de recursos, as normas comunitárias igualmente objetivam a construção de um mercado único. Tais características lhe deram roupagem própria.

⁸⁹ Caso *Manfredi*, parágrafo 62 do acórdão.

(ii) Dentre os comportamentos anticoncorrenciais estão as *ententes* referidas no art. 101, 1 do TFUE, caracterizadas pelos seguintes elementos: a existência de uma empresa ou de uma associação delas (destinatários da proibição); atos formalmente vedados (expressados através de um acordo entre empresas, decisão de associação, ou práticas concertadas); o resultado proibido (objeto ou efeito de restrição, distorção ou falseamento da concorrência); consequências significativas na competição; afetação significativa do comércio entre Estados membros.

(iii) Por empresas entende-se todos os agentes que desempenham alguma atividade econômica, assim entendida como atividade de colocação de bens e serviços no mercado com vistas a obtenção de lucro. Dessa noção estão excluídos os agentes que desempenham funções de autoridade pública, ou de caráter exclusivamente social. Por sua vez, as associações de empresas correspondem a agrupamentos daquelas encarregadas da defesa de seus interesses comuns, tanto em relação a outros agentes econômicos, como a organismos governamentais e público em geral.

(iv) Os citados agentes devem determinar sua política econômica de forma livre e independente, de modo que acordos, práticas concertadas, e decisões de associação de empresas que tenham por escopo restringir essa autonomia são vedados. O direito da concorrência não se importa com a forma assumida pelos comportamentos, antes revelando a substância. Assim, os acordos vedados não precisam prescrever obrigações vinculantes, englobando os *gentlemen's agreements*. O mesmo se passa com as decisões de associação, bastando que sejam observadas pelos integrantes do grupo. Por sua vez, as práticas concertadas correspondem aos contatos e encontros de agentes para adoção de comportamento uniforme. Carecendo de explicação econômica razoável, não se confunde com o paralelismo inteligente, em que os agentes econômicos avaliam as tendências do mercado, antecipando-se a elas.

(v) Desses comportamentos deve emergir o resultado proibido: a perturbação sensível da concorrência. Não é vedada toda e

qualquer restrição, mas tão-somente aquelas de alguma robustez, e que impeçam o *workable competition*, afinal todo acordo restringe de alguma maneira a liberdade econômica das partes contratantes. Além disso, os efeitos anticoncorrenciais não dizem respeito apenas ao bem-estar dos consumidores, uma vez que as normas comunitárias também têm por objetivo assegurar a existência de um mercado único.

(vi) Ademais, devem os atos possuir efeito transfronteiriço, sem o que não terão lugar as proibições comunitárias, mas sim aquelas eventualmente previstas nas legislações nacionais de cada Estado-membro. Cuida-se de uma **condição objetiva de proibição**⁹⁰. Não se exige que a prática seja realizada entre empresas de dois países distintos, podendo abranger acordos de empresas realizadas no território de um único Estado-membro. Em verdade, importa saber se **evolução** do comércio ocorreu de maneira distinta daquela que se verificaria caso o acordo não existisse.

(vii) Uma vez comprovada a prática da infração em processo no qual deve ser assegurado às empresas/associação de empresas investigadas o direito ao contraditório e ampla defesa, a administração pública deve impor uma penalidade aos agentes econômicos. Além disso, o acordo e a decisão não são exigíveis porquanto nulos, sujeitando os autores do comportamento vedado à responsabilização por danos eventualmente causados a terceiros.

⁹⁰ Nas lições de Mario Paulo Tenreiro, em analogia à figura do direito penal conhecida por condição objetiva de punibilidade. In: *Direito Comunitário da Concorrência: significado e autonomia (...)*, p. 225.