

O sistema comunitário de proteção à concorrência

Camila Pisani da Motta Rezende*

O direito da concorrência nasceu em 1890, ano de promulgação do Sherman Act nos Estados Unidos. Por esta razão, leis e decisões judiciais americanas despontaram como um parâmetro para a introdução de um sistema de proteção à concorrência, posteriormente, em outros países.

Inobstante o caráter referencial do direito antitrust americano, a finalidade específica do direito da concorrência no âmbito da Comunidade Européia, qual seja, a consagração dos objetivos de integração do bloco, fez com que a regulamentação comunitária em matéria de concorrência se tornasse, igualmente, um ponto de referência para outros países, dentre os quais o Brasil, pelo que se justifica o seu estudo.

DA IMPRESCINDIBILIDADE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A necessidade de instituição de uma política de concorrência decorreu da mudança de orientação do papel do Estado rumo a uma menor intervenção econômica. De fato, a liberalização comercial, que tem como aspectos característicos a desregulamentação e a privatização, ocasionou uma excessiva concentração do poder econômico no setor privado.

Para regular o exercício desse poder, nasceu a necessidade de implementação de uma política capaz de garantir o exercício da livre concorrência. Desta forma, políticas intervencionistas foram substituídas pelo processo global de liberalização e de desregulamentação econômica.

Por outro lado, a existência de um direito da concorrência é, atualmente, uma necessidade que ultrapassa o âmbito nacional. No âmbito dos diversos blocos econômicos, dentre os quais, o que alcançou níveis de integração sem precedentes, a Comunidade Européia, também é forçoso o estabelecimento de regras comuns relativas à concorrência.

Mesmo no que concerne ao MERCOSUL, em 1996, o Protocolo de Fortaleza desenhou os contornos para uma futura harmonização das legislações dos Estados membros em matéria de concorrência.

Ademais, na medida em que a economia se mundializa, que a desregulamentação se instala, que o comércio internacional se liberaliza, ou seja, à medida que as restrições estatais ao comércio são eliminadas, imperiosa se torna a necessidade de desmontar as barreiras privadas formadas por empresas ou cartéis.

Assim, países ou grandes grupos de países que possuem uma legislação em matéria de concorrência estão em uma posição mais avantajada em relação àqueles que não possuem, pois apenas os primeiros apresentam instrumentos de proteção do mercado contra práticas concertadas ou predatórias de efeitos nefastos sobre o seu território.

DA ESPECIFICIDADE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

O direito da concorrência lida com a regulação de certos tipos de condutas “anticompetitivas” perpetradas por operadores econômicos.

Tradicionalmente, existem quatro principais tipos de condutas capazes de causar efeitos anticoncorrenciais num determinado mercado: restrições horizontais, restrições verticais, abuso de posição dominante e concentrações abusivas.

Certos acordos entre firmas podem causar distorções no mercado e, portanto, prejuízos aos consumidores e à sociedade em geral, sejam estes firmados entre concorrentes (restrições horizontais) ou entre produtores e distribuidores (restrições verticais), quando possuem como objeto ou efeito, por exemplo, a repartição da clientela, a fixação de preços ou a limitação da produção.

Regras contra o abuso de posição dominante visam prevenir comportamentos de determinados operadores econômicos, em situação de dominação, capazes de restringir a concorrência.

As condutas anticoncorrenciais citadas acima apresentam uma característica em comum: o fato de serem objeto de regulação ex post. Por sua vez, o controle de concentrações ocorre tradicionalmente ex ante, visando, desta forma, prevenir a realização de uma operação capaz de afetar a livre concorrência.

DA ORDEM JURÍDICA COMUNITÁRIA

Inicialmente, cumpre enaltecer que o direito comunitário não deve ser confundido com o direito da União Européia. O direito comunitário é o direito das comunidades européias¹, integrantes da União Européia, a qual, por sua vez, também é composta de processos de cooperação nos quais não se verifica a característica primordial daquele, qual seja, a supranacionalidade².

Dessa forma, o conjunto “direito europeu” abrange não somente o direito comunitário, o qual faz com que a Comunidade Européia se aproxime, em alguns aspectos, de um Estado Federal³, como também o direito dos denominados “pilares” intergovernamentais da União Européia⁴, os quais, por sua vez, funcionam segundo o sistema normativo clássico das organizações internacionais.

Em 1964, a célebre decisão da Corte de Justiça das Comunidades Européias (CJCE) no caso “Costa contra E.N.E.L.”, consagrou a especificidade do direito comunitário, afirmando se tratar de um “sistema jurídico próprio, integrado aos sistemas jurídicos dos Estados-Membros”.

Em outras palavras, o direito comunitário tem aplicação imediata nas ordens jurídicas internas dos Estados integrantes do bloco. Desse modo, o direito derivado do Tratado que institui a Comunidade Européia não pode ter sua aplicação afastada judicialmente em face de uma norma interna⁵.

Portanto, a primazia do direito comunitário sobre o direito interno dos Estados Membros foi uma construção jurisprudencial da CJCE, ao proclamar a “impossibilidade

¹¹ As comunidades européias são, atualmente, a própria Comunidade Européia (CE) e a Comunidade Européia de energia atômica (CEEa), tendo em vista que a Comunidade Européia de Carvão e Aço (CECA) foi integrada à Comunidade Européia (CE).

² A supranacionalidade pode ser entendida como a delegação, em caráter definitivo, de parcelas de soberania dos Estados-Membros, no que tange a algumas competências, dentre as quais, a competência para legislação e aplicação do direito da concorrência.

³ Nesse sentido, o posicionamento de Philippe MANIN (L'Union Européenne – Institutions, Ordre Juridique, Contentieux, Paris: Pedone, 2005, p.483): “Traditionnellement, l'expression “ordre juridique” est utilisée, à l'égard de la Communauté européenne, pour présenter des questions qui mettent particulièrement en évidence que le système juridique fondé sur le traité instituant la Communauté européenne est plus proche, à certains égards, de celui d'un État fédéral que de celui d'une “organisation internationale intergouvernementale”.

⁴ Política Estrangeira e de Segurança Comum (PESC) e Cooperação Policial e Judicial em matéria Penal (CPJP).

⁵ Philippe MANIN, *idem*, p. 501.

para os Estados de fazer prevalecer, contra uma ordem jurídica aceita por eles tendo como base a reciprocidade, uma medida unilateral ulterior que lhe seja contrária”.

Além do primado do direito comunitário, outra característica determinante para a especificidade da ordem jurídica comunitária é o efeito direto, outra construção jurisprudencial da CJCE⁶, a qual conferiu aos particulares o direito de invocar judicialmente uma eventual contrariedade do direito nacional em face do direito comunitário.

De fato, o Tratado CE⁷ fundou uma ordem jurídica própria, do que decorre que a Comunidade Europeia não é passível de classificação em nenhum modelo pré-existente, podendo ser considerada como uma estrutura que apresenta tanto características típicas de Estado, como de uma organização internacional clássica⁸.

DA FINALIDADE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA COMUNIDADE EUROPEIA

O direito comunitário da concorrência é o corolário da transferência parcial de soberania, realizada por parte dos Estados-Membros, com vistas a realizar o objetivo de constituição de um mercado único entre eles.

A regulamentação e a política comunitárias em matéria de concorrência, inseridas no contexto europeu em 1957 com o Tratado de Roma, visam, portanto, à integração do mercado comum europeu.

Faz-se mister destacar alguns aspectos fundamentais de seu mecanismo: a fonte primária desse direito é o TÍTULO VI – AS REGRAS COMUNS RELATIVAS À CONCORRÊNCIA, À FISCALIDADE E À APROXIMAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES, CAPÍTULO 1 – AS REGRAS DE CONCORRÊNCIA, SEÇÃO 1 – AS REGRAS APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS, do Tratado de Roma, cujo artigo 81, in verbis, proíbe os acordos entre operadores econômicos que impeçam, restrinjam ou frustrem a livre concorrência no seio do mercado comum:

⁶ CJCE, Decisão no caso Van Gend em Loos (05/02/1963).

⁷ O qual corresponde ao Tratado de Roma-1, renomeado pelo Tratado de Maastricht (1992).

⁸ Claude BLUMANN, Louis DUBOUIS, Droit institutionnel de l'Union européenne. 2. ed., Paris: LexisNexis LITEC, 2005, p.48

“Artigo 81º.

1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;

b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo”.

Por outro lado, o parágrafo 3º do referido dispositivo isenta de punição os acordos cujos efeitos econômicos favoráveis superem as restrições passíveis de ser causadas à concorrência:

“3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,

- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas,

e

- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”.

Por sua vez, o artigo 82 do tratado proíbe o abuso de posição dominante no mercado europeu:

“Artigo 82º.

É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”.

O objetivo dessas normas é, em realidade, a promoção do desenvolvimento das atividades econômicas através da constituição de relações mais estreitas entre os Estados-Membros. Para tanto, estes confiaram a um órgão supranacional, a Comissão Europeia, a aplicação das regras acima.

Dessa forma, segundo F. Souty⁹, “se a finalidade última do direito comunitário da concorrência é a de criar uma economia de mercado eficaz, pois fundada no processo concorrencial, um de seus objetivos prioritários foi a busca da integração do mercado comunitário, enquanto que o direito antitrust americano buscou preservar o espaço econômico federal já constituído de tendências monopolísticas de grandes trusts industriais e conglomerados estabelecidos no fim do Século XIX. Esta diferença de objetivos e de meios se traduz concretamente por práticas às vezes mais severas na Europa em face de alguns comportamentos de empresas [...]”.

De fato, são mais severamente sancionadas na Comunidade as restrições territoriais e proibições à exportação ou importação, eis que contrárias ao princípio da supressão das fronteiras econômicas nacionais. As práticas discriminatórias de preços em diferentes Estados-Membros são, também, objeto de sanções mais rígidas, eis que podem segmentar artificialmente o mercado intracomunitário¹⁰.

⁹ F. SOUTY, *Le droit et la politique de la concurrence de l'Union Européenne*, 3. Ed., Paris: Montchrestien, p. 22.

¹⁰ F. Souty, *idem*, p. 22.

Destarte, o direito comunitário da concorrência não se orienta, apenas, rumo à eficácia concorrencial. Visa, outrossim, à eficácia econômica, cuja definição pode ser a mais vasta possível, não se traduzindo apenas na pura produtividade, mas também na obtenção de benefícios em favor dos produtores, consumidores, bem como no fomento ao crescimento econômico e, sobretudo, ao pleno emprego. Nesse sentido, segundo relatório da Comissão Européia¹¹:

“O estímulo ao crescimento, à competitividade e ao emprego sempre foi a razão de ser da política da concorrência. A concorrência incita a utilização máxima dos recursos, bem como a pesquisa e o desenvolvimento, a inovação e o investimento. [...] Tal papel tradicionalmente relacionado à concorrência foi duplamente reforçado nos últimos anos. De um lado, sua contribuição à realização do mercado interior, com a criação de empregos e estimulação do crescimento e competitividade, foi amplamente reconhecida. De outro, esta política apresenta posição central na política industrial da Comunidade”.

Dessa forma, conclui-se que o objetivo de integração do mercado europeu conduziu não apenas a um conjunto de regras em matéria de concorrência específico, como também mais rígido, se comparadas, por exemplo, com as regras americanas¹².

Entretanto, nos últimos anos, o direito comunitário da concorrência sofreu transformações, notadamente através da substituição, por parte da Comissão Européia, de uma abordagem antiga, mais formalista da restrição à concorrência, por uma abordagem mais econômica¹³.

DA CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA

O direito comunitário da concorrência visa, de um lado, à integração dos mercados europeus, mas, de outro, à proteção da livre concorrência contra eventuais restrições.

¹¹ F. SOUTY, *ibidem*, p. 24, apud XXIIIº. Relatório da Comissão européia acerca da Política de Concorrência, Bruxelas, 1994.

¹² HAWK, B. E., « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté économique européenne », R.T.D.E., 1989, p. 8.

¹³ IDOT, L., « La qualification de La restriction de concurrence: à propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81§3º, CE », in: La modernisation du droit de la concurrence, dir. G. CANIVET, Paris : LGDJ, 2006, p. 98.

Segundo D. GERBER¹⁴, esta dualidade de objetivos constitui um elemento fundamental na análise doutrinária do direito comunitário da concorrência.

Uma das questões chave abordadas pela Doutrina comunitária concerne às “cláusulas proibidas” pelo artigo 81, parágrafo 1º, alíneas “a)” a “e)”, do Tratado de Roma (acima citadas).

Em um primeiro momento, a Jurisprudência da CJCE efetuou uma interpretação formalista da noção de “acordo restritivo da concorrência”, o que conduziu ao surgimento de diversas dificuldades, eis que a aplicação do artigo 81, parágrafo 1º, do Tratado CE, prevalecia em detrimento da efetiva verificação dos benefícios econômicos de certas práticas, no caso concreto.

Foi a partir daí que se introduziu a aplicação de uma “regra da razão” no direito comunitário da concorrência, traduzida na legitimação de alguns acordos aparentemente anticoncorrencais, cujos efeitos econômicos positivos superam os efeitos nefastos à concorrência. Tal regra está prevista no artigo 81, parágrafo 3º, do Tratado de Roma, acima transcrito.

O objetivo foi claramente o de privilegiar a aplicação de uma “análise econômica” em detrimento de uma análise puramente formal dos acordos entre operadores econômicos¹⁵.

Destarte, verifica-se que a Comissão Européia, autoridade comunitária incumbida da aplicação do direito da concorrência, detém poderes para isentar de punição acordos que se enquadrem nas hipóteses previstas pelo artigo 81, parágrafo 3º, do Tratado CE.

Em outras palavras, os acordos entre operadores econômicos que contribuam para melhorar a produção, a distribuição dos produtos ou à promoção do progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos, bem como que não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa, são considerados válidos.

¹⁴ D. GERBER, “Les doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence », in : idem, p. 117.

¹⁵ D. GERBER, idem, in: ibidem, p. 18.

A inserção desse mecanismo original de legitimação de práticas anticoncorrenciais pode ser considerada como uma das grandes contribuições do direito comunitário da concorrência.

Nesse sentido, a Lei n.º 8.884/94, diploma brasileiro de proteção à concorrência, adotou um mecanismo de legitimação de práticas inspirado claramente no direito comunitário, conforme se constata a partir da leitura do seu artigo 54, in verbis:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final”.

Destarte, percebe-se a importância do estudo do sistema comunitário de proteção à concorrência, não apenas pelo fato de consistir o mesmo em uma nítida fonte de inspiração do legislador brasileiro, como também em decorrência da mundialização da economia, o

que levou à interdependência dos mercados e ao estabelecimento de uma concorrência em nível global entre os operadores econômicos.

Por outro lado, o presente tema também assume papel relevante, tendo em vista o atual contexto da crise econômica global, que demonstrou a falência do modelo de autorregulação dos mercados. Diante dessa realidade, o fortalecimento de mecanismos de controle do exercício do poder econômico privado assumiu renovada importância, o que revela a pertinência da sua discussão.

* Procuradora do CREA-PR. Mestre em Direito Internacional e Europeu pela Universidade de Paris X.