OS EFEITOS DA CRISE MUNDIAL E A DEFESA DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

THE EFFECTS OF THE CRISIS AND THE DEFENSE OF THE EUROPEAN UNION'S COMPETITION POLICY

Rômulo Magalhães Fernandes*

RESUMO: A política de concorrência na União Europeia desempenha um papel fundamental na consolidação do mercado interno do continente europeu, na medida em que regula os agentes econômicos com objetivo de evitar abuso de posições dominantes e práticas desleais no mercado. Num contexto dos efeitos da crise financeira mundial e com o alargamento dos mercados da União Europeia, novos desafios (ou mesmo limites) se apresentam na aplicação do sistema jurídico e na atuação das instituições que regulamentam a matéria de concorrência. Neste sentido, o presente artigo pretende analisar o direito de concorrência na União Europeia, destacando os desafios e entraves para consolidação dessa política na atualidade.

PALAVRAS-CHAVE: Política de concorrência da União Europeia. Tratado de Lisboa. Crise financeira mundial e regulação do mercado.

ABSTRACT: The European Union's competition policy plays a key role in consolidating the internal market of the European continent, in that it regulates the economic agents in order to avoid abuse of market dominance and unfair market practices. In the context of the global financial crisis and the enlargement of the European Union markets, new challenges (or limits) are presented in the application of the legal system and the role of institutions governing the competition. In this sense, this article aims to analyze the competition law in the European Union, highlighting the challenges and barriers to consolidation of this policy today.

KEYWORDS: European Union's competition policy. Lisbon Treaty. Global financial crisis and market regulation.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Evolução da Política de Concorrência na União Europeia. 1.1. Primeira fase: década de 60. 1.2. Segunda fase: décadas de 70 e 80. 1.3. Terceira fase: década de 90 até os dias atuais. 2. As Regras do Direito de Concorrência na União Europeia. 2.1. A proibição de coligações anticoncorrenciais. 2.2. O abuso da posição dominante. 2.3. O controle das operações de concentração. 2.4. Os auxílios estatais. 3. Aplicação das Regras de Concorrência da União Europeia. 3.1. A Comissão Europeia. 3.2. O Tribunal de Justiça da União Europeia. 3.3. As autoridades nacionais de concorrência e a Rede de Cooperação Internacional. 4. Os Novos Desafios para a Política de Concorrência na União Europeia. 4.1. A crise mundial e a necessidade de recuperação da economia europeia. 4.2. O alargamento da União Europeia e a liberalização de mercados. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Com a crise financeira mundial de 2008, à qual a economia do continente europeu não ficou imune, a proteção à política de concorrência na União Europeia mostra-se fundamental para a restauração da confiança e da retomada do desenvolvimento na Europa.

Enquanto política da União, a concorrência busca estimular o crescimento por intermédio da promoção de produtividade, do empreendedorismo e da criação de condições para inovação.

* Mestrando em Direito Público na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Especialista em Ciências Criminais (FII/RJ), Prática Forense (Centro Universitário Newton Paiva/MG) e Gestão Pública com ênfase em políticas de raça e gênero (UFV/MG).

A concorrência relaciona-se, necessariamente, com a tendência de interdependência entre as economias nacionais e do alargamento dos mercados, exigindo, cada vez mais, a cooperação entre as autoridades de concorrência da Europa e do mundo. Martha Asunción Enríquez Prado alerta sobre a nova realidade de abertura à concorrência de setores, antes controlados pelo poder público, o desenvolvimento de novas tecnologias e a liberalização do comércio internacional (2008, p. 118), destacando a necessidade da adequação dos agentes econômicos em matéria de concorrência.

Com isso, espera-se um mínimo de segurança jurídica nas relações econômicas, que garantam desenvolvimento econômico, estabilidade aos Estados-Membros e proteção aos seus cidadãos.

O mercado de concorrência da União Europeia, apesar de assegurar a liberdade de ação das empresas, não visa uma competição selvagem em que impera a lei do mais forte, ou, em outros termos, “o mercado comum europeu obedece, certamente, os princípios do *laissez passer*, mas não consente o *laissez faire* socialmente irresponsável” (CAMPOS, 1997, p. 489).

A União Europeia, especialmente pela ação conjunta entre a Comissão Europeia e as autoridades nacionais de concorrência dos Estados membros, aplica regras que procuram coibir ou corrigir práticas anticoncorrenciais, supervisionar as fusões entre empresas e os auxílios estatais e incentivar a política de liberalização de mercados (COMISSÃO EUROPEIA, 2014, p. 4).

Neste sentido, o presente artigo pretende apresentar um panorama geral sobre o direito de concorrência e elencar principais desafios, ou mesmo limites, para a consolidação dessa política na União Europeia dos dias de hoje.

1 A EVOLUÇÃO DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA NA UNIÃO EUROPEIA

A política de defesa da concorrência é um instrumento de superação das barreiras comerciais e do protecionismo nacional, que se concretiza mediante um conjunto de institutos jurídicos e políticos.

Na análise desse processo, não se pode ignorar a formação sócio-histórica do continente europeu, que, dentre outras características, é marcado pelas cicatrizes de duas guerras mundiais e pela disputa de mercados entre países com economias concentradas e identificadas com suas nações de origem.

Os diferentes Tratados do processo de integração da União Europeia não forneceram um conceito definitivo sobre concorrência, mas, a partir das decisões do Tribunal de Justiça, foi possível avançar numa maior delimitação da noção concorrência¹.

Os Tratados não defendem uma concorrência pura e perfeita, mas uma concorrência praticável, que considere as especificidades do continente europeu. João de Mota Campos caracteriza tal entendimento, como:

Concorrência efetiva e eficaz no quadro de um mercado comum tradicionalmente pouco concorrencial (...). Trata-se de uma concorrência que tem por finalidade garantir a presença no mercado de um número suficiente de empresas independentes, funcionando em condições adequadas a proporcionar aos consumidores e utilizadores uma razoável possibilidade de escolha (CAMPOS, 1997, p. 491).

Nos diferentes períodos do processo de formação da União Europeia, o entendimento sobre as regras de concorrência apresentaram variações, podendo ser agrupadas em três fases distintas (RODRIGUES, 2008, p. 4). Tais fases devem ser compreendidas num contexto amplo, que considere o processo histórico de consolidação da União Europeia.

297

1.1 Primeira fase: década de 60

Em 25 de março de 1957, o Tratado de Roma inaugurou a regulamentação de normas de defesa da concorrência na União Europeia, à época, chamada de Comunidade Econômica Europeia.

Entre os anseios do Tratado de Roma, esperava-se o fortalecimento do mercado comum a partir da livre circulação de todos os fatores de produção, como trabalhadores, mercadorias, serviços e capital. Para tanto, esse Tratado afirmava ser indispensável uma convergência de atos regulamentares no âmbito comunitário, além de ter expressado uma série de princípios norteadores para a formação do bloco europeu e a edificação do seu direito (CARNEIRO, 2007, p. 81).

¹ Exemplo disso foi o Acórdão do TJUE de 25 de Outubro de 1977, *Metro SB-Grossmaerkte & CO KG contra Comissão*, Proc. 26/76 (CAMPOS, 1997, p. 491). Nesse julgamento, o Tribunal considerou que sistemas de distribuição seletiva de caráter qualitativo, poderiam, em determinados casos, constituir um elemento pró-concorrência e não uma infração à determinação do Artigo 101 do TFUE. Ao elencar requisitos para uma política pró-concorrência, o TJUE acabou por estabelecer a fundamentação da noção de concorrência.

Art. 3º. (...) a ação da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado: (...) f) O estabelecimento de um regime que garanta a concorrência não seja falseada no mercado comum² (COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÊIA, 1957, tradução nossa).

Dessa forma, o Tratado de Roma associava a matéria da livre concorrência como ação comunitária e princípio básico da concepção da economia do bloco europeu, em que se previa estabelecer uma política econômica que não permitisse a prática abusiva de uma posição dominante no mercado comum.

Ademais, como afirma Gabriel Loretto Lochagin, não se trata de uma simples vedação da existência de uma posição dominante no mercado interno europeu, dessa forma para esse autor:

Uma empresa que tenha atingido esta posição tem o direito de atuar. Contudo, esta empresa tem, perante o referido tratado, a responsabilidade de não permitir que sua conduta debilite uma situação de concorrência genuína e não distorcida. É preciso que sua conduta não tenha um sentido anticoncorrencial e respeite o que se convencionou chamar de *competition on the merits* (2012, p. 280).

298

No artigo 2º do Tratado de Roma defendia-se, como finalidade da Comunidade Econômica Europeia naquele momento, o “estabelecimento de um mercado comum e a progressiva aproximação de políticas econômicas dos Estados membros³ (COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA, 1957, p. 19, tradução nossa).

Tratava-se não apenas da soma de mercados nacionais, mas da maior integração da economia europeia, permitindo que as empresas pudessem competir entre si dentro do espaço comunitário sem que fossem discriminadas em função da sua nacionalidade (RODRIGUES, 2008, p. 3). Essa primeira fase da política de concorrência mostrou-se eficaz, principalmente, no que se refere a “proteção da unidade de mercado e na tentativa de evitar a criação de barreira entre os estados” (RODRIGUES, 1998, p. 8).

² ARTICLE 3. Aux fins énoncées à l'article précédent, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent Traité (...) f) l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun, (...).

³ ARTICLE 2. La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres (...).

1.2 Segunda fase: décadas de 70 e 80

Nas décadas de 70 e 80, agora com as bases de um mercado interno definidas e sem as barreiras protecionistas dos Estados membros, a política de concorrência volta-se ao combate dos efeitos negativos da exploração de empresas em posição dominante e a necessidade de maior proteção aos cidadãos dos Estados membros.

Cynthia Soares Carneiro alerta sobre as consequências do desenvolvimento de um mercado comum europeu alicerçado em teses liberais, como defesa da livre iniciativa privada e da competitividade. Essa política, ao invés de beneficiar os consumidores com a diminuição de preços e oferta de uma gama maior de serviços e mercadorias, possibilitou um contexto de monopolização de serviços por setores privados e na prática nociva dos cartéis (CARNEIRO, 2007, p. 88).

Carneiro, neste sentido, conclui:

Assim, a criação do mercado comum proporcionou, de fato, o fim do protecionismo econômico praticado em cada um de seus respectivos países – principalmente no domínio das prestações de serviços de utilidade pública, como os de telecomunicação, de eletricidade, de gás e de água. No entanto, não tem sido capaz de garantir o controle da formação de monopólios, pois esse efeito é intrínseco ao procedimento liberal (2007, p. 88).

299

Essa realidade motivou uma nova perspectiva na interpretação das regras em matéria de concorrência. Os artigos 81º e 82º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE) que fazem menção, respectivamente, à repressão de práticas concertadas e ao controle do abuso da posição dominante, tiveram os seguintes efeitos modificados:

No artigo 81º a proibição automática de todos os acordos entre empresas que competissem entre si. No artigo 82º, onde se contemplam tanto as práticas que podem causar tanto um prejuízo directo aos consumidores como aquelas que lhes causem um prejuízo indirecto em virtude do ataque à estrutura da concorrência que essa prática constitui (RODRIGUES, 2008, p. 9).

Tal interpretação reflete o compromisso do direito comunitário com o bom funcionamento da economia baseada num regime de concorrência efetivo, assim como, no respeito aos direitos individuais e os valores democráticos. Espera-se, com isso, que a exploração de uma posição dominante não prejudique a maioria dos cidadãos europeus.

1.3 Terceira fase: década de 90 até os dias atuais

A partir da década de 90 e com a assinatura do Tratado de Lisboa em 2007, as regras de concorrência passam a considerar tanto a tutela da estrutura do mercado, em que se protegem os consumidores e as empresas em competição, quanto à tutela da defesa da concorrência sob a perspectiva da proteção da eficiência do mercado (RODRIGUES, 2008, p. 10).

O Tratado de Lisboa, dos artigos 101º a 109º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), correspondentes dos antigos artigos 81º a 89º do TCE, passam a regulamentar as principais regras em matéria de concorrência, que serão aprofundadas nos tópicos seguintes.

2 AS REGRAS DO DIREITO DE CONCORRÊNCIA NA UNIÃO EUROPEIA

O sistema jurídico das regras de concorrência da União Europeia decorre, principalmente, dos artigos 101º a 109º do TFUE e dos Regulamentos da Comissão Europeia nº. 139/2004 e nº. 1/2013.

Tais normas jurídicas originam-se de fontes diversas. Considerando o critério hierárquico entre as normas de concorrência, por exemplo, a fonte primária corresponde aos tratados constitutivos e a fonte secundária aos regulamentos e às diretivas da Comissão Europeia que sintetizam a aplicação das normas primárias (SHCULTES, 2013, p. 29).

As regras de concorrência na União buscam regularizar os comportamentos das empresas que são susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados membros, artigos 101º e 102º TFUE, e as intervenções dos Estados membros que afetem a concorrência leal no mercado interno europeu, artigo 107º do TFUE.

Além disso, deve-se considerar o critério da territorialidade objetiva, isto é, que será aplicado o Direito da União Europeia em matéria de concorrência sempre que o seu efeito concorrencial se produza no território da União⁴ e, cumulativamente, afete o comércio entre

⁴ Cita-se a Decisão da Comissão, in JOCE nº. L-134 de 2.6.1997, que se refere ao caso “GEMA”, uma associação alemã que tinha por objeto a gestão de direitos autorais de artistas (CAMPOS, 1997, p. 497)

os Estados membros e não apenas a troca comercial no interior deles⁵ (CAMPOS, 1997, p. 498).

Nos próximos tópicos, abordam-se os principais institutos jurídicos da legislação de concorrência, entre os quais, aqueles que se referem à proibição de coligações anticoncorrenciais (artigo 101º do TFUE), ao abuso da posição dominante (artigo 102º do TFUE); ao controle de operações de concentrações (“Regulamento das Concentrações”) e, por último, à política de auxílios estatais (artigo 107º do TFUE).

2.1 A proibição de coligações anticoncorrenciais

O artigo 101º do TFUE, nº. 1 determina que:

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

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
- 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 facto, 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 objecto desses contratos (UNIÃO EUROPEIA, 2010, p. 88).

Tal proibição supõe o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: (1) a existência de duas ou mais empresas, (2) a coligação entre elas, na forma de acordo, decisão de associação de empresas ou práticas concertadas, (3) afetação do comércio entre os Estados-Membros e, por fim, (4) a existência de uma restrição da concorrência que legitime a intervenção da Administração para defesa da liberdade de concorrência no mercado (GORJÃO-HENRIQUES, 2010, p. 655).

⁵ Entre os exemplos, o autor João Mota de Campos destaca o Acórdão do caso “BÉGUELIN”, de 22.11.1971, em que pela primeira vez o Tribunal utilizou o critério da territorialidade objetiva para aplicar a legislação de concorrência (CAMPOS, 1997, p. 498).

Como se pode notar, o artigo 101º do TFUE não se preocupou com práticas individuais das empresas, e sim com as ações nas quais duas ou mais empresas estabelecem uma das coligações citadas acima.

Adverte-se, ainda, que basta que se trate de uma prática combinada ou um acordo informal para que se aplique o artigo 101º TFUE⁶ (GORJÃO-HENRIQUES, 2010, p. 659), ou, em outras palavras, necessita-se apenas que o comportamento em causa seja suscetível de afetá-lo (CAMPOS, 1997, p. 493).

Outro requisito do artigo 101º (e também do 102º) do TFUE é a afecção do comércio dos Estados membros por conta de uma prática anticoncorrencial. Trata-se, de forma sintética, da prática de obstaculizar ou interferir – ainda que em nível potencial –, na desejada realização do mercado interno (GORJÃO-HENRIQUES, 2010, p. 667).

Como último requisito é necessário a identificação de situações restrição da concorrência. Neste caso, o artigo 101º TFUE não exige, necessariamente, que seja apurado o resultado do dano causado à concorrência leal, mas tão-somente a tentativa ou mesmo a intenção das partes⁷ envolvidas na prática anticoncorrencial para que seja considerado proibido.

Além disso, na aplicação do artigo 101º do TFUE dispensa-se a necessidade de averiguação do propósito ou da intenção das partes em produzir os efeitos anticoncorrenciais, necessitando apenas que esses efeitos sejam considerados previsíveis⁸ (CAMPOS, 1997, p. 516).

2.2 O abuso da posição dominante

O artigo 102º do TFUE determina que:

⁶ Cita-se o Acórdão de 11.12.03, processo T-61/99, *Adriática di Navigazione SpA* contra a Comunidade Econômica Europeia (GORJÃO-HENRIQUES, p. 659). Nesse Acórdão, o Tribunal aborda o conceito doutrinário de “distanciamento público”, tendo o entendimento que a sua aplicação, enquanto elemento de exoneração da responsabilidade, deve ser interpretado de modo restritivo.

⁷ Por exemplo, no Acórdão de 15.7.1970, processo 41/69, sobre caso do “Cartel Internacional de Quinina” (CAMPOS, 1997, p. 515). O Tribunal considerou que não apenas os acordos de transação judicial escritos são sujeitos às regras de concorrência, sendo possível, por exemplo, considerar a figura do “acordo de cavalheiros” e intencionalidade das partes envolvidas.

⁸ Ver Acórdão de Julho de 1989, *Belasco* contra Comissão, processo 246/86 (CAMPOS, 1997, p. 516). Segundo o TJUE, para que se possa considerar que uma infração às regras de concorrência previstas no Tratado foi cometida deliberadamente, não é necessário que a empresa tenha tido consciência de violar uma proibição estabelecida por essas normas; basta que ela não possa ignorar que a conduta incriminada tinha por objeto restringir a concorrência.

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

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção 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 facto, 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 objecto desses contratos (UNIÃO EUROPEIA, 2010, p. 89).

Esse artigo não proíbe a existência de uma empresa em posição dominante no mercado, bem como não sanciona os esforços que uma empresa dinâmica ou grupo de empresas realizem para conquistar tal posição (CAMPOS, 1997, p. 541), mas coíbe e procura evitar a prática abusiva da empresa em situação dominante em determinado mercado.

O artigo 102º do TFUE possui três requisitos, entre os quais a afecção do comércio entre os Estados-Membros (assim como no artigo 101º do TFUE), a existência de uma posição dominante e o abuso dessa posição.

Entende-se como posição dominante aquela que exclui a existência de uma concorrência efetiva em determinado mercado e supõe a capacidade da empresa dominante para exercer uma influência determinante sobre os comportamentos das outras empresas do setor que, eventualmente, poderiam estar em concorrência (CAMPOS, 1997, p. 544).

Quanto à noção de exploração abusiva da posição dominante pode ser esclarecida pela jurisprudência da União, uma vez que o artigo 102º não resultou em definição específica⁹ sobre tal tema.

Dessa forma, existirá o abuso quando uma empresa utilizar o poder que dispõe no mercado para obter vantagens, como preço ou condições de transação não equitativas, que não poderia aspirar num quadro de concorrência efetiva. (CAMPOS, 1997, p. 550).

⁹ Ver Acórdão “CONTINENTAL CAN” de 21.2.1973 (CAMPOS, 2007, p. 550). O TJUE anulou a decisão da Comissão sobre “CONTINENTAL CAN”. Em tal decisão, a Comissão considerou que a aquisição de uma participação maioritária numa empresa concorrente por uma empresa que já detinha uma posição dominante podia, em certas circunstâncias, constituir uma exploração abusiva dessa posição. A exposição do TJUE sobre as dificuldades práticas de aplicação da decisão da Comissão abriu caminho à preparação e adoção, anos mais tarde, do primeiro regulamento comunitário sobre o controle das concentrações.

2.3 O controle das operações de concentração

A conjugação de forças entre empresas, por intermédio de operações de concentração, como a fusão, absorção, tomada de capital por acionista ou outras formas, podem restringir a concorrência e fortalecer uma posição dominante.

João de Mota Campos afirma que, tendo em vista a jurisprudência da União, a concentração é uma prática anticoncorrencial combatida pelo artigo 86º do TCE [102º do TFUE] quando a empresa em posição dominante abusa dessa situação de domínio para vergar as empresas concorrentes à sua vontade, levando-as a aceitar uma concentração a que não adeririam se estivessem libertas da pressão daquela (CAMPOS, 1997, p. 563).

Nem todas as concentrações que restringem a concorrência são proibidas. Neste sentido, a Comissão Europeia possui um papel central na análise dessas operações de concentração, bem como na avaliação da sua proibição ou da adoção de medidas que tentam minimizar essa distorção na concorrência. Tais ações fundamentam-se no Regulamento (CE) nº, 139/2004, conhecido como “Regulamento das Concentrações”.

304

2.4 Os auxílios estatais

O artigo 107º do TFUE afirma que:

1. Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções (UNIÃO EUROPEIA, 2010, p. 92).

Dessa forma, não é permitida a concessão pelos Estados membros de auxílio para empresa, categoria de empresa ou setor da produção, que altere as condições de uma concorrência leal, estabelecendo, assim, vantagem à empresa ou às empresas beneficiárias dessa ajuda em face de seus competidores (CAMPOS, 1997, p. 593).

A noção do auxílio estatal do artigo 107º do TFUE é ampla, considerado auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam.

Todavia, vale ressaltar que o artigo 107º n.º. 2 do TFUE admite auxílios estatais que são ou podem ser, como no caso do n.º. 3 do mesmo artigo, compatíveis com o mercado interno, elencando, dessa maneira, um conjunto de exceções. Entre essas, citam-se os auxílios destinados a promover o desenvolvimento econômico de regiões em vulnerabilidade, a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, a promover a cultura e a conservação do patrimônio etc.

3 APLICAÇÃO DAS REGRAS DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

Segundo Martha Asunción Enríquez Prado:

Acertou a UE ao incorporar normas de defesa da concorrência, no tratado de fundação, inibindo assim, a formação de estruturas e poder de mercado em mãos de uma ou mais empresas, e abusando do poder de mercado. Todavia, dispor de normas não é suficiente, indispensáveis são os órgãos supranacionais que apliquem sanções para um resultado efetivo (PRADO, 2008, p. 118).

305

Assim como é importante um sistema jurídico para a defesa das regras de concorrência, torna-se fundamental um sistema orgânico, no qual diferentes instituições buscam salvaguardar as regras do Tratado de Lisboa e as demais orientações sobre a política de concorrência da União Europeia.

A Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça da União Europeia são os principais órgãos para garantir a aplicação do direito de concorrência. Além disso, destaca-se cada vez mais o apoio das autoridades nacionais dos Estados membros e de uma rede internacional de cooperação sobre o tema.

3.1 A Comissão Europeia

A Comissão, no âmbito dos artigos 103º, 104º, 105º, 108º e 109º do TFUE, é a encarregada de zelar pelo equilíbrio da concorrência na União Europeia.

A Comissão Europeia, de uma forma geral, possui o privilégio da iniciativa legislativa e possui extensos poderes em matéria de concorrência para propor ações judiciais, investigar, decidir, sancionar aplicar o direito material da União Europeia.

Neste sentido, a Comissão conta com a Direção Geral da Concorrência, órgão técnico e especializado, que atua em conjunto com as autoridades de concorrência dos Estados membros e a rede de cooperação internacional para intervir sempre que houver provas do desrespeito de regras concorrenciais, tanto por parte das empresas privadas ou públicas, quanto pelos próprios governos dos Estados membros (SCHULTES, 2013, p. 32).

A Direção Geral, sem o papel de propor atos legislativos, é um órgão de atuação tipicamente administrativa no controle de concorrência que pode impor medidas, multas e outras formas de intervir nesta regulação. Entretanto, os atos da Direção Geral estão sempre sujeitos a possível revisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (SCHULTES, 2013, p. 33).

Com a entrada em vigor do Regulamento (CE) nº. 1/2013 – que substitui o Regulamento (CE) nº. 17/1962, embora a Comissão tenha ampliado os seus poderes, o controle da concorrência na União Europeia assumiu uma perspectiva de atuação descentralizada (GORJÃO-HENRIQUES, 2010, 646).

A Comissão continua desempenhando papel central, mas, em determinada medida, passa a partilhar algumas atribuições com as autoridades e os tribunais nacionais, como é o caso das ações de combate a práticas anticoncorrenciais pelos Estados membros e empresas.

306

3.2 O Tribunal de Justiça da União Europeia

O mercado interno da União Europeia, como uma das principais experiências integracionistas da sociedade internacional, é possível, dentre outros fatores, pela atuação do Tribunal de Justiça, na medida em que traz legitimidade e obrigatoriedade às normas supranacionais da União (SCHULTES, 2013, p. 26).

A partir das atividades de consulta jurídica e de criação de jurisprudência, o Tribunal de Justiça exerce o controle judicial em matéria de concorrência na União Europeia, tendo papel decisivo na interpretação do Tratado de Lisboa, na uniformização das decisões, no desenvolvimento da legislação e na possibilidade de rever as decisões da Comissão por intermédio de recurso.

Apenas para enfatizar o papel desse órgão da União Europeia na política de concorrência, vale citar alguns exemplos de temas importantes que já foram abordados pelo Tribunal, como é o caso da definição da noção de concorrência, da delimitação da

abrangência do conceito de empresa ou do conceito de abuso de poder do artigo 102º do TFUE.

Tais decisões foram fundamentais para a aplicação e o processo de consolidação da política de concorrência no continente europeu, na medida em que a mediação do Tribunal apontou os parâmetros na resolução de conflitos na área concorrencial, muitos dos quais, ainda necessitavam de regulamentação por parte da União Europeia e dos seus Estados membros.

3.3 As autoridades nacionais de concorrência e a Rede de Cooperação Internacional

A relação entre o direito nacional e europeu da concorrência, principalmente no que diz respeito à competência da aplicação das proibições dos artigos 101º e 102º do TFUE, nem sempre foi clara (GORJÃO-HENRIQUES, 2010, p. 648).

Nas últimas décadas, todavia, com a atuação do Tribunal de Justiça, a evolução institucional e doutrinária sobre o tema entende-se que é possível a aplicação paralela (cumulativa) dos ordenamentos nacionais e da União Europeia, desde que respeitada a prevalência do direito da União Europeia no caso concreto.

Como afirma Miguel Gorjão-Henriques, o sistema de descentralização em matéria da concorrência e a aplicação do Regulamento nº. 1/2003 resultaram:

em primeiro lugar, que as autoridades nacionais da concorrência, que são competentes para aplicar os artigos 101º e 102º do TFUE, podem aplicá-los sempre que idênticos comportamentos idênticos comportamentos, abrangidos pelo direito nacional, afetem sensivelmente o comércio entre os Estados membros (nº. 1).

Em segundo lugar, sem prejuízo da possibilidade de adotar normas mais restritivas relativamente a práticas unilaterais restritivas da concorrência (2º período do nº. 2), os Estados membros não podem proibir qualquer comportamento das empresas que seja autorizado ou compatível com o direito da União Europeia (GORJÃO-HENRIQUES, 2010, p. 648).

Outro aspecto da descentralização da aplicação das regras de concorrência é a cooperação e articulação entre autoridades nacionais e a União Europeia em âmbito internacional, como na Rede Internacional de Concorrência (RIC).

Trata-se de uma rede informal que articula as autoridades de concorrência em escala mundial, que buscam partilhar experiências e definir recomendações que visem uma política

de concorrência mais harmônica em numa perspectiva ampla, para benefício de associações, consumidores e economias de diferentes países.

4 OS NOVOS DESAFIOS PARA A POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA NA UNIÃO EUROPEIA

Hoje, a União Europeia, com vigência do Tratado de Lisboa (2007), possui um mercado comum composto por 28 países e com uma produção total de bens e serviços, em 2012, de 12 945 402 milhões de euros¹⁰.

Essa realidade, inserida num contexto de pós-crise financeira e no processo de alargamento dos mercados da União, desperta um conjunto de novos e complexos desafios a serem superados pela União Europeia e seus Estados membros como um todo. Para além de unidade de políticas econômicas no continente europeu, notam-se um processo de integração do mercado e a busca por saídas conjuntas à crise mundial, com importantes efeitos no plano internacional.

308

4.1 A crise mundial e a necessidade de recuperação da economia europeia

O continente europeu, desde 2008, tem sofrido os efeitos da mais grave crise econômica dos últimos 50 anos, apresentando índices similares à crise de 1929 nos EUA e o pós-Segunda Guerra Mundial na Europa.

A União, por sua vez, precisa definir com centralidade uma agenda política de “ajustamentos estruturais, de uma repartição eficaz dos recursos e de um crescimento de produtividade” (COMISSÃO EUROPEIA, 2014, p. 2) para começar a vislumbrar a superação da crise e a retomada do desenvolvimento econômico no continente.

A União Europeia, apesar de definir um conjunto de regras restritivas às práticas anticoncorrenciais, compreende que política de concorrência não é essencialmente negativa (MATHIJSEN, 1991, p. 290). Entre os planos estratégicos da União Europeia relacionados ao tema da concorrência, percebe-se a busca pela adequação de metas e objetivos visando os

¹⁰ Dados disponíveis no site oficial da União Europeia: http://europa.eu/about-eu/facts-figures/economy/index_pt.htm.

novos desafios, principalmente, no que se refere ao fortalecimento do empreendedorismo, da inovação tecnológica e de um crescimento sustentável da economia em geral.

No “Plano de Ação do Empreendedorismo 2020”, por exemplo, almeja-se superar o contexto de desemprego da Europa e recuperar as pequenas e médias empresas (PME), criando condições para uma concorrência leal nessa área. Como alerta o estudo sobre o plano: “existem na Europa mais de 25 milhões de desempregados e, na maioria dos Estados membros, as pequenas e médias empresas (PME) ainda não conseguiram recuperar para os níveis pré-crise” (COMISSÃO EUROPEIA, 2013, p. 13).

Outra ação estratégica é o desenvolvimento de iniciativas de inovação tecnológica e o apoio à criatividade. A Comissão lançou, no ano de 2010, “Uma Agenda Digital para a Europa” que, no intuito de acelerar a evolução da economia digital, admite a proposição de recomendações que coíbam práticas ilícitas de empresas dominantes no ramo de Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC) com maior agilidade, evitando a saída precoce do mercado de pequenas empresas concorrentes (COMISSÃO EUROPEIA, 2014, p. 18). A União Europeia também busca apoiar os “bons” auxílios estatais que estimulem a investigação, o desenvolvimento e a inovação (I&D&I), e, assim, a competitividade no espaço econômico europeu. Segundo o relatório da Comissão, de 2007 a 2013, esse órgão autorizou mais de 200 iniciativas de auxílios estatais com essa finalidade (COMISSÃO EUROPEIA, 2014, p. 10).

No sentido mais amplo, a estratégia “Europa 2020” reforça o papel da concorrência para a execução de suas metas, entre as quais, a inovação tecnológica, o fortalecimento da política industrial no contexto de globalização, o uso eficiente dos recursos e o desenvolvimento da economia digital da Europa. A concorrência, ao estimular a inovação e a promoção de produtividade, aquece os “motores de crescimento econômico” (COMISSÃO EUROPEIA, 2014, p. 2), considerados fundamentais para a restauração da confiança e criação das bases necessárias para o retorno de uma via de crescimento na União Europeia (COMISSÃO EUROPEIA, 2014, p. 2).

4.2 O alargamento da União Europeia e a liberalização de mercados

Em 2013, a Croácia foi o último país a integrar a União Europeia. Essa nova adesão, bem como a dos outros países, refletem diretamente no mercado de concorrência europeu.

Quando um país candidata-se a Estado membro da União Europeia, além de concordar com o acervo comunitário sobre concorrência, deve se organizar para exercer plenamente tal política.

Para tanto, é fundamental que exista uma igualdade de condições mínimas de concorrência entre os países e que se busque a criação de uma nova cultura de livre concorrência. Por vezes, muitos Estados membros possuem uma prática histórica diversa a da União Europeia, com economias planificadas e com grande ingerência do estado na regras de mercado. Dessa maneira resistem, por exemplo, a aceitar qualquer tipo de restrição a sua autonomia no que se refere à aplicação de auxílios estatais.

A Comissão, com o intuito de minimizar essa realidade, tem produzido orientações que vislumbram um método sequencial para assimilação da política e da adaptação das legislações nacionais sobre concorrência, mesmo antes da inclusão de determinado país na União Europeia.

Apesar disso, como alerta Carneiro, essa integração pode gerar algumas contradições:

Enquanto a livre circulação de produtos consolidava o espaço econômico comunitário, a liberalização na prestação de serviços encontrava resistência por parte dos membros, principalmente aqueles serviços considerados estratégicos para o desenvolvimento local ou regional ou aqueles de interesse público (CARNEIRO, 2007, p. 88).

Entre os eixos de atuação da política de concorrência, a liberalização implica “na abertura ao mercado de setores anteriormente regidos em monopólio público” (MOREIRA, 2009, p. 9) possibilitando à iniciativa privada a exploração de serviços, como transporte, energia, gás etc. Todavia, nem sempre o fim do monopólio estatal gera competitividade, na medida em que podem ser substituídos pela existência de monopólios de caráter privado.

Dessa forma, os tratados da União Europeia, num processo recente, passam a defender a liberalização mediante a abertura ao mercado e a sujeição de regras de concorrência (MOREIRA, 2009, p. 9), mas tal liberalização, necessariamente, deve ser compreendida no contexto econômico, social e político da Europa das últimas décadas.

Como adverte o Vital Moreira, a liberalização e a privatização na União Europeia resultam da implantação do mercado único europeu, da defesa de uma política neoliberal de não intervenção estatal na economia e da crise financeira e fiscal do Estado social na década de 80 (MOREIRA, 2009, p. 9).

Tal reflexão é fundamental quando se analisa o processo de ampliação de Estados membros na União Europeia, dentre outros motivos, pelos riscos do abuso da posição dominante por grandes empresas e pelas disparidades na relação econômica entre os países fundadores e os admitidos recentemente na União Europeia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A União Europeia possui um sistema jurídico e orgânico que busca regularizar os comportamentos das empresas que são susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados membros e as intervenções estatais que afetem a concorrência leal no mercado interno europeu.

Nas últimas décadas, a União Europeia mostrou-se eficaz na sua proposta de promoção da política concorrência baseada na iniciativa privada e na competitividade comercial, na medida em que estabeleceu um mercado comum e reduziu as barreiras protecionistas dos Estados membros na circulação de mercadorias e serviços.

Todavia, atualmente, os tratados da União Europeia admitem uma perspectiva mais ampla da política da concorrência que, inclusive, tenta minimizar as conseqüências da livre circulação de mercado.

O Tratado de Lisboa, por exemplo, compreende entre as regras de concorrência a necessidade do combate à formação dos monopólios por setores privados e incentivam ações que assegurem os direitos dos consumidores europeus.

Como alerta Mathijsen, a política de concorrência não deve ser vista como um fim em si mesmo, mas sim como um instrumento efetivo a disposição da União Europeia, para assegurar que os objetivos apontados nos seus tratados sejam alcançados (MATHIJSEN, 1991, p. 290).

Neste sentido, a defesa da política de concorrência na União Europeia não pode mais ser compreendida apartada do conteúdo social em torno das diretrizes econômicas, mesmo que isso levante novos desafios, como aqueles percebidos no contexto de crise mundial ou no processo de alargamento do mercado interno europeu.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário*. Volume III: o ordenamento econômico. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CARNEIRO, Cynthia Soares. *O direito da integração regional*. Belo Horizonte: Del Rey 2007.

COMISSÃO EUROPEIA. *Compreender as políticas da União Europeia: Concorrência*. Luxemburgo: Serviços das Publicações da União Europeia, 2014.

_____. *Relançar o espírito empresarial na Europa*. Bruxelas, 2013.

_____. *Relatório sobre política da concorrência 2013*. Bruxelas, 2014.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. *Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia em 1957*. Disponível em: <<http://old.eu-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11957E/TXT:PT:NOT>>. Acesso em: 20 de fev. de 2015.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

LOCHAGIN, G. L. A Comissão Europeia e a Proteção da Concorrência no Setor Postal. *Revista do IBRAC*, v. 21, p. 279-300, jan./jul., 2012.

MATHIJSEN, P. S. F. R.. *Introdução ao direito comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991.

MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto na União Européia. *Revista Eletrônica de Direito Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, ago./out., 2009.

PRADO, Martha Asunción Enríquez Prado. Aplicação do direito da concorrência na União Européia e o Protocolo de Fortaleza para o MERCOSUL. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 12, p. 117-138, 2008.

RODRIGUES, Hélio T. Rigor. *Direito comunitário da concorrência: proibição estabelecida no artigo 81º, nº. 1/TCE e acordos permitidos pela exceção do artigo 81º, nº. 3/TCE.* Disponível em: <<http://www.verbojuridico.com/doutrina/outros/direitocomunitarioconcorrencia.pdf>>. Acesso em 10 de fev. de 2015.

SCHULTES, Marcelo. O controle concorrencial: regulador do mercado interno da União Europeia. *Revista Direito em debate*, ano 12, nº. 29, jan./jun. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. *Versão consolidada do Tratado da União Europeia e do Tratado de Funcionamento da União Europeia.* Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010. Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/qc3209190ptc_002.pdf>. Acesso em: 20 de fev. 2015.

Submissão: 08/03/2015

Aceito pra Publicação: 10/06/2015