



Universidade do Minho
Escola de Direito

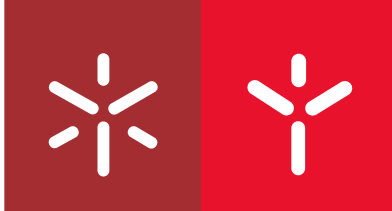
Lucas Wagner Lourenço **Mercados desportivos profissionais e o Direito europeu da concorrência**

Lucas Wagner Lourenço

**Mercados desportivos profissionais
e o Direito europeu da concorrência**

UMinho | 2017

outubro de 2017



Universidade do Minho

Escola de Direito

Lucas Wagner Lourenço

Mercados desportivos profissionais e o Direito europeu da concorrência

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho efetuado sob a orientação do

Professor Doutor Serafim Pedro Madeira Frouffe

outubro de 2017

DECLARAÇÃO

Nome: Lucas Wagner Lourenço

Endereço electrónico: lucaswlourenco@gmail.com

Número do Passaporte: FL241366

Título dissertação:

Mercados desportivos profissionais e o Direito europeu da concorrência

Orientador:

Professor Doutor Serafim Pedro Madeira Frouffe

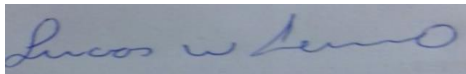
Ano de conclusão: 2017

Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO, APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, 31 de outubro de 2017.

Assinatura:



AGRADECIMENTOS

À Bruna, pelo apoio.

RESUMO

Tendo-se em conta a controvérsia acerca da especialidade dos desportos na Comunidade europeia, bem como a exceção jurisprudencial criada para colocar regras puramente desportivas fora do âmbito de aplicação do Tratado de Funcionamento da União Europeia, este trabalho visa responder se o Direito da Concorrência europeu é aplicável aos desportos profissionais e, se sim, como. Parte-se da hipótese de que a flexibilidade da disciplina permite sua aplicação a todos os mercados, independente de modificações substanciais ou de exceções individuais. A metodologia utilizada foi o estudo bibliográfico e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE

Direito da Concorrência. Desportos profissionais.

ABSTRACT

Given the controversy about the so-called specialty of sports, and the "purely sporting rule" exception created by EU jurisprudence, which allocates those rules outside of the TFEU scope, this work aims to answer the following question: Does Competition Law applies to professional sports? If so, how? The initial hypothesis is that Competition Law has enough flexibility in order to be enforced in every market, with no need of substantial adjustments nor individual exceptions. To test this hypothesis, the methodology used was the bibliographic research and case law study.

KEYWORDS

Competition Law. Professional sports.

ÍNDICE

Agradecimentos.....	iii
Resumo.....	iv
Abstract	v
Índice.....	vi
Introdução.....	1
CAPÍTULO 1 - APLICABILIDADE DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA	3
1.1 APLICABILIDADE DO ART. 101 (1) TFUE	3
1.1.1 Acordos ou práticas concertadas entre empresas	4
1.1.1.1. Conceito de empresa	4
1.1.1.2. Atividades Excepcionadas	5
1.1.1.2. Acordos ou Práticas Concertadas.....	8
1.1.1.2.1. “ <i>Single economic entity doctrine</i> ”	9
1.1.2 Decisões de Associações de empresas	10
1.1.2.1. Conceito de associação de empresas.....	11
1.1.2.2. Conceito de decisões de associação de empresas	11
1.1.3 Objetivo ou efeito de prevenir, restringir ou falsear a concorrência	12
1.1.3.1. Restrições por efeitos	12
1.1.3.2. Restrições por objetivo	15
1.1.3.3. Efeitos sensíveis na concorrência e <i>de minimis</i>	18
1.1.4 Susceptibilidade de afetar o comércio entre os Estados-Membros	20
1.1.4.1. O conceito de comércio entre os Estados-Membros.....	20
1.1.4.2. A susceptibilidade de afetação	20
1.1.4.3. Afetação sensível	21
1.1.4.4. A relação entre o Direito Comunitário e o Direito Nacional em matéria de concorrência.....	22
1.2 APLICABILIDADE DO ART. 101 (3) TFUE	23

1.2.1	Introdução.....	23
1.2.2	Condições a serem cumpridas	25
1.3	APLICABILIDADE DO ART. 102 TFUE	28
1.3.1	A posição dominante	29
1.3.1.1.	O conceito de posição dominante	29
1.3.1.2.	A análise da posição dominante.....	30
1.3.1.2.1.	O mercado relevante	30
1.3.1.2.1.1.	O “SSNIP TEST” e a “ <i>Cellophane Fallacy</i> ”	31
1.3.1.2.2.	A quota de mercado	32
1.3.1.2.3.	A concorrência potencial	33
1.3.1.2.4.	Poder negocial dos compradores	34
1.3.2	O mercado interno ou parte substancial deste	34
1.3.3	O abuso.....	35
1.3.3.1.	Os tipos de abuso	37
1.3.4	A justificação objetiva e alegação de eficiência.....	39
1.4	NOTAS CONCLUSIVAS	40
CAPÍTULO 2 – A JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA QUANTO AO DESPORTO.....		42
2.1	WALRAVE	42
2.2	DONÀ.....	43
2.3	DECISÕES FORMAIS DA COMISSÃO PRÉ-BOSMAN	44
2.4	O CASO BOSMAN.....	47
2.5	LEHTONEN.....	50
2.6	DELIÈGE	52
2.7	WOUTERS	53
2.8	MECA-MEDINA	55
2.8.1	O caso	55

2.8.2	A decisão da Comissão	56
2.8.3	A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (General Court)	57
2.8.4	A decisão da ECJ.....	58
2.9	PIAU	61
2.10	MOTOE.....	64
CAPÍTULO 3 – A CONCORRÊNCIA E O DESPORTO.....		68
3.1	A ESPECIALIDADE DO DESPORTO.....	68
3.2	A “REGRA PURAMENTE DESPORTIVA”	70
3.3	O TESTE DA PROPORCIONALIDADE	73
3.4	A APLICABILIDADE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA AOS MERCADOS DESPORTIVOS PROFISSIONAIS.....	74
CONCLUSÃO		77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		78

INTRODUÇÃO

A intenção europeia de construção de um mercado comum requer, como parcela de sua complexa legislação, normas rígidas e clara sobre suas condições de concorrência.

Desta forma, o Tratado de Funcionamento da União Europeia (doravante “TFUE”), estabeleceu, com relevo para os arts. 101 e 102, regras gerais de condutas a serem aplicadas para os países integrantes da União Europeia.

Todavia, como disciplina jurídica ligada à ciência econômica, a aplicação eficiente da legislação depende das regras e da dinâmica específica aplicável a cada mercado.

Assim, a aplicação dos arts. 101 e 102 poderão possuir peculiaridades quando o mercado relevante possua nuances que o diferencie dos demais, bem como pela distinção da própria situação fática em análise, independentemente do mercado.

Neste diapasão, surge a polêmica objeto deste trabalho, acerca da forma de aplicação (ou mesmo da não aplicação) das regras concorrências para os mercados desportivos profissionais.

Com efeito, dado às alegadas peculiaridades dos mercados desportivos, defendeu-se (e ainda defende-se) que tal este pudesse gozar de isenção em relação ao TFUE, ou ao menos mitigação quanto à sua obrigatoriedade para determinadas atividades.

Portanto, a pergunta que este trabalho visa responder é: “As regras da concorrência devem ser aplicadas aos mercados desportivos profissionais? Se sim, de que forma?”. Em relação ao método, optou-se pelo estudo bibliográfico, tanto da doutrina quanto da jurisprudência das Cortes Europeias.

A título de hipótese, que acabou por não ser confirmada, partiu-se do princípio de que o Direito da Concorrência é flexível o suficiente para ser aplicável a qualquer mercado onde haja atividades econômicas, prescindindo-se de isenções específicas para atividades conectadas aos desportos profissionais.

Para responder à pergunta e testar a hipótese, dividiu-se esta dissertação em três capítulos, partindo-se de questões mais abrangentes para as mais específicas.

No primeiro capítulo, trataremos das regras gerais de aplicação do Direito da Concorrência, ou seja, das regras aplicáveis a quaisquer mercados onde haja atividade econômica. Tratar-se-á, pois, da aplicabilidade dos arts. 101 e 102 do TFUE.

No segundo capítulo, far-se-á uma análise da jurisprudência das cortes europeias, tendo-se em conta os casos que sejam relevantes para o tema. Não se apresentará apenas os julgados que tratam de desportos, nem mesmo que tratem apenas do Direito da Concorrência, mas todos que tragam *rationes decidendi* importantes para confirmar ou infirmar a hipótese.

O derradeiro capítulo tencionará cotejar as informações trazidas nos primeiros dois capítulos. Ou seja, será analisado de qual forma a aplicação geral do Direito da Concorrência é compatível com os mercados desportivos profissionais, bem como os parâmetros utilizados na jurisprudência. Será explicado a especialidade dos desportos em relação aos demais mercados económicos e o teste implementado pelo Tribunal de Justiça (doravante “ECJ” ou “TJ”).

Por fim, concluiremos que o Direito da Concorrência, de fato, não pode ser aplicado aos desportos da mesma forma que é aplicado aos demais setores da economia. Há peculiaridades que tornam este mercado especial, principalmente a interdependência entre os *players*, que faz com que a atuação excludente se torne rara.

Desta feita, proporemos que a aplicação do Direito da Concorrência aos desportos, quando se tratar de regras ou decisões oriundas de órgãos com competência regulatória, se dê com base no teste utilizado em Wouters e Meca-Medina (conforme estudado nos itens 2.7. e 2.8.), aliado à proporcionalidade nos termos do jurista alemão Robert Alexy.

CAPÍTULO 1 - APLICABILIDADE DO DIREITO EUROPEU DA CONCORRÊNCIA¹

1.1 APLICABILIDADE DO ART. 101 (1) TFUE²

A aplicabilidade do Direito Europeu da Concorrência ocorre em três campos: acordos³ entre empresas e decisões de associações de empresas; comportamentos unilaterais de empresas detentoras de posição dominante⁴ e no controle das estruturas de mercado⁵. Tais campos são tratados respectivamente pelos artigos 101 e 102 do TFUE e pelo EUMR.

Neste item, trataremos especificamente da aplicabilidade do Direito Europeu da Concorrência aos acordos entre empresas e decisões de associações de empresas. Ou seja, dos requisitos para que um acordo ou decisão viole o TFUE e seja, por consequência do número 2 do art. 101 (doravante apenas “101 (2)”), declarado nulo. Para tanto, analisaremos cada aspecto do artigo abaixo, de acordo com a doutrina e a jurisprudência europeia:

“Artigo 101.º

1. 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;

¹ Para que se trate da aplicabilidade do Direito Europeu da Concorrência aos desportos, precisa-se primeiro definir quando o Direito da Concorrência é aplicável em geral. Por isso, esse capítulo objetiva fornecer um quadro básico de aplicação das normas inscritas nos artigos 101 e 102 do TFUE. Não tenciona-se exaurir o tema da aplicabilidade, mas fornecer as ferramentas que o intérprete precisa para enquadrar uma conduta ao Direito da Concorrência.

² Utilizaremos em todo o trabalho a numeração atual, derivada do Tratado de Lisboa (2009), salvo quando utilizarmos citações mais antigas (as quais não modificaremos). Pois, os artigos 101 e 102 já foram no passado 85 e 86, e 81 e 82, respectivamente.

³ Utilizamos aqui a palavra “acordo” em seu sentido amplo, a fim de incluir acordos, contratos, conluíus, práticas concertadas, etc.

⁴ O chamado “abuso de posição dominante”.

⁵ Também chamado de “merger control”.

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”.

1.1.1 Acordos ou práticas concertadas entre empresas

1.1.1.1. Conceito de empresa

Antes de definir o conceito de acordos ou práticas concertadas, é necessário definir o conceito de empresa para fins do TFUE, uma vez que o próprio tratado não o definiu. Se a proibição incide sobre acordos ou práticas das empresas, é fundamental saber quem são elas, pois, caso haja um acordo entre entidades que não sejam assim consideradas, este estará localizado não apenas fora do âmbito proibitivo do número 1 do art. 101 (doravante apenas “101 (1)”), mas do Direito da Concorrência como um todo⁶.

Como afirmam Whish e Bailey⁷, não há dúvidas de que órgãos dos Estados Membros - tais como serviços de saúde públicos ou entidades conectadas ao Poder Público - podem distorcer a concorrência. A dúvida é se essas entidades serão ou não consideradas empresas para fins do TFUE.

A jurisprudência europeia construiu um conceito de empresa bem amplo, a fim de sujeitar ao TFUE grande parte das atividades que possam distorcer a concorrência. Para tanto, utilizou o critério funcional, abrangendo, a princípio, “qualquer entidade que exerça uma atividade econômica, independentemente de seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento”⁸. Atividade econômica, por sua vez, “consiste na oferta de bens ou serviços num determinado mercado.”⁹ Tal oferta de bens e serviços não precisam advir de uma entidade que possua intuito lucrativo¹⁰.

Por conta do critério funcional adotado pela jurisprudência europeia, não deve-se entender a empresa no sentido ontológico. Assim, como uma mesma entidade pode exercer

⁶ No ponto, andou bem a Lei Antitruste brasileira (Lei 12.529/11) ao evitar toda a discussão travada nas Cortes Europeias sobre o conceito de empresa, abdicando do conceito funcional e escolhendo a seguinte redação: “Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

⁷ RICHARD WHISH e DAVID BAILEY. *Competition Law*, 8ª ed, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 86.

⁸ Conclusão da Advogada-Geral Juliane KOKOTT de 06/03/2008. Processo C-49/07. Parágrafo 31.

⁹ Idem, parágrafo 32.

¹⁰ Idem, parágrafo 41. “(...)Também não aponta o facto de o ELPA ter o estatuto de associação sem fins lucrativos (...). Estas entidades também podem prestar serviços no mercado em concorrência com outros operadores (...)”

diversas atividades, ela pode ser e não ser empresa ao mesmo tempo¹¹, a depender da atividade sob escrutínio do Direito da Concorrência.

Por último, destaca-se que pessoas singulares, por poderem exercer atividades econômicas, também podem ser consideradas empresas para os fins do TFUE. Todavia, não será considerada empresa uma pessoa singular agindo como empregado ou como consumidor¹².

1.1.1.2. Atividades Excepcionadas

Partindo da noção exposta de que empresa é qualquer entidade - independentemente de seu estatuto jurídico - que exerça atividade econômica¹³, conclui-se que não se pode excluir *a priori* nenhuma entidade do escopo do Direito da Concorrência. Portanto, a discussão jurisprudencial se dá em torno de atividades que, por não serem econômicas, fogem ao âmbito do artigo 101 e 102 do TFUE.

A distinção entre uma atividade econômica e uma atividade não econômica é pouco clara. Como visto, o fato de uma entidade não possuir intuito lucrativo não é suficiente para a caracterização de sua atividade como não econômica. As atividades excepcionadas do conceito de empresa são melhor visualizadas do ponto de vista da jurisprudência, quando reiteradamente exclui atividades do âmbito dos artigos 101 e 102 TFUE¹⁴.

A concorrência não é, no contexto europeu, um dos objetivos a serem buscados pela União, mas meio de atingir os objetivos ligados ao mercado comum¹⁵. Diz-se, portanto, ser uma concorrência-meio, em contraposição à concorrência-fim norte americana.

Há um legítimo interesse dos Estados-Membros, portanto, que certas atividades consideradas essenciais e de prestações uniformes possam escapar ao rigor da livre

¹¹ “a noção de «empresa» é relativa, e deve ser apreciada em concreto, em função da atividade específica em análise”. Conclusões do Advogado-Geral F.G. Jacobs de 28/01/1999. Processo C-67/96. Parágrafo 207.

¹² RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law*, op. cit. pp 88-89.

¹³ Discussão interessante é se a definição de “atividade econômica” deve ser única ou se é dependente do contexto.

¹⁴ “(...) distinguishing economic from noneconomic activities is a polyphonic exercise, both in terms of the actors involved and in terms of the views expressed and of the way the distinction is being put to work in the different fields. It is not surprising, therefore, that only rarely does the Court reach a conclusion as to the nature of the activity involved. According to the Court’s case law there are two basic characteristics which render an activity non-economic: the exercise of public authority, involving what may be termed as ‘strategic services’; and the expression of social solidarity, involving social services (...).” VASSILIS HATZOPOULUS, “*The Concept of ‘economic activity’ in the EU Treaty: From ideological dead-ends to workable judicial concepts*”. 2011.

¹⁵ TONY PROSSER. “EU competition law and public services” pp 315-336. disponível em http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/138164/E94886_ch07.pdf., acessado em 20/09/2016.

concorrência, bem como aquelas conectadas com a própria atividade pública, sendo consideradas estratégicas.

A) Atividades solidárias

A jurisprudência europeia entende que as atividades mantidas sob o regime de solidariedade não são atividades econômicas. A solidariedade social é “o ato intrinsecamente sem natureza comercial de um grupo social ser involuntariamente subsidiado por outro”¹⁶⁻¹⁷.

Assim como a conceituação de atividade econômica e não econômica, também não é clara a definição de atividades solidárias, pois em muitos casos a discussão se dá em torno do grau de solidariedade existente¹⁸⁻¹⁹. A ideia fundamental é que o Estado-Membro deve estar presente na relação, conferindo exclusividade para uma entidade, e não deve misturar atividades de mercado com atividades solidárias, a fim de impactar o mínimo possível a livre concorrência²⁰.

A razão para evitar concorrência em mercados regidos pela solidariedade é evitar o “*race to the bottom*” e o “*cream skimming*”.

O “*race to the bottom*” ocorre quando, por pressão concorrencial, a entidade prestadora de um serviço (social) acaba por alterar seus princípios, abaixando seus custos, e, como consequência, prestando um serviço menos amplo ou de menor qualidade²¹.

O “*cream skimming*”, por sua vez, acontece quando, em busca da prestação uniforme do serviço, uma entidade utiliza o sistema da solidariedade para canalizar os lucros obtidos em regiões²² mais lucrativas para diminuir os custos da prestação a regiões mais afastadas. Neste caso, um concorrente poderia prestar o serviço nas regiões mais lucrativas, a custo mais

¹⁶ Conclusões do Advogado-Geral Nial Fenelly de 06/02/1997. Processo C-70/95. Parágrafo 29.

¹⁷ RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law*, op. cit. p 90.

¹⁸ VASSILIS HATZOPOULUS, “*The Concept of ‘economic activity’ in the EU Treaty: From ideological dead-ends to workable judicial concepts*”, op. cit. p 10.

¹⁹ No processo C-244/94 “*Fédération Française des Sociétés d’Assurance*” A Corte de Justiça entendeu que, a despeito de limitados elementos de solidariedade, a entidade sub judice empreendia atividade econômica, sendo considerada empresa. O exemplo é de Tamara K. Hervey.

²⁰ “(...) [T]here is nothing in European Law that prevents national governments from organizing health care systems on a basis of solidarity. However, where governments attempt to mix markets and solidarity-based provision, this is where difficulties may arise with competition law.” TONY PROSSER. Op, cit. p 318.

²¹ “The concern is that Member States may be tempted to lower their levels of social welfare provision, or alter the principles upon which social welfare provisions is based, in response (inter alia) to the competitive pressures of the internal market on such measures...” TAMARA K. HERVEY. “Social Solidarity’: a buttress against internal market law?” in Shaw, J. (ed), *Social Law and Policy in an Evolving EU (Oxford: Hart Publishing, 2000)* 31-47. P 34.

²² Regiões é apenas um exemplo, que ocorre no serviço postal. Pode-se pensar também, de acordo com a jurisprudência europeia, em prestação a grupos de menor risco, no caso de seguro social, por um preço menor do que a entidade que necessita prestar o serviço de forma uniforme.

baixo, agravando o desequilíbrio econômico da entidade que presta o serviço de forma ampla. A esta atitude nomeia-se “*cream skimming*”.

O componente de solidariedade pode se dar de várias formas: Subsídio de uma geração por outra (é o caso, por exemplo, da educação pública gratuita), de uma classe social pela outra, do rico ao pobre, do doente pelo saudável, etc²³.

Exemplos de atividades consideradas não econômicas pela jurisprudência são: regimes de pensões primários (mas não os complementares), seguro obrigatório contra acidentes de trabalho, sistemas de indenização obrigatória para agricultores e serviços de segurança social de caráter sanitário prestados por entidades sem fins lucrativos que gerenciam residências para pessoas idosas²⁴.

Tais exemplos são excluídos do escopo do direito da concorrência na medida em que sejam prestados em regime de solidariedade. Ou seja, as atividades são a princípio econômicas, mas seu modo de prestação as torna não econômicas.

B) Atividades conectadas com o Poder Público

A jurisprudência europeia tem considerado certas atividades conectadas com o poder público como atividades não econômicas. O importante não é a personalidade jurídica da entidade nem seu Estatuto Legal, uma vez que não se excepciona o critério funcional.

Ou seja, uma entidade pública pode ser considerada empresa para os fins do Direito da Concorrência, caso sua atividade seja considerada econômica²⁵. Todavia, quando o comportamento da entidade estiver pautado no exercício dos poderes de autoridades públicas, encontrar-se-á excluído do âmbito de aplicação do artigo 101 TFUE²⁶.

²³ VASSILIS HATZOPOULOS, “*The Concept of ‘economic activity’ in the EU Treaty: From ideological dead-ends to workable judicial concepts*”, op cit. p 10.

²⁴ A compilação dos casos é de VASSILIS HATZOPOULUS, Idem, p 11.

²⁵ STEPHEN WEATHERILL e PAUL BEAUMONT, *EC LAW: The essential guide to the legal working of the European Community*. 2a edição, London, Penguin Books, 1995, pp 685-686.

²⁶ “Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, uma actividade que, pela sua própria natureza, pelas regras a que está sujeita e pelo seu objecto, é estranha à esfera das trocas económicas (v., neste sentido, acórdão de 17 de Fevereiro de 1993, Poucet e Pistre, C-159/91 e C-160/91, Colect., p. I-637, n.ºs 18 e 19, relativo à gestão do serviço público da segurança social) ou está associada ao exercício de prerrogativas de poder público (v., neste sentido, acórdão de 19 de Janeiro de 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, Colect., p. I-43, n.º 30, relativo ao controlo e policiamento do espaço aéreo, e acórdão de 18 de Março de 1997, Diego Cali & Figli, C-343/95, Colect., p. I-1547, n.os 22 e 23, relativo à vigilância antipoluição do ambiente marítimo) escapa à aplicação das regras de concorrência do Tratado.” Caso C-309/99, parágrafo 57.

Exemplos de atividades excluídas do escopo do direito da concorrência pela jurisprudência: serviços funerários prestados em monopólio legal nas comunas francesas, controle de tráfego aéreo e fiscalização antipoluição²⁷.

1.1.1.2. Acordos ou Práticas Concertadas

Os acordos ou práticas concertadas possuem são conceituados de forma ampla para os fins do direito da concorrência, de modo a abarcar qualquer arranjo com efeitos prejudiciais à concorrência, sendo irrelevante seu conteúdo ou forma²⁸.

No caso T-41/96, a Comissão europeia definiu acordo para os fins do artigo 101 TFUE: “[d]aqui resulta que o conceito de acordo na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, como foi interpretado pela jurisprudência, baseia-se na existência de uma concordância de vontades entre duas partes pelo menos, cuja forma de manifestação não é importante desde que constitua a expressão fiel das mesmas.”²⁹

Ressalte-se que o acordo não precisa ser juridicamente vinculante³⁰, pode ser oral e pode existir até mesmo quando apenas uma das partes envolvidas revela suas intenções³¹⁻³².

Prática concertada, por sua vez, seria uma “forma de coordenação entre empresas que, sem se ter desenvolvido até à celebração de uma convenção propriamente dita, substitui cientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas”³³. Ou seja, seria um conluio de menor proporção que um acordo³⁴.

De qualquer forma, a jurisprudência do TJ, apesar de reconhecer a diferença entre acordos e práticas concertadas, afirma não haver relevância jurídica na distinção, afirmando não ser necessário, no caso concreto, especificar se se está diante de um acordo ou de uma

²⁷ A compilação dos casos é de VASSILIS HATZOPOULUS, op. cit. p 10. Casos: C-30/87; C-364/92; C-343/95.

²⁸ STEPHEN WEATHERILL e PAUL BEAUMINT, *EC LAW: The essential guide to the legal working of the European Community*, cit. p 663.

²⁹ Caso T-41/96, parágrafo 69.

³⁰ RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law*, cit. p. 105.

³¹ Ibidem.

³² Caso T-202/98, parágrafos 54 e 55:

“Por outro lado, o facto de apenas um dos participantes nas reuniões controvertidas ter revelado as suas intenções não é suficiente para excluir a existência de um acordo ou de uma prática concertada.

Com efeito, os critérios de coordenação e de cooperação estabelecidos pela jurisprudência em matéria de acordos e práticas concertadas, longe de exigir a elaboração de um verdadeiro «plano», devem ser entendidos à luz da concepção inerente às disposições do Tratado relativas à concorrência e segundo a qual todos os operadores económicos devem determinar autonomamente a política que pretendem seguir no mercado comum (acórdão Suiker Unie, n.º 173)”.

³³ Caso C-8/08. parágrafo 26.

³⁴ “This plainly envisages a looser form of collaboration...” STEPHEN WEATHERILL e PAUL BEAUMINT, *EC LAW: The essential guide to the legal working of the European Community*, cit. p 675.

prática concertada. Aceita-se, inclusive, a conceituação conjunta de “acordo ou prática concertada”³⁵⁻³⁶.

1.1.1.2.1. “*Single economic entity doctrine*”

Estabelecido que o art. 101 do TFUE se aplica a acordos ou práticas concertadas, deve-se entender que por vezes mais de uma pessoa (natural ou jurídica) podem atuar como uma só empresa para fins de Direito da Concorrência. Neste caso, não há que se falar em acordo ou práticas concertadas entre elas, vez que consideradas como uma, não podendo acordar consigo mesma³⁷.

Ou seja, quando mais de uma entidade praticam conjuntamente uma atividade econômica, elas se tornam uma unidade. Como empresa é a entidade que pratica a atividade econômica, essa reunião de pessoas será considerada uma só empresa³⁸.

Essa prática em conjunto, todavia, não comporta que entes autônomos decidam cooperar entre si para a execução da atividade econômica. Tal cooperação derivaria de acordo ou prática concertada, adstrita, portanto, ao escopo do art. 101 TFUE.

A exclusão do art. 101 se dá quando não há entre as pessoas naturais ou jurídicas um acordo ou uma prática concertada³⁹, mas uma relação na qual uma entidade pode influenciar

³⁵ RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law*, cit. p. 106.

³⁶ Discussão interessante é a de se comportamentos paralelos poderiam ser considerados como práticas concertadas. Parece que a melhor solução é considera-los, quando injustificados do ponto de vista da racionalidade econômica, como mera evidência da existência de acordos ou práticas concertadas. Ou seja, a conduta paralela pode ser considerada suspeita, mas não ilícita em si. Em alguns tipos de mercado, principalmente nos mais concentrados, pode ser que a racionalidade econômica imponha que as empresas, mesmo analisando o mercado de forma autônoma, optem por se comportar da mesma forma das outras (ou da dominante, quando houver), sob pena de perda de mercado (um exemplo seria quando a empresa em posição dominante resolva abaixar seu preço, diminuindo sua margem de lucro. Neste caso, mesmo sem qualquer acordo, é muito provável que os demais *players* sejam obrigados a restringir a própria margem). Para melhor compreensão do tema, ver: PAULA ANDREA FORGIONI, *Fundamentos do Antitruste*, 8ª ed, São Paulo, RT, 2015, pp 348-353. V. tb. STEPHEN WEATHERILL e PAUL BEAUMINT, *EC LAW: The essential guide to the legal working of the European Community*, cit. p 676: “The problem of identifying whether firms are in concertation or truly independent is especially acute in oligopolies. (...) They are subject to the same pressures. Most important, they are to some extent dependent on each other’s behaviour. One firm is well aware that if it raises its prices, it may lose its market share (...). Similarly, a firm knows that if another firm reduces its prices, it may have to follow or else risk losing market share.”

³⁷ Neste caso, poderíamos chegar ao absurdo de entender que uma reunião entre executivos da mesma empresa, a fim de fixar o preço de venda de seu produto ou serviço, fosse considerado um cartel.

³⁸ “Articles 101 and 102 TFEU are addressed to *undertakings*. An undertaking has been defined as an economic unit. An economic unit may comprise several natural or legal persons, together referred to as a ‘single economic entity’”. OKEOGHENE ODUDU e DAVID BAILEY, <<THE SINGLE ECONOMIC ENTITY DOCTRINE IN EU COMPETITION LAW>>, *Common Market Law Review* 51: 1721–1758, 2014.

³⁹ *Idem*.

decisivamente a atuação de outra(s)⁴⁰. *I.e.*, não há autonomia de decidir por cooperar ou não com a(s) outra(s) entidade(s), mas uma imposição⁴¹. Quando uma entidade não possui autonomia para competir, não há que se falar em acordo com o seu concorrente⁴².

Portanto, para que a “*single economic entity doctrine*” seja aplicada, deve haver uma relação de dominância entre entidades diferentes, bem como um objetivo comum, que faça com que a concorrência entre elas seja impossível⁴³, não podendo suas práticas conjuntas serem consideradas nem acordos nem práticas concertadas, mas mera direção de uma unidade econômica. O teste do controle deve ser feito caso a caso, verificando-se o grau de autonomia para que eventual conduta seja considerada como derivada de um acordo ou prática concertada⁴⁴.

1.1.2 Decisões de Associações de empresas

Além dos acordos e práticas concertadas entre empresas, também as decisões de associações de empresas são objetos do direito da concorrência. Com efeito, de nada adiantaria impossibilitar o comportamento uniforme acordado diretamente entre empresas, se as decisões de suas associações pudessem, livremente, determinar um comportamento padrão (*e.g.* tabela de preços obrigatórios) para os competidores.

⁴⁰ “However, an agreement or a concerted practice within the meaning of Article 85 presupposes a meeting of minds between two or more undertakings. Unilateral measures, in contrast, are not covered by Article 85. Since, according to settled case-law, Article 85 is based on a conception of undertakings as economic units, this suggests that in a case such as the present there is not even an agreement or concerted practice. That is because this case basically does not concern an agreement between two or more participants. Instead, one undertaking — the parent company — determines the distribution policy to be followed by the group. The Commission also expressed that view in its response.” Opinião do Advogado Geral Lenz no Caso T-102/92 de 25/04/1996 parágrafo 66.

⁴¹ “As empresas que fazem parte da mesma «empresa», na acepção do artigo 101º. n 1, não são consideradas concorrentes para efeitos das presentes orientações. O artigo 101 aplica-se exclusivamente aos acordos entre empresas independentes. Quando uma empresa exerce uma influência decisiva sobre outra empresa, constituem em conjunto uma única entidade económica e, por conseguinte, fazem parte da mesma empresa. O mesmo é válido no que se refere às empresas-irmãs, ou seja, empresas relativamente às quais a mesma empresa-mãe exerce uma influência decisiva. Por conseguinte, estas empresas não são consideradas concorrentes, mesmo que desenvolvam ambas actividades nos mesmos mercados do produto e geográfico relevantes”. Comunicação da Comissão: Orientações sobre a aplicação do artigo 101. 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. (2011/C 11/01). Parágrafo 11.

⁴² O exemplo mais claro é de uma subsidiária integral. Se a empresa mãe possui 100% das ações da subsidiária, não há que se falar em acordo ou prática concertada em eventual atuação conjunta entre elas.

⁴³ “(...)in a case such as the present, there can be no competition between the parent company and its subsidiaries. Independent, economic competitive measures by the subsidiaries are inconceivable where the parent company determines and controls their conduct completely, as it does here.” Opinião do Advogado Geral Lenz no Caso T-102/92 de 25/04/1996 parágrafo 67.

⁴⁴ Caso C-521/09, parágrafo 58: “Resulta igualmente da jurisprudência que, para apreciar se uma filial determina autonomamente o seu comportamento no mercado, têm de ser tidos em conta todos os factores pertinentes relativos aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem essa filial à sociedade-mãe, os quais podem variar de caso para caso e que, como tal, não podem ser objecto de uma enumeração exaustiva...”

1.1.2.1. Conceito de associação de empresas

Tal como na definição de empresa, o critério a ser levado em conta também deve ser o funcional. Associação de empresas será qualquer associação, sob qualquer forma legal, que reúna empresas, ou seja, que reúna executores de atividades econômicas⁴⁵.

A associação de empresas não precisa ser ela mesma uma empresa. Ou seja, mesmo que sua atividade não seja econômica, suas decisões estarão sob escrutínio do Direito da Concorrência⁴⁶, por conta dos seus participantes.

Trata-se de uma associação composta por diferentes empresas, com o objetivo de representação e defesa de seus membros. Uma associação desportiva, por exemplo, pode ser considerada também uma associação de empresas para os fins do Direito da Concorrência⁴⁷.

Por último, assim como no conceito de empresa e por consequência do critério funcional, uma entidade pode atuar como associação de empresas ao exercer certas atividades, mas não quanto ao exercício de outras⁴⁸.

1.1.2.2. Conceito de decisões de associação de empresas

O conceito de decisões de associações de empresas é amplo suficiente para considerar a própria formação da associação e seu Estatuto como uma decisão⁴⁹. Na maioria dos casos, todavia, a atividade da associação que estará sob o enfoque do Direito da Concorrência, é a que por meio de qualquer ordem, disciplina ou resolução, haja na verdade uma fixação de preços, divisão do mercado geográfico ou qualquer outra distorção da concorrência⁵⁰.

A decisão não precisa ser obrigatória, podendo até mesmo a troca de informações sensíveis à concorrência, efetuada por meio da associação, ser considerada uma violação às normas do art. 101 TFUE⁵¹⁵².

⁴⁵ “Com efeito, de acordo com os seus próprios termos, o artigo 85.º do Tratado aplica-se a acordos entre empresas e a decisões de associações de empresas. O quadro jurídico em que esses acordos são celebrados e em que são tomadas essas decisões, tal como a qualificação jurídica dada a esse quadro pelas diferentes ordens jurídicas nacionais não relevam para efeitos da aplicabilidade das regras comunitárias da concorrência e, designadamente, do artigo 85.º do Tratado”. Caso C-309/99, parágrafo 66.

⁴⁶ “If the trade associations are not ‘undertakings’, it still seems to be the case that they are associations of undertakings”. Opinião do advogado geral Gordon Slynn, de 02/10/1984. Caso 123/83.

⁴⁷ ROBERT LANE, *EC COMPETITION LAW*, 1a edição, Edimburgo, Longman, 2000, p. 66.

⁴⁸ RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law*, cit. p. 95.

⁴⁹ ROBERT LANE, *EC COMPETITION LAW*, cit. p. 67.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Idem*, p. 67-68.

⁵² V. Caso T-29/92. Acórdão de 21/02/1995. Disponível em <http://curia.europa.eu/>, acessado em 15/12/2016.

Portanto, qualquer ação, sob qualquer forma legal, tomada pela associação de empresas poderá ser considerada uma decisão de empresas, para os fins do art. 101 TFUE.

1.1.3 Objetivo ou efeito de prevenir, restringir ou falsear a concorrência

O TFUE e a disciplina da concorrência em geral não proíbem qualquer acordo, prática concertada ou decisão de associação de empresas, mas apenas aqueles que tenham por objetivo ou efeito prevenir, restringir ou falsear a concorrência⁵³. Além, como analisado no item 1.1.4. *infra*, tais acordos só serão proibidos se possuírem suscetibilidade de afetar o comércio entre os Estados-Membros da União Europeia.

Apesar de geralmente aplicado em relação apenas ao artigo 101 (1), a noção de restrição da concorrência por objetivo ou efeito também se aplica aos casos de abuso de posição dominante, ou seja, ao artigo 102 TFUE⁵⁴.

1.1.3.1. Restrições por efeitos

Desde 1996, a Comissão Europeia deu início a um processo de modernização em seu método de análise quanto à aplicabilidade do art. 101 (1) TFUE, renunciando uma visão formalista em prol de uma abordagem mais econômica, atentando-se aos efeitos anticoncorrenciais do acordo em análise para o mercado⁵⁵.

Tal modernização é resultado histórico do desenvolvimento do Direito Europeu da Concorrência a partir da década de 1960 e da emergência da teoria neoclássica⁵⁶, que afirma que a concorrência deve ser guiada à eficiência econômica e ao bem estar do consumidor⁵⁷.

Passou-se, portanto, a reconhecer que os acordos entre empresas devem ser analisados em virtude de seus efeitos no mercado, sejam tais efeitos atuais ou potenciais, objetivando evitar falsos positivos e falsos negativos⁵⁸ na aplicação do Direito da Concorrência.

⁵³ O termo “restringir” será utilizado como gênero de “prevenir, restringir ou falsear”.

⁵⁴ PABLO IBÁÑEZ COLOMO e ALFONSO LAMADRID DE PABLO, <<On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know>>, 2016, p. 16, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849831, consultado em 02/01/2017.

⁵⁵ ALISON JONES, <<LEFT BEHIND BY MODERNISATION? RESTRICTIONS BY OBJECT UNDER ARTICLE 101(1)>>, 2010, p. 1. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1932309, acessado em 27/12/2016.

⁵⁶ Principalmente com o contributo da Escola de Chicago.

⁵⁷ DAMIEN M.B. GERARD, <<The effects-based approach under Article 101 TFEU and its paradoxes: modernisation at war with itself?>>, In J. Bourgeois and D. Waelbroeck (eds), Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law Enforcement, Bruylant, Brussels, Forthcoming 2012, p. 4. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2117780>, acessado em 20/04/2016.

Segundo Alexander Italianer⁵⁹, a análise por efeitos deve ser contrafactual, i.e., analisa-se como seria a concorrência caso o ato investigado não houvesse ocorrido. Os efeitos devem levar em conta todo o contexto econômico no qual o acordo está inserido, ou seja, uma análise extensiva do mercado relevante, mas não é necessário provar que os efeitos deletérios de fato ocorreram (os efeitos podem ser atuais ou potenciais), mas que eram prováveis de ocorrer⁶⁰.

No caso 23/67, o Tribunal de Justiça já se manifestara nesse sentido, afirmando:

“Por outro lado, ao proibir os acordos, decisões ou práticas, em razão não apenas do seu objectivo, mas também dos efeitos que produzem na concorrência, o n.º 1 do artigo 85.º implica a necessidade de observar esses efeitos no quadro em que se produzem, isto é, no contexto económico e jurídico no qual esses acordos, decisões ou práticas se inserem e onde podem concorrer, com outros, para a produção de um efeito cumulativo sobre o jogo da concorrência.

Seria vão, com efeito, proibir um acordo, uma decisão ou uma prática devido aos seus efeitos, se estes deveriam ser separados do mercado em que se manifestam e apenas pudessem ser analisados separados do feixe de efeitos, convergentes ou não, no seio dos quais se produzem”⁶¹.

Além, para afirmar-se que os efeitos advindos do acordo são provavelmente anticoncorrenciais, deve-se articular uma teoria do dano, demonstrando-se como e porque tais efeitos seriam indesejáveis, combinada com robusta evidência de que tais efeitos realmente ocorreriam⁶².

Não é claro na jurisprudência quais seriam os efeitos restritivos da concorrência (i.e. não é claro o que seria uma restrição). Com efeito, quase qualquer atitude de um concorrente pode impactar a concorrência. Um preço mais baixo, por exemplo, mesmo que desejável,

⁵⁸ Falsos positivos, ou erros “tipo I” são condenações de condutas inocentes, por vezes inclusive pro-competitivas. Falsos negativos, ou erros “tipo II” são as absolvições de condutas que trouxeram prejuízos para a concorrência.

⁵⁹ Discurso na CRA Annual Brussels Conference – Economic Developments in Competition Policy Brussels, 10 December 2014. Disponível em <http://ecp.crai.com/media/event-detail/2014-cra-annual-brussels-conference-economic-developments-in-european-comp>, acessado em 27/12/2016.

⁶⁰ Ibidem. Os autores PABLO IBÁÑEZ COLOMO e ALFONSO LAMADRID DE PABLO, <<On the notion of restriction of competition: what we know and what we don’t know we know>>, cit, p 33 e seg. ressaltam que há uma diferença na noção de plausibilidade e probabilidade. Nas causas de análise por objetivo, havendo mera plausibilidade dos efeitos serem anticompetitivos e não havendo plausibilidade de possuírem efeitos pro-competitivos, haverá ilicitude do acordo. Nos casos de análise por efeitos, por outro lado, é necessário que os efeitos atuais ou potenciais (no sentido temporal da palavra, já que não podem ser efeitos hipotéticos) sejam prováveis de possuírem efeitos anticompetitivos.

⁶¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 12/12/1967. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61967CJ0023&from=EN>, acessado em 30/12/2016.

⁶² RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law*, op cit. p. 134.

pode vir a excluir um competidor menos eficiente do mercado.⁶³ Por isso, os economistas defendem que o foco deve ser o bem estar do consumidor, não se considerando restritivos os atos que o aumentem⁶⁴.

Pode-se dizer que há restrição da concorrência, independentemente se por efeito ou por objetivo, quando um acordo diminuir a independência das empresas ou diminuindo seus incentivos, a ponto de ter (ao menos provavelmente) um impacto que gere aumento de preços, diminuição da produção, da qualidade ou da diversidade do produto ou quando diminuir os atrativos para inovação no mercado⁶⁵. Essas consequências geralmente advêm de um aumento de poder de mercado das empresas⁶⁶.

Portanto, atualmente considera-se que o método mais adequado de análise dos acordos é pelos seus efeitos⁶⁷, determinando-se uma análise caso a caso, ficando esta afastada apenas nos excepcionais casos de restrições por objetivo. Assim, primeiramente, deve-se analisar se o acordo não é restritivo por objetivo (item 1.1.3.2 *infra*), não o sendo, os acordos serão analisados pelos seus efeitos⁶⁸. Se, feita a análise contrafactual, observar-se que a conduta causou, ou provavelmente causará, restrição apreciável da concorrência (item 1.1.4.1 *infra*),

⁶³ PABLO IBÁÑEZ COLOMO e ALFONSO LAMADRID DE PABLO, <<On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know>>, cit, p 32.

⁶⁴ Ibidem. Todavia, não apenas uma diminuição direta no bem estar do consumidor é protegida pelo Direito da Concorrência, que também se preocupa com as estruturas de mercado, pois podem causar um dano indireto aos consumidores. V. Idem, p. 40. Mas nem todo efeito em tal estrutura será considerado uma infração, visto que em princípio a Lei concorrencial se preocupa apenas com exclusão de competidores igualmente eficiente. *ibidem*.

⁶⁵ “Para que um acordo tenha efeitos restritivos da concorrência, na aceção do artigo 101.º, n.º 1, deve ter ou ser susceptível de ter um impacto negativo, efectivo ou provável, pelo menos num dos parâmetros da concorrência no mercado, como o preço, a produção, a qualidade ou diversidade do produto ou a inovação. Os acordos podem ter estes efeitos ao reduzirem consideravelmente a concorrência entre as partes no acordo ou entre qualquer uma delas e terceiros. Tal significa que o acordo deve reduzir consideravelmente a independência das partes em termos de tomada de decisões (9), quer devido às obrigações previstas no acordo, que regulam o comportamento no mercado de pelo menos uma das partes, quer porque influencia o comportamento no mercado de pelo menos uma das partes ao provocar uma alteração nos seus incentivos”. Orientações sobre a aplicação do artigo 101.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, (2011/C 11/01), parágrafo 27.

⁶⁶ “Os efeitos negativos para a concorrência no mercado relevante verificam-se normalmente quando as partes, individual ou conjuntamente, têm ou obtêm um certo poder de mercado e o acordo contribui para a criação, manutenção ou reforço desse poder ou permite que as partes dele tirem partido. (...) É quando as pressões concorrenciais são insuficientes para manter os preços e a produção a níveis concorrenciais que as empresas dispõem de poder de mercado na aceção do n.o 1 do artigo 81.o” Orientações relativas à aplicação do n.o 3 do artigo 81.o do Tratado, parágrafo 25.

⁶⁷ “Ao determinar se um acordo restringe a concorrência deve ter-se em conta o contexto em que a concorrência se processaria efectivamente na ausência do acordo com as suas alegadas restrições (20). Ao proceder a esta avaliação é necessário tomar em consideração o impacto provável do acordo sobre a concorrência intermarcas (ou seja, a concorrência entre fornecedores de marcas concorrentes) e sobre a concorrência intramarca (ou seja, a concorrência entre distribuidores da mesma marca)”. Orientações relativas à aplicação do n.o 3 do artigo 81.o do Tratado, parágrafo 17.

⁶⁸ Apesar da afirmação em si não ser contestada pela doutrina, os seus resultados parecem ser contraditórias. Segundo Gerard (nota 57, *supra*), de 2000 a 2012, fora os casos de cartéis, houve 18 condenações pela Comissão Europeia, sendo 17 delas pela análise de infração por objetivo, ou seja, pela via “excepcional”.

interferindo na habilidade de competir ou no incentivo dos concorrentes igualmente eficientes, haverá uma infração por efeitos⁶⁹.

1.1.3.2. Restrições por objetivo⁷⁰

Como afirmado, antes de se analisar os efeitos de um acordo, deve-se saber se ele é restritivo por objetivo. Se for, não se analisam seus efeitos, já havendo presunção absoluta⁷¹⁻⁷² de ser anticoncorrencial e, portanto, de violar o art. 101 (1) TFUE⁷³. Ademais, será improvável que o acordo se enquadre no número 3 do art. 101 (doravante apenas “101 (3)”) TFUE⁷⁴⁻⁷⁵. A análise dos efeitos de uma restrição por objetivo só pode ter lugar para definir o valor da multa e determinar eventual indenização⁷⁶⁻⁷⁷.

⁶⁹ PABLO IBÁÑEZ COLOMO e ALFONSO LAMADRID DE PABLO, <<On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know>>, cit, p 47.

⁷⁰ O tema das restrições por objetivo é polêmico e será apenas tangenciado nesse item. Para um estudo mais completo, recomenda-se o trabalho de PETAR CIMENTAROV, Expanding the “Object Box” and its Perverse Effects: Does EU Competition Law Condemn Innocent Behaviour?, Bruges, College of Europe. 2014 e o supracitado trabalho de PABLO IBÁÑEZ COLOMO e ALFONSO LAMADRID DE PABLO, <<On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know>>.

⁷¹ Idem, p. 30.

⁷² Em outro sentido, DAMIEN M.B. GERARD, <<The effects-based approach under Article 101 TFEU and its paradoxes: modernisation at war with itself?>>, op cit. p 17, nota de rodapé 91, afirma não ser clara se a presunção de ofensa ao artigo 101 (1) é relativa ou absoluta.

⁷³ Não se deve confundir com a infração *per se* do Direito norte americano. Pois, enquanto a infração *per se* não pode ser justificada, uma restrição por objetivo não está automaticamente excluída do escopo do art. 101 (3) TFUE. Ademais, o rol das restrições *per se* do Direito americano é bem menor do que a restrições por objetivo do Direito europeu.

⁷⁴ ALISON JONES, LEFT BEHIND BY MODERNISATION? RESTRICTIONS BY OBJECT UNDER ARTICLE 101(1), 2011, op.cit. p 6, No mesmo sentido, PETAR CEMENTAROV, Expanding the “Object Box” and its Perverse Effects: Does EU Competition Law Condemn Innocent Behaviour?, cit, p, 34.; Orientações relativas às restrições verticais, parágrafo 47.

⁷⁵ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, Brussels, 25.6.2014 SWD(2014) 198 final: “The fact that an agreement contains a restriction "by object", and thus falls under Article 101(1) of the Treaty, does not preclude the parties from demonstrating that the conditions set out in Article 101(3) of the Treaty are satisfied. However, practice shows that restrictions by object are unlikely to fulfil the four conditions set out in Article 101(3)”.

⁷⁶ PETAR CEMENTAROV, Expanding the “Object Box” and its Perverse Effects: Does EU Competition Law Condemn Innocent Behaviour?, cit, p, 34

⁷⁷ Caso C-08/08, Acórdão do Tribunal de Justiça de 04/06/2009, parágrafo 31: “Quanto à apreciação do objectivo anticoncorrencial de uma prática concertada como a que está em causa no processo principal, importa recordar, em primeiro lugar, que, como referiu a advogada-geral no n.º 46 das suas conclusões, para ter um objectivo anticoncorrencial, basta que a prática concertada seja susceptível de produzir efeitos negativos sobre a concorrência. Por outras palavras, a prática em causa apenas tem de ser concretamente apta, atendendo ao contexto jurídico e económico em que se insere, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. A questão de saber se e em que medida esse efeito se verifica realmente só tem importância para calcular o montante das coimas e avaliar os direitos a indemnizações”.

A categoria de restrições por objetivo sofre muitas críticas, entre outros motivos, por não possuir uma definição clara⁷⁸. A orientação para aplicação do art. 101 (3) define restrições por objetivo como aquelas “que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência. Trata-se de restrições que (...) têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência e relativamente às quais não é necessário (...) demonstrar os seus efeitos concretos no mercado. Esta presunção baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objetivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objetivos das regras comunitárias da concorrência.” Ademais, informa que a intenção subjetiva dos agentes não necessariamente importa, sendo “um factor relevante, mas não uma condição indispensável”⁷⁹.

As restrições por objetivo têm sido comparadas com crimes de perigo, tais como dirigir sob os efeitos do álcool⁸⁰ ou acima da velocidade⁸¹. Por isso, não é relevante (salvo para multas e indenizações) a consequência que o acordo teve no mercado, bastando que haja um prejuízo em potencial⁸².

O principal problema de uma restrição por objetivo é o “*over-enforcement*” do Direito da Concorrência, ou seja, sua aplicação pode gerar diversos falsos positivos, uma vez que condutas que não levariam a quaisquer restrições na concorrência poderão ser consideradas ilícitas⁸³.

⁷⁸ PABLO IBÁÑEZ COLOMO e ALFONSO LAMADRID DE PABLO, <<On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know>>, cit., p 21. Os Autores defendem que por mais que a distinção entre restrições por objetivo e por efeito permaneçam elusivas, há coerência na jurisprudência da qual a distinção pode ser inferida, sendo menos elusiva do que costuma-se afirmar.

⁷⁹ Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (2004/C 101/08), parágrafos 21 e 22. V tb. PABLO IBÁÑEZ COLOMO: *Market Failures, Transaction costs and Article 101 (1) TFEU Case Law*. Reprinted from *European Law Review* Issue 5, 2012, p 9. Disponível em http://awa2013-concurrences.nursit.com/IMG/pdf/offprint_market_failures.pdf, acessado em 20/12/2016.

⁸⁰ Conclusões da Advogada Geral Juliane Kokott, caso C-8/08, parágrafo 47: “Em última análise, a proibição da «infracção da concorrência pelo objetivo» do artigo 81.º, n.º 1, CE assemelha-se aos crimes de perigo do direito penal: na maior parte das ordens jurídicas, quem conduzir um automóvel sob a influência do álcool ou de drogas sujeita-se a sanções penais ou contra-ordenacionais, independentemente de ter posto alguém em risco no tráfego rodoviário ou de ter provocado um acidente. No mesmo sentido, as empresas violam o direito europeu da concorrência e podem ser sujeitas a coimas, se levarem a cabo no mercado práticas concertadas com objetivos anticoncorrenciais; é irrelevante saber se, no caso concreto, tais práticas provocaram prejuízos a determinados operadores do mercado ou à generalidade das pessoas”.

⁸¹ ALEXANDER ITALIANER, Discurso na CRA Annual Brussels Conference – Economic Developments in Competition Policy, op cit.

⁸² Conclusões da Advogada Geral Juliane Kokott, caso C-8/08, parágrafo 47.

⁸³ PETAR CEMENTAROV, *Expanding the “Object Box” and its Perverse Effects: Does EU Competition Law Condemn Innocent Behaviour?*, op. cit, p 37; ALEXANDER ITALIANER, Discurso na CRA Annual Brussels Conference – Economic Developments in Competition Policy, cit.

Todavia, há vantagens que mantêm a existência das restrições por objetivo necessárias. A primeira vantagem é a segurança jurídica⁸⁴, informando as empresas algumas práticas que não serão aceitas, independente dos reais efeitos que causarem à concorrência. A segunda, de caráter mais instrumental, é a de que a dispensabilidade da análise dos efeitos poupa tempo e recursos da Comissão Europeia e das Cortes, uma vez que o ônus da prova de enquadramento ao artigo 101 (3) será da empresa⁸⁵.

Para que se evitem os casos de falsos positivos, deve-se apenas considerar um acordo como restritivo por objetivo quando houver uma presunção⁸⁶ de que, no contexto econômico no qual se encontra, os efeitos negativos (que nem serão avaliados no caso concreto) sejam superiores aos efeitos pró-competitivos⁸⁷. Ou seja, se o acordo for passível de possuir efeitos ambivalentes (por vezes pró-competitivos, por vezes anticompetitivos), deverá ser feito a análise caso a caso, pelos seus efeitos⁸⁸. Ademais, tratando-se de uma restrição necessária à prossecução de outro acordo (este pró-competitivo), ou uma restrição que busca um fundamento legítimo⁸⁹, também não haverá restrição por objetivo⁹⁰.

Pablo Ibáñez Colomo e Alfonso Lamadrid de Pablo⁹¹ tentam resolver uma aparente contradição na jurisprudência. Por um lado, a CJ afirma em diversos julgados que restrições

⁸⁴ *Idem*, p. 6.

⁸⁵ “Although perhaps in an ‘ideal’ world, case-by-case analysis would be desirable in all antitrust cases, the high burden that such analysis would impose both on firms and claimants trying to prove violations of the competition rules means that some sorting of practices, according to the likelihood of harm or benefits they are likely to produce, is necessary, see M Bennett and P Collins, *The law and economics of information sharing: The good, the bad and the ugly* [2010] ECJ 311, 313”. Citação retirada de ALISON JONES, *LEFT BEHIND BY MODERNISATION? RESTRICTIONS BY OBJECT UNDER ARTICLE 101(1)*, cit., p 6; RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law, op cit.* p. 127; PETAR CEMENTAROV, *Expanding the “Object Box” and its Perverse Effects: Does EU Competition Law Condemn Innocent Behaviour?*, cit, p 12.

⁸⁶ Tal presunção derivará da experiência e da ciência econômica. V. CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL NILS WAHL, Caso C-67/13 P. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=149943&doclang=PT>, consultado em 02/01/2017. Parágrafo 56.

⁸⁷ PABLO IBÁÑEZ COLOMO e ALFONSO LAMADRID DE PABLO, <<On the notion of restriction of competition: what we know and what we don’t know we know>>, cit, p. 21.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Brussels, 25.6.2014 SWD(2014) 198 final: “In exceptional cases, a restriction “by object” may also be compatible with Article 101 of the Treaty not because it benefits from the exception provided for in Article 101(3) of the Treaty, but because it is objectively necessary for the existence of an agreement of a particular type or nature or for the protection of a legitimate goal, such as health and safety, and therefore falls outside the scope of Article 101(1) of the Treaty”

⁹⁰ CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL NILS WAHL, Caso C-67/13, cit, paragrafo 56: “Por conseguinte, só devem ser considerados restritivos da concorrência por objetivo os comportamentos cujo caráter nocivo é, atendendo à experiência adquirida e à ciência económica, comprovado e facilmente detetável, e não os acordos que, atendendo ao contexto em que se inserem, têm efeitos ambivalentes no mercado ou que acarretam efeitos restritivos acessórios necessários à prossecução de um objetivo principal não restritivo da concorrência”.

⁹¹ <<On the notion of restriction of competition: what we know and what we don’t know we know>>, cit, p. 22 e seguintes.

por objetivo se dão quando os efeitos anticoncorrenciais de um acordo são presumidos pela sua alta probabilidade de ocorrência. Em outros, afirma que os efeitos são de todo irrelevantes quando um acordo é restritivo pela sua própria natureza, não havendo necessidade de demonstrar um impacto apreciável na concorrência. Assim, os autores recomendam que ao invés de se entender que o acordo teria provável impacto negativo sobre a concorrência, deve-se entender que o acordo não possui efeitos pro-competitivos plausíveis de serem alcançados.

Para os autores, a lógica utilizada pelas cortes europeias é a seguinte: Primeiramente, analisa-se a racionalidade subjacente ao acordo no contexto econômico no qual está inserido. Quando se conclui que o acordo não possui efeitos pró-competitivos verossímeis, mas possuem efeitos anticompetitivos plausíveis (i.e. efeitos que possam diminuir a condição ou incentivos para as empresas competirem⁹²), há uma restrição por objetivo. Por outro lado, se os efeitos forem ambivalentes, deverá ser realizada a análise por efeitos, a fim de determinar se no caso concreto houve ou não uma restrição da concorrência⁹³.

Portanto, a linha que divide uma restrição por objetivo ou efeito parece advir da plausibilidade da restrição encontrada no acordo poder ser explicada com fundamento no ganho de eficiência econômica⁹⁴.

1.1.3.3. Efeitos sensíveis na concorrência e *de minimis*

Como será analisado, o artigo 101 (1) só é aplicável a condutas que possuam susceptibilidade de afetar o comércio entre os Estados-Membros. Para tanto, é necessário que possuam um efeito sensível (significativo) no comércio entre eles, ficando de fora do escopo do artigo 101 (1) acordos que importem em impacto negligenciável no comércio, i.e., insignificantes⁹⁵.

Além, a jurisprudência do TJ entende que o acordo deverá possuir uma dupla significância, ou seja, não basta apenas haver susceptibilidade de afetar significativamente o comércio entre os Estados-Membros, mas apresentar um impacto sensível também na

⁹² Idem, p. 44.

⁹³ Idem, p. 24.

⁹⁴ PABLO IBÁÑEZ COLOMO: Market Failures, Transaction costs and Article 101 (1) TFUE Case Law, Cit, p 561.

⁹⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13/12/2012, Caso C-226/11, parágrafos 16-17: "16 É jurisprudência constante que a proibição enunciada nesta disposição não se aplica a um acordo de empresas que apenas afete o mercado de modo insignificante (...)

17 Assim, para ficar abrangida pela proibição prevista no artigo 101.(1) TFUE, um acordo de empresas deve ter por objetivo ou por efeito restringir de maneira sensível a concorrência no mercado interno e ser suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros (...)"

concorrência⁹⁶. Por isso, excluem-se do domínio do Direito da Concorrência os acordos de menor importância (*de minimis*).

Todavia, no caso de acordos restritivos por objectivo, apesar de mantido o requisito de impacto significativo no comércio entre os Estados-Membros, presume-se absolutamente que sejam sensivelmente restritivos da concorrência⁹⁷. Assim, mesmo que realizados por empresas concorrentes com pouco poder de mercado, serão significativos acordos que possam afetar o comércio entre os Estados-Membros que versem sobre: “fixação de preços de venda de produtos a terceiros, limitação de produção e vendas e repartição de mercados ou clientes”⁹⁸, além de demais acordos considerados graves nos regulamentos de isenções⁹⁹.

A Comissão estabeleceu um “porto-seguro” para as empresas, com base na sua quota de mercado, considerando não possuírem efeitos apreciáveis na concorrência os acordos que não sejam restritivos por objetivo realizados por empresas com baixas quotas (i.e. *market share*) do mercado relevante¹⁰⁰. A definição na comunicação em comento foi feita por exclusão, ou seja, considerou-se o que não é um impacto sensível na concorrência. Isso não significa, portanto, que todos os acordos realizados por empresas com quotas de mercado acima do “porto-seguro” terão impactos significativos na concorrência, devendo haver uma análise casuística¹⁰¹.

Ademais, o impacto insignificante na concorrência pode derivar não só de acordos de empresas que possuem pouco poder de mercado¹⁰², como é o caso daquelas acobertadas pelo

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Comunicação da Comissão: “Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101º, n 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis)”, parágrafo 2º; e Acórdão do Tribunal de Justiça de 13/12/2012, cit, parágrafo 37: “Há, portanto, que considerar que um acordo suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenha um objetivo anticoncorrencial constitui, pela sua natureza e independentemente de qualquer efeito concreto do mesmo, uma restrição sensível à concorrência”.

⁹⁸ Idem, parágrafo 13.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ Idem, parágrafos 8 a 11.

¹⁰¹ Idem, parágrafo 3; e PABLO IBÁÑEZ COLOMO e ALFONSO LAMADRID DE PABLO, <<On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know>>, cit., p 39.

¹⁰² Poder de mercado e quotas de mercado não se confundem. Todavia, como empresas com pouca quota de mercado provavelmente não possuem poder de mercado, e como o poder de mercado não pode ser medido em números, a Comissão se utiliza da quota de mercado como um indicador do poder de mercado das empresas. Conforme RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law, op cit.* p. 151. V. tb: Orientações sobre a aplicação do artigo 101. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, parágrafo 138: “É improvável que um acordo de produção dê origem a efeitos restritivos da concorrência se as partes no acordo não detiverem poder no mercado em que a restrição da concorrência está a ser apreciada. O ponto de partida da análise do poder de mercado é a quota de mercado das partes. Segue-se normalmente o cálculo do índice de concentração e do número de empresas existentes no mercado, bem como a

citado “porto seguro”, mas também de acordos entre empresas que possuem um grande poder de mercado, desde que a restrição em si seja qualitativamente insignificante¹⁰³⁻¹⁰⁴.

1.1.4 Susceptibilidade de afetar o comércio entre os Estados-Membros¹⁰⁵⁻¹⁰⁶

1.1.4.1. O conceito de comércio entre os Estados-Membros

O conceito de comércio entre os Estados-Membros é bem amplo, cobrindo toda atividade econômica transfronteiriça¹⁰⁷, além de eventuais práticas que afetem a estrutura do mercado, ou seja, que sejam passíveis de eliminar empresas concorrentes, restringir o comércio entre os Estados-Membros ou até mesmo de aumentar o comércio entre eles¹⁰⁸.

O comércio deve abranger pelo menos dois Estados-Membros, mesmo que apenas atinja parcialmente cada um deles¹⁰⁹. Ademais, a Orientação esclarece que o comércio entre Estados-Membros pode ser afetado mesmo quando o mercado relevante do produto ou serviço seja apenas nacional ou mesmo subnacional¹¹⁰.

1.1.4.2. A susceptibilidade de afetação

A noção de susceptibilidade de afetar o comércio entre os Estados-Membros “implica que deve ser possível prever, com um grau de probabilidade suficiente com base num conjunto de factores objetivos de direito ou de facto, que o acordo ou a prática pode ter uma influência, direta ou indireta, efetiva ou potencial¹¹¹, na estrutura do comércio entre os Estados-Membros” ou na estrutura da concorrência¹¹².

análise de outros factores dinâmicos, como a entrada potencial no mercado e a alteração das quotas de Mercado”.

¹⁰³ ibidem.

¹⁰⁴ A Comunicação em comento não poderia ser utilizada em casos perante o artigo 102 TFUE, uma vez que tal artigo presume que as empresas estejam em posição dominante. Todavia, pelo critério qualitativo aqui exposto, nada impediria de empresas dominantes alegarem que a restrição na concorrência foi insignificante. Neste sentido, PABLO IBÁÑEZ COLOMO e ALFONSO LAMADRID DE PABLO, <<On the notion of restriction of competition: what we know and what we don't know we know>>, cit., p 38-39.

¹⁰⁵ O presente subitem foi colocado no item de aplicação do artigo 101, mas trata de requisito que corresponde à aplicação dos artigos 101 e 102 do TFUE.

¹⁰⁶ Os itens 1.1.4.1 a 1.1.4.3. foram baseados no parágrafo 18 das “Orientações sobre o conceito de afectação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.o e 82.o do Tratado” (2004/C 101/07).

¹⁰⁷ Idem, parágrafo 19.

¹⁰⁸ Idem, parágrafos 20 e 34.

¹⁰⁹ Idem, parágrafo 21.

¹¹⁰ Idem, parágrafo 22.

¹¹¹ Idem, parágrafos 36 a 43.

¹¹² Idem, parágrafo 23.

Para avaliar a probabilidade de afetação, deve-se avaliar um amplo rol de fatores, tais como a natureza do acordo¹¹³ e dos bens ou serviços¹¹⁴ em jogo e a posição das empresas (ou da empresa, no caso do art. 102 TFUE) em causa¹¹⁵⁻¹¹⁶

Por último, avalia-se o contexto econômico, jurídico e factual no qual se inscreve o acordo ou prática para saber se há afetação ou probabilidade de afetação do comércio entre Estados-Membros¹¹⁷.

1.1.4.3. Afetação sensível

Como tratado no item 1.1.3.3. *supra*, também a afetação do comércio entre Estados-Membros deve ser sensível, de certa magnitude¹¹⁸, *i.e.*, não pode ser insignificante¹¹⁹.

Para a Comissão Europeia, o principal fator a se levar em conta para avaliar, caso a caso, se há uma afetação sensível do comércio entre os Estados-Membros, é o poder de mercado (utilizando-se o indicador da quota de mercado) e o volume de negócios (mesmo de empresas que possuam uma quota de mercado pequena¹²⁰, principalmente quando a prática afetar o comércio entre os Estados-Membros pela sua própria natureza, e.g., exportações¹²¹) das empresas cuja conduta ou acordo está sendo analisado¹²².

¹¹³ Idem, parágrafo 29: “A natureza do acordo ou da prática fornece uma indicação qualitativa da possibilidade de o acordo ou prática afectar o comércio entre os Estados-Membros. Alguns acordos e práticas são, pela sua própria natureza, susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros, enquanto outros requerem uma análise mais aprofundada neste contexto. Os cartéis transfronteiriços constituem um exemplo da primeira categoria, enquanto as empresas comuns confinadas ao território de um único Estado-Membro constituem um exemplo da segunda (...)”

¹¹⁴ Idem, parágrafo 30: “A natureza dos produtos abrangidos pelos acordos ou práticas fornece igualmente uma indicação sobre o facto de o comércio entre Estados-Membros ser susceptível de ser afectado. No caso de, pela sua natureza, os produtos se adequarem ao comércio transfronteiriço ou serem importantes para as empresas que pretendam iniciar ou expandir as suas actividades noutros Estados-Membros, a competência comunitária é mais facilmente estabelecida do que no caso de, pela sua natureza, os produtos propostos por fornecedores de outros Estados-Membros terem pouca procura e os produtos terem pouco interesse do ponto de vista do estabelecimento transfronteiriço ou da expansão da actividade económica realizada a partir desse local de estabelecimento. A noção de estabelecimento inclui a criação de agências, filiais ou sucursais de empresas de um Estado-Membro noutro Estado-Membro.”

¹¹⁵ Idem, parágrafo 28.

¹¹⁶ Idem, parágrafo 31: “A posição de mercado das empresas envolvidas e os respectivos volumes de vendas fornecem uma indicação quantitativa acerca da possibilidade de o acordo ou prática afectar o comércio entre os Estados-Membros.”

¹¹⁷ Idem, parágrafo 32.

¹¹⁸ Idem, parágrafo 44.

¹¹⁹ A Orientação em comento trata apenas da significância do acordo ou prática em relação ao comércio entre os Estados-Membros e não em relação à restrição da concorrência. Vide parágrafo 4º.

¹²⁰ Idem, parágrafos 46 e 47.

¹²¹ Idem, parágrafo 48.

¹²² Idem, parágrafo 45.

Também para o fim de analisar se a afetação é sensível, deve-se avaliar a prática ou acordo no contexto econômico e jurídico no qual ocorrem. Ainda, quando tratar-se de possível restrição vertical, o acordo não deve ser analisado apenas individualmente, podendo haver uma rede de acordos que contribuam para a afetação sensível da concorrência¹²³.

1.1.4.4. A relação entre o Direito Comunitário e o Direito Nacional em matéria de concorrência

A susceptibilidade de afetar o comércio entre os Estados-Membros é ponto fulcral na separação entre a aplicabilidade do Direito Europeu da Concorrência e o Direito nacional dos Estados-Membros¹²⁴.

Havendo tal susceptibilidade, os Tribunais nacionais e as Autoridades da Concorrência dos Estados-Membros (“NCA’s”) deverão, além do Direito nacional, aplicar o Direito Comunitário, ou seja, os artigos 101 ou 102 do TFUE¹²⁵, possuindo competência para a aplicação direta destes¹²⁶.

Os tribunais nacionais, ao aplicar o Direito nacional a práticas susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados Membros, não podem condenar práticas abrangidas pelo art. 101 (3), nem podem aplicar regras mais restritas do que a do Direito Comunitário em relação a práticas concertadas. Todavia, podem adotar regras mais restritivas em relação ao abuso de posição dominante (art. 102 TFUE)¹²⁷.

É de se notar que todos os Estados Membros possuem leis nacionais de Direito da Concorrência que contém provisões similares as dos artigos 101 e 102 TFUE, a diferença é

¹²³ Idem, parágrafo 49. Os parágrafos 50 a 57 estabelecem presunções negativas e positivas, sempre elidíveis, para que se estabeleça se a afetação é ou não sensível. Todavia, por fugir ao escopo do presente trabalho, apenas remete-se o leitor.

¹²⁴ Caso 22/78. Julgamento de 31/05/1979. “Thus Community law covers any agreement or any practice which is capable of constituting a threat to freedom of trade between Member States in a manner which might harm the attainment of the objectives of a single market between the Member States, in particular by partitioning the national markets or by affecting the structure of competition within the common market. On the other hand conduct the effects of which are confined to the territory of a single Member State is governed by the national legal order”. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61978CJ0022&from=EN>, acessado em 13/01/2017. V. tb. RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law, op cit.* pp. 152-157.

¹²⁵ Regulamento 1/2003, artigo 3º, número 1.

¹²⁶ Idem, artigos 5º e 6º.

¹²⁷ Idem, artigo 3º, número 2.

que elas não preveem a afetação do comércio entre os Estados Membros ou a afetação de pelo menos parte substancial do mercado interno (no caso do artigo 102)¹²⁸.

Assim, quando não há afetação do comércio entre os Estados Membros, mas há violação ao Direito da Concorrência, aplica-se apenas a legislação nacional. Quando, todavia, houver tal afetação, aplicar-se-á também o Direito Europeu da Concorrência, podendo a legislação nacional ser aplicada de forma mais restrita que o TFUE quanto às condutas unilaterais (abusos de posição dominante).

1.2 APLICABILIDADE DO ART. 101 (3) TFUE

Neste item analisaremos o artigo 101 (3), que estabelece:

“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 económico, 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 objectivos;
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.”

1.2.1 Introdução

Nem todos os acordos¹²⁹ entre empresas que estejam abrangidos pelo artigo 101 (1) serão considerados ilícitos e, portanto, nulos. Isto porque o art. 101 (3) é uma exceção legal ao art. 101 (1), tornando-o inaplicável¹³⁰.

Qualquer tipo de acordo apreciável pelo Direito da Concorrência pode ser defendido através do art. 101 (3), i.e., não há exclusões apriorísticas, nem mesmo quanto aos acordos

¹²⁸ P. J. WILS WOUTER, <<EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between Eu Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights. 2011, p.10, Nota de rodapé 20. Disponível em <http://ssrn.com/author=456087>. Acessado em 05/01/2017.

¹²⁹ Acordos em sentido amplo, abrangendo: Acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas.

¹³⁰ Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (2004/C 101/08), parágrafo 1.

restritivos por objetivo, apesar de haver baixa probabilidade de sucesso nesse caso, uma vez que considerados como restrições graves, improváveis de serem justificadas em termos de eficiências econômicas.¹³¹ De qualquer forma, a análise deve ser feita casuisticamente, à luz das circunstâncias específicas do caso concreto¹³².

Antes do ano de 2004, apenas a Comissão Europeia analisava os acordos em relação ao artigo 101 (3). Os acordos que não se encontravam abrangidos por alguma isenção por categoria eram submetidos previamente à Comissão em busca de uma isenção individual. Após a entrada em vigor do Regulamento 1/2003, não há mais tal decisão prévia de isenção individual¹³³, tampouco o monopólio de aplicação do art. 101 (3) pela Comissão, sendo aplicável também pelas NCA's e Cortes nacionais¹³⁴.

Na vigência do Regulamento 1/2003, as próprias empresas devem analisar se seus acordos encontram-se abrangidos pela exceção conferida pelo artigo 101 (3)¹³⁵. Ou seja, devem analisar se todas as condições ali elencadas foram cumpridas para que os efeitos positivos à concorrência sejam mais relevantes que os efeitos restritivos encontrados no art. 101 (1)¹³⁶.

Destaca-se, enquanto o ônus da prova de demonstrar que houve uma infração ao artigo 101 (1) é da Comissão ou da parte que alega a ocorrência da violação¹³⁷, é da empresa o ônus da prova de demonstrar que seu acordo cumpre as condições impostas pelo art. 101 (3), quando desejar utilizá-lo em sua defesa¹³⁸.

Para tanto, salvo quando abrangida por uma isenção por categoria¹³⁹, a empresa deve demonstrar evidências e argumentos convincentes de que o acordo se enquadra no art. 101

¹³¹ Idem, parágrafo 46.

¹³² Idem, parágrafo 6.

¹³³ Regulamento 1/2003, artigo 1º, número 2.

¹³⁴ Idem, artigos 5º e 6º.

¹³⁵ RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law, op cit.* p. 160.

¹³⁶ Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.o do Tratado (2004/C 101/08), parágrafo 50.

¹³⁷ Regulamento 1/2003, artigo 2º.

¹³⁸ Ibidem. Cabe destacar, na esteira do considerando nº 5 que quando o processo estiver diante das NCA's ou tribunais nacionais, o nível de prova e a obrigação de análise dos fatos respeitará o Direito nacional dos Estados-Membros.

¹³⁹ Neste caso, há presunção relativa que os requisitos do art. 101 (3) foram cumpridas. Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.o do Tratado (2004/C 101/08), parágrafo 35: “O n.º 3 do artigo 81.o pode ser aplicado a acordos individuais ou a categorias de acordos, mediante um regulamento de isenção por categoria. No caso dos acordos abrangidos por isenções por categoria, as partes num acordo restritivo ficam dispensadas, por força do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003, da obrigação de demonstrar que o seu acordo específico satisfaz cada uma das condições enunciadas no n.º 3 do artigo 81.o. Têm apenas que demonstrar que o acordo restritivo beneficia de uma isenção por categoria. A aplicação do n.º 3 do artigo 81.o a categorias de acordos,

(3)¹⁴⁰, não bastando mera especulação ou suposição de que as condições seriam cumpridas¹⁴¹. Ademais, as condições a serem cumpridas são cumulativas, não sendo possível a utilização do art. 101 (3) se alguma delas não estiver presente¹⁴².

1.2.2 Condições a serem cumpridas

A) Melhoria da produção ou distribuição dos produtos ou promoção de progresso tecnológico ou econômico

A primeira das quatro condições cumulativas é a melhoria na distribuição dos produtos (ou serviços, por analogia¹⁴³) ou a promoção de progresso tecnológico. Tais benefícios devem ser considerados de maneira objetiva, gerando efeitos positivos para a concorrência, e não apenas levando-se em conta o ponto de vista das partes¹⁴⁴.

As alegações de ganho de eficiência feita pelas empresas devem ser fundamentadas, demonstrando a natureza, probabilidade e magnitude dos ganhos, a relação destes com o acordo realizado e quando e como serão realizados¹⁴⁵.

Discute-se na doutrina se o art. 101 (3) poderia ser usado apenas para ganhos de eficiência ou se também poderia ser usado em defesa de acordos importantes para políticas públicas, ou seja, se seria possível invocar-se considerações não econômicas para permitir um acordo que infrinja o art. 101 (1)¹⁴⁶, como p.ex. considerações acerca de saúde ou meio ambiente.

Antes de 2004, quando a aplicação do art. 101 (3) era monopólio da Comissão, podia-se fazer considerações bem amplas em relação ao escopo do art. 101 (3)¹⁴⁷. Todavia, tal prática seria arriscada no período atual, pós Regulamento 1/2003, uma vez que as NCA's e Cortes Nacionais poderiam ter visões muito diferentes do que seria ou não melhoria da

mediante regulamentos de isenção por categoria, baseia-se no pressuposto de que os acordos restritivos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação (46) satisfazem as quatro condições previstas no n.º 3 do artigo 81º”.

¹⁴⁰ RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law, op cit.* p. 160.

¹⁴¹ Idem, p. 170.

¹⁴² Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado (2004/C 101/08), parágrafo 42.

¹⁴³ Idem, parágrafo 48.

¹⁴⁴ Idem, parágrafo 49. “(...)A redução dos custos resultante do mero exercício do poder de mercado pelas partes não pode ser tida em conta.”

¹⁴⁵ Idem, parágrafo 51.

¹⁴⁶ Veja, p.ex. HEIKE SCHWEITZER, *Competition Law and Public Policy: Reconsidering an uneasy relationship. The Example of Art. 81.* Disponível em www.ssrn.com/abstract=1092883. Acessado em 30/01/2017. E OKEOGHENE ODUDU, <<The Wider Concerns of Competition Law>> *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 30, No. 3 (2010), pp. 599–613.

¹⁴⁷ HEIKE SCHWEITZER, *Competition Law and Public Policy: Reconsidering an uneasy relationship. The Example of Art. 81.* *Op cit.*, p 5.

produção ou distribuição de bens e serviços. Assim, é preciso que a aplicação do art. 101 (3) seja clara e incondicionada¹⁴⁸. Portanto, a aplicação direta do artigo em comento põe fim à discricionariedade que a Comissão possuía¹⁴⁹.

Para Okeoghene Odudu, o Direito da Concorrência não pode ser usado com o fim de promover o bem estar geral, apenas o bem estar econômico do consumidor (traduzido pelo conceito de eficiência). Para o Autor, não há legitimidade conferida pelo TFUE para que, no Direito da Concorrência, haja considerações sobre saúde pública ou meio ambiente, pois o caminho certo para tais medidas seria a via democrática, ou seja, através de políticas legislativas¹⁵⁰.

A opção da Comissão parece refletir a dos autores supracitados. Em suas Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado¹⁵¹, a Comissão entende que o art. 101 (3) deve excepcionar as condutas que sejam pró-competitivas, mesmo que infringindo o art. 101 (1). E, como pró-competitivas, entendem-se aquelas que geram ganho de eficiência.

Heike Schweitzer afirma que a Comissão também não pode simplesmente proibir considerações de políticas públicas na aplicação do art. 101 (3). Com efeito, se tais políticas se enquadrarem nos quatro requisitos do art. 101 (3), este deverá ser aplicável, pois a Comissão não pode alterar a estrutura do texto legal, redigido em termos abertos¹⁵².

Ainda, para que algumas políticas públicas possam ser consideradas, podemos pensar nos problemas que derivam das falhas de mercado, uma vez que entende-se que acordos que visam corrigir falhas de mercado podem ser pró-competitivos. O exemplo seria um acordo no qual supermercados elevam o preço de bebidas alcólicas para impedir o consumo por adolescentes.¹⁵³ Neste caso, por mais que não se possa isentar o acordo apenas por ser bom para a saúde pública, poder-se-ia defendê-lo com base na correção de falha de mercado (externalidades negativas)¹⁵⁴.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ Idem, p. 8.

¹⁵⁰ OKEOGHENE ODUDU, <<The Wider Concerns of Competition Law>>, op. cit., p 610.

¹⁵¹ (2004/C 101/08), parágrafo 33.

¹⁵² Competition Law and Public Policy: Reconsidering an uneasy relationship. The Example of Art. 81.cit., p 9.

¹⁵³ O exemplo é de Tomley, citado por PABLO IBÁÑEZ COLOMO: Market Failures, Transaction costs and Article 101 (1) TFUE Case Law, op. cit, p 560.

¹⁵⁴ Ibidem.

Apesar do exposto, a doutrina identifica na jurisprudência dois casos nos quais há considerações não econômicas que podem prevalecer no caso concreto¹⁵⁵; a) auto regulações com objetivos legítimos como no caso Meca-Medina (item 2.8 *infra*) e no caso Wouters (item 2.7. *infra*) e; b) acordos coletivos com finalidade de melhoria no trabalho e emprego.

B) Parte equitativa destinada aos utilizadores

O segundo requisito para a aplicação da isenção conferida pelo art. 101 (3) é a de que aos consumidores seja repassado, equitativamente, os ganhos de eficiência proporcionados pelo acordo restritivo da concorrência¹⁵⁶.

Consumidor, para efeitos do art. 101 (3), é qualquer utilizador do produto ou serviço englobado pelo acordo, “incluindo grossistas, retalhistas e consumidores finais”¹⁵⁷. Ou seja, podem ser consumidores tanto empresas quanto pessoas naturais¹⁵⁸.

Por parte equitativa, entende-se que a repercussão dos benefícios não pode deixar os consumidores (globalmente considerados)¹⁵⁹ em situação pior do que a que estariam se o acordo não fosse realizado. Isto é, “o efeito líquido de um acordo deve ser, no mínimo, neutro”¹⁶⁰. Portanto, quanto maior for a restrição à concorrência, maior deve ser o benefício gerado pelo acordo¹⁶¹.

C) Restrições indispensáveis

Por óbvio, as partes de um acordo não podem aproveitar da isenção conferida pelo art. 101 (3) para criar restrições além do necessário para os ganhos de eficiência alegados.

Portanto, as restrições previstas no acordo têm de ser indispensáveis para os ganhos de eficiência, analisando-as perante dois critérios: “[e]m primeiro lugar, o acordo restritivo, enquanto tal, deve ser necessário para a obtenção dos ganhos de eficiência. Em segundo lugar,

¹⁵⁵ HEIKE SCHWEITZER, Competition Law and Public Policy: Reconsidering an uneasy relationship. The Example of Art. 81. Op cit., pp 3 e 4.

¹⁵⁶ Orientações relativas à aplicação do n.o 3 do artigo 81.o do Tratado (2004/C 101/08), parágrafo 83.

¹⁵⁷ Idem, parágrafo 84.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ Idem, parágrafo 87: “O factor decisivo é o impacto global nos consumidores dos produtos no mercado relevante e não o impacto em membros individuais deste grupo de consumidores. Nalguns casos, poderá ser necessário um determinado período antes que os ganhos de eficiência se concretizem; durante esse período, o acordo pode ter, unicamente, efeitos negativos. O facto de a repercussão nos consumidores ser algo desfasada no tempo não exclui, por si só, a aplicação do n.o 3 do artigo 81.o. Contudo, quanto maior for esse desfasamento, maiores devem ser os ganhos de eficiência, a fim de compensarem, igualmente, as perdas sofridas pelos consumidores no período que antecedeu a repercussão”.

¹⁶⁰ Idem, parágrafos 85 e 86.

¹⁶¹ Idem, parágrafo 90.

as restrições individuais da concorrência decorrentes do acordo devem igualmente ser necessárias para a obtenção dos ganhos de eficiência”¹⁶².

Quanto ao primeiro critério, deve-se avaliar se os ganhos obtidos são específicos ao acordo em causa, não podendo ser alcançados de forma menos restritiva¹⁶³. Quanto ao segundo, deve-se analisar se cada uma das restrições individuais é necessária ao acordo, ou seja, se sem elas o acordo não seria tão eficiente¹⁶⁴.

D) Não eliminação da concorrência

O último requisito para a aplicação do art. 101 (3) é a não eliminação da concorrência. Ou seja, mesmo que um acordo restritivo gere um alto nível de eficiência, ele não será tolerado se eliminar a concorrência em parte substancial do mercado.

Portanto, entre os ganhos de eficiência pró-concorrências e a concorrência em si, a Comissão priorizará a última, pois o prejuízo da eliminação da concorrência, em longo prazo, seria superior aos ganhos de eficiência gerados no curto prazo¹⁶⁵.

A análise a ser feita é de como a concorrência se encontra antes do acordo e como ficará com ele. Por isso, deve-se ter em conta que se a concorrência já era frágil, um acordo restritivo terá menos probabilidade de ser aprovado¹⁶⁶.

1.3 APLICABILIDADE DO ART. 102 TFUE

Como dito anteriormente, o artigo 102 do TFUE tem como finalidade proibir condutas unilaterais (ou abuso coletivo) que sejam classificadas como abuso de posição dominante. Assim, prescreve o artigo:

“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;

¹⁶² Idem, parágrafo 73.

¹⁶³ Idem, parágrafo 75 e 76.

¹⁶⁴ Idem, parágrafo 79.

¹⁶⁵ Idem, parágrafo 105.

¹⁶⁶ Idem, parágrafo 107.

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.”

1.3.1 A posição dominante¹⁶⁷

1.3.1.1. O conceito de posição dominante

O conceito de posição dominante largamente utilizado pela doutrina¹⁶⁸ é o do parágrafo 65 do julgamento do Tribunal de Justiça em *United Brands* contra a Comissão: “[a] posição dominante a que se refere esse artigo diz respeito a uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores¹⁶⁹”.

Na “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado”¹⁷⁰, afirma-se que “[a] Comissão considera que uma empresa que seja capaz de aumentar os preços acima do nível da concorrência, de forma rentável, por um período de tempo significativo, não está sujeita a uma pressão concorrencial efectiva e suficiente e, como tal, pode ser considerada como estando em posição dominante(...)”.

Este conceito é contestado por Damien Geradin e outros¹⁷¹. Segundo eles, ninguém age completamente independente no mercado, uma vez que o aumento de preços gera uma queda nas vendas pela curva da oferta e demanda da própria empresa¹⁷². O grau de

¹⁶⁷ Este item (e os subitens) foi retirado, com algumas alterações, do nosso trabalho: LUCAS LOURENÇO, “O Artigo 102 do TFUE e a Especial Responsabilidade das Empresas Dominantes” in Trabalho da disciplina Direito da Concorrência e da Propriedade Industrial, apresentado pelo autor da presente dissertação no 2º semestre do 1º ano do Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa, Universidade do Minho, 2016.

¹⁶⁸ Por todos, RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, op. cit. p 190 e DAMIEN GERADIN, PAUL HOFER, FRÉDÉRIC LOUIS, NICOLAS PETIT e MIKE WALKER: “The Concept of Dominance in EC Competition Law”. 2005. Disponível em www.SSRN.com. Acessado em 21/06/2016.

¹⁶⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14/02/1978, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>. O item seguinte também deve ser destacado, pois afirma que a posição dominante deve ser aferida por vários fatores, que tomados isoladamente poderiam não ser relevantes.

¹⁷⁰ (2009/C 45/02), parágrafo 11.

¹⁷¹ DAMIEN GERADIN, PAUL HOFER, FRÉDÉRIC LOUIS, NICOLAS PETIT E MIKE WALKER: “The Concept of Dominance in EC Competition Law”. Op cit. p 4 e ss.

¹⁷² O grau dependerá da elasticidade da demanda.

independência, portanto, deveria ser medido pela possibilidade de vender acima do preço concorrencial.

Todavia, o preço concorrencial é quase impossível de ser medido, pois se o fosse, bastaria à lei dizer que ninguém pode vender acima do preço concorrencial, sendo desnecessário a classificação da empresa como dominante. Os autores afirmam que seria melhor definir a posição dominante como a habilidade de uma empresa ingressar em negócios que poderiam evitar a manutenção de efetiva concorrência no mercado¹⁷³.

O que se pode concluir é que será detentora de posição dominante uma empresa que tenha um substancial poder de mercado. Pois, enquanto o poder de mercado é um conceito que varia em grau (uma empresa pode ter de muito a muito pouco poder de mercado), o conceito de posição dominante é jurídico e binário¹⁷⁴ (ou a empresa é dominante e está sujeita ao art. 102 TFUE, ou ela não é dominante e sua conduta não será considerada abuso de poder dominante).

1.3.1.2. A análise da posição dominante

Após a conceituação de posição dominante, trataremos nesse subitem do trabalho que deve ser feito pela Comissão para averiguar se há ou não posição dominante em determinado caso concreto.

Resumidamente, a Comissão, a fim de estabelecer se houve ou não violação ao artigo 102 do TFUE, deverá: - definir qual é o mercado relevante; - analisar qual é a quota de mercado (“*market share*”) da empresa em causa; - avaliar a presença de concorrência potencial; e, por último, avaliar se há relevante poder negocial dos compradores (“*countervailing buyer power*”).

1.3.1.2.1. O mercado relevante

A posição dominante não é exercida na economia em geral, mas em um mercado relevante. Por isso, em todos os casos sujeitos à apreciação da Comissão, deve-se primeiro estabelecer qual o “mercado em causa”¹⁷⁵.

¹⁷³ Idem, p 4.

¹⁷⁴ RICHARD WHISH e DAVID BAILEY. Competition Law. Op cit , p 190.

¹⁷⁵ Essa foi a decisão no Acórdão do Tribunal de Justiça de 21/02/1973, item 32.

O mercado relevante é um conceito econômico e deve ser estabelecido em seu critério material (quais bens ou serviços estão abarcados) e em seu critério geográfico (local no qual as relações de mercado são produzidas)¹⁷⁶.

A Comissão¹⁷⁷ afirma que “um mercado de produto relevante compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendidas”¹⁷⁸, sendo este o mercado material, por sua vez, o “mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas”¹⁷⁹.

A importância de se delinear corretamente o mercado relevante é a de aferir o grau de poder de mercado e conseqüentemente se há ou não posição dominante. Se o mercado for delimitado de forma mais ampla do que devido, uma empresa dominante pode parecer não possuir poder de mercado substancial, se, ao contrário, muito estreito, uma empresa não dominante pode parecer possuir poder de mercado muito grande e ser punida por um ato que não teria potencial de afetar negativamente a concorrência.

1.3.1.2.1.1. O “SSNIP TEST” e a “*Cellophane Fallacy*”

O método mais utilizado para a definição do mercado relevante é o “SSNIP test”¹⁸⁰, também conhecido como “teste do monopolista hipotético”. Nele, já abarca-se aspectos relevantes de substituíbilidade pelo lado da demanda e oferta.

Este teste “delimita o mercado relevante como sendo o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços”¹⁸¹. Entende-se como pequeno, mas significativo, um aumento de 5% a 10%¹⁸² e a não transitoriedade entre 01 e 02 anos.

¹⁷⁶ Pode ser necessário estabelecer também o mercado temporal, principalmente nos casos que há variação sazonal no mercado. Pode ser que uma empresa seja dominante apenas uma época do ano, p.ex.

¹⁷⁷ Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, de 09/12/1997, 97/C 372/03.

¹⁷⁸ Idem, item 7. Mercado relevante material.

¹⁷⁹ Idem, item 8. Mercado relevante geográfico.

¹⁸⁰ SSNIP test significa “small but significant and non-transitory increase in prices”

¹⁸¹ EDUARDO MOLAN GABAN e JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES, “Direito Antitruste”. 3a ed. Saraiva. São Paulo. 2012. Versão Kindle.

¹⁸² Item 17 da Comunicação 97/C 372/03.

O teste do monopolista hipotético deve ser usado com cautela nos casos de abuso de posição dominante, por conta do risco de ocorrência da denominada “*cellophane fallacy*”. Como se disse, deve-se definir o mercado relevante a partir de um aumento hipotético de 5 a 10% no preço, para que se saiba o mercado mínimo que valeria a pena ser monopolizado. Todavia, pode ocorrer que o preço tomado em consideração, quando cobrado por uma empresa dominante, já seja um preço monopolista¹⁸³⁻¹⁸⁴. Assim sendo, um aumento de 5% pode fazer com que a empresa tenha prejuízos, não em razão da grande concorrência, mas sim por já cobrar anteriormente um preço de monopolista (ou seja, o preço que dará mais lucro possível).

Damien Geradin e outros¹⁸⁵ chamam atenção para o fato de que em uma denúncia de cobrança de preços excessivos por uma empresa dominante, se a definição de mercado relevante efetuada pelo “SSNIP test” deve levar em conta um aumento do preço concorrencial de 5% a 10%, tal avaliação se confundirá com o mérito. Caso a empresa esteja, de fato, cobrando um preço excessivo, este não servirá como base para o teste do monopolista hipotético; se servir, é sinal que o preço cobrado não era excessivo. Portanto, nesse caso, o “SSNIP test” não seria um método viável para definição do mercado relevante.

É por esta razão que a Comissão tem preferido utilizar, segundo os autores, um teste mais qualitativo, levando em consideração variados fatores¹⁸⁶. O importante é olhar a substituíbilidade dos produtos pelo lado da oferta e demanda e o mercado geográfico.

1.3.1.2.2. A quota de mercado

Após definido o mercado relevante, deve-se definir se há ou não substancial poder de mercado por parte da empresa, começando pela análise da quota bem como a rivalidade do mercado no qual atua.

O mais importante é saber que a quota de mercado é considerada apenas um, dentre outros, indicadores de substancial poder de mercado, sendo “uma primeira indicação útil

¹⁸³ É o que se afirma, entre outros, no “Economic Discussion Paper, The role of market definition in monopoly and dominance inquires do Office of Fair Trading” do Reino Unido. Londres, 2001.

¹⁸⁴ Neste caso, um aumento faria que a empresa tivesse prejuízos, não por que há substitutos, mas por ela já cobrar dos consumidores o preço lucrativo máximo possível.

¹⁸⁵ DAMIEN GERADIN, PAUL HOFER, FRÉDÉRIC LOUIS, NICOLAS PETIT E MIKE WALKER: “The Concept of Dominance in EC Competition Law”. Op. cit. p 8.

¹⁸⁶ Ibidem.

quanto à estrutura de mercado e à importância relativa das várias empresas que nele operam¹⁸⁷”.

Além, é importante medir a rivalidade do mercado, *i.e.*, a pressão que os competidores atuais realizam sobre a empresa em questão. Ou seja, deve-se analisar se os concorrentes poderiam competir de fato, suprindo a demanda, caso a empresa com grande quota de mercado atue abusivamente, como por exemplo, aumentando arbitrariamente seus preços.

Apesar das quotas de mercado serem apenas um indicador, há grande relevância neste número, uma vez que a comissão vê uma baixa probabilidade de dominância quando a empresa possua menos de 40% de quota de mercado¹⁸⁸. E, havendo mais de 50% de quota de mercado, há uma presunção relativa de dominância, invertendo-se o ônus da prova¹⁸⁹.

1.3.1.2.3. A concorrência potencial

Além da competição atual no mercado, medida pelas quotas de mercado e pela rivalidade, ainda deve ser levado em conta a pressão efetuada por potenciais competidores. Isto é, se a empresa em análise atuar de forma abusiva, seria possível que competidores entrassem no mercado e suprissem a demanda?

Para tal análise, é necessário verificar as barreiras de entrada, necessidade de economias de escala e de escopo, acesso privilegiado a insumos essenciais e matéria prima, custos afundados para ingressos na atividade e a própria conduta da empresa dominante ao longo do tempo¹⁹⁰, envolvendo seus contratos de exclusividade e outras eventuais condutas de fechamento de mercado¹⁹¹. Além disso, para saber se a posição dominante será duradoura, deve-se avaliar a capacidade de expansão dos competidores atuais¹⁹².

A competição potencial só deve ser analisada quando as quotas de mercado e outros fatores sugerirem que pode haver substancial poder de mercado da empresa em análise, uma vez que a competição potencial não interfere na quota de mercado, pois tais competidores ainda não o integram. Assim, hipoteticamente, uma empresa poderia possuir 100% do

¹⁸⁷ Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02), parágrafo 13.

¹⁸⁸ Segundo RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, apenas uma vez a Comissão considerou dominante uma empresa com menos de 40% de quota de Mercado. Competition Law, Op cit. p 49. Além da própria comunicação da comissão informar a baixa probabilidade de dominância.

¹⁸⁹ Ibidem. .

¹⁹⁰ Foge ao escopo do presente o tratamento de cada um desses critérios.

¹⁹¹ RICHARD WHISH e DAVID BAILEY. Competition Law, cit. pp 46-47.

¹⁹² ICN UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP Chapter 3: “DOMINANCE/SUBSTANTIAL MARKET POWER ANALYSIS PURSUANT TO UNILATERAL CONDUCT LAWS”.

mercado e não ser dominante, por ter de guiar o seu comportamento pela concorrência potencial, não lhe sendo possível agir de forma independente.

1.3.1.2.4. Poder negocial dos compradores

Se todos os fatores anteriormente comentados apontarem pela dominância da empresa em análise, deve-se por último analisar se há também um poder negocial relevante por parte dos compradores da empresa.

Segundo o parágrafo 18 da Comunicação da Comissão¹⁹³, o “*countervailing buyer power*” diz que uma empresa pode não ser dominante, simplesmente por não poder agir de forma independente em razão do poder de seu cliente, que poderia trocar de fornecedor, promover novas entradas ou se integrar verticalmente.

Portanto, para uma empresa ser considerada dominante, todos os fatores devem ser considerados. Após a definição do mercado relevante, deve ser acessada a quota de mercado, rivalidade, concorrência potencial e poder negocial dos compradores.

1.3.2 O mercado interno ou parte substancial deste

Depois de definido que uma empresa possui posição dominante no mercado relevante¹⁹⁴, deve-se ter em conta, para saber se o artigo 102 é aplicável¹⁹⁵, se tal posição se dá em todo o mercado interno ou ao menos em parte substancial deste.

A parte substancial do mercado interno não se confunde com o mercado relevante geográfico¹⁹⁶. A questão não se resume à área na qual a empresa é dominante, mas ao volume de negócios da empresa e sua proporção com o volume total do mercado relevante¹⁹⁷. Portanto, enquanto o mercado relevante geográfico é parte da definição do mercado relevante, o conceito de parte substancial liga-se aos efeitos sensíveis, para que não se puna atos de menor importância¹⁹⁸.

¹⁹³ Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02).

¹⁹⁴ E que houve afetação do comércio entre Estados-Membros, nos mesmos termos do discutido quanto ao artigo 101 (1), item 1.1.4., ao qual remete-se o leitor.

¹⁹⁵ Sem prejuízo da aplicação da lei nacional, caso a ação não afete o mercado interno ou parte substancial deste.

¹⁹⁶ RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law*, *op cit.* p. 199.

¹⁹⁷ Ibidem. V.tb. Acórdão do Tribunal de Justiça de 16/12/1975, parágrafo 371. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61973CJ0040&from=EN>. Acessado em 20/02/2017.

¹⁹⁸ ROBERT O'DONOGHUE e JORGE ATILANO PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, 1a ed, Oregon, Hart Publishing, 2016, p 173. Para os autores, o requisito tem sido facilmente atingido na opinião das Cortes, citando inclusive o caso 77/77 no qual o mercado holandês de petróleo foi considerado uma parte substancial do mercado interno, mesmo possuindo apenas 4.6% do total de negócios da União Europeia.

Para Pedro Madeira Froufe e José Caramelo Gomes¹⁹⁹, há uma diferenciação na jurisprudência quando se tratar de abuso de posição dominante consistente em comportamentos excludentes, nos quais bastaria a dominância em um Estado-Membro para que se considere a empresa como dominante; e em comportamentos exploratórios, quando poderia tal critério não ser satisfeito, *i.e.*, precisaria haver uma posição dominante em mais de um Estado-Membro.

1.3.3 O abuso

A posição dominante, como tal, não é ilícita. Obviamente, se o Direito da Concorrência tenciona obter um mercado no qual as empresas compitam livremente, deve-se entender que a empresa mais eficiente tende a ganhar das outras. Ou seja, a concorrência gerará vencedores e perdedores. A intenção do art. 102 TFUE não é proteger os concorrentes como tais, mas o processo da concorrência em si, a fim de beneficiar o consumidor²⁰⁰.

Sendo assim, não se deve punir uma empresa mais eficiente que atingiu uma situação de dominância ou mesmo de monopólio. O que se pune é que essas empresas abusem de sua forte posição no mercado, por meio de práticas excludentes ou exploratórias²⁰¹.

Como o art. 102 TFUE só pune o abuso da posição dominante, se condutas idênticas às abusivas forem conduzidas por empresas não dominantes, não haverá qualquer ilícito no âmbito do Direito da Concorrência. Ou seja, só uma empresa dominante pode abusar de tal posição.

Há diversas definições de abuso na jurisprudência da Comissão e das Cortes europeias²⁰², havendo ainda debate doutrinário acerca da classificação de cada tipo de

¹⁹⁹ PEDRO MADEIRA FROUFE e JOSÉ CAMELO GOMES. “*Mercado Interno e Concorrência*” in *DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA ELEMENTOS DE DIREITO E POLÍTICAS DA UNIÃO*, Almedina, Coimbra, 2016, pp 483-484.

²⁰⁰ NEELIE KROES, SPEECH/05/537, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm?locale=en, acessado em 12/02/2017. “First, it is competition, and not competitors, that is to be protected. Second, ultimately the aim is to avoid consumers harm”.

²⁰¹ A doutrina defende haver três tipos de abuso, incluindo o “Single market abuse” (RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law, op cit.* p. 202) ou “Reprisal abuses” (ROBERT O’DONOGHUE e JORGE ATILANO PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, op. cit. p. 174). Como foge ao escopo da presente estudo mais detalhado do art. 102, trataremos aqui dos abusos mais óbvios ou mais comuns, que são o abuso ligado a comportamentos exploratórios e excludentes.

²⁰² “(...) A noção de exploração abusiva é uma noção objectiva que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no

comportamento abusivo²⁰³. Pode-se afirmar, ainda que de forma vaga, que o abuso de posição dominante é qualquer conduta que não seja considerada uma atividade normal de um concorrente, ou seja, que não seja uma disputa pelos méritos, *i.e.*, oferta do melhor preço e qualidade²⁰⁴.

Nesse sentido, manifestou-se a Comissão: “(...) [a] Comissão enfatiza não considerar ilegal a intenção de uma empresa, mesmo dominante, de prevalecer sobre seus rivais. Uma empresa dominante possui o direito de competir pelo mérito. A Comissão também não sugere que grandes produtores devam estar sob alguma obrigação de abster-se de competir vigorosamente contra concorrentes menores ou novos entrantes. A manutenção do sistema de competição efetiva, todavia, requer que um concorrente menor seja protegido contra comportamentos das empresas dominantes que visem excluí-lo do mercado, não pelas virtudes, maior eficiência ou superior desempenho, mas pelo abuso do poder de mercado²⁰⁵” (Tradução livre).

Um teste amplamente utilizado para saber se há ou não abuso é o teste do “concorrente igualmente eficiente”²⁰⁶. Assume-se que a competição normal prejudica os concorrentes²⁰⁷, possivelmente excluindo os menos eficientes do mercado, ou diminuindo suas respectivas quotas. Portanto, o que se analisa é se a conduta é abusiva no sentido de prejudicar mesmo um concorrente que seja igualmente eficiente à empresa dominante, excluindo-o do mercado ou diminuindo sua importância, em consequência aumentando a dominância²⁰⁸.

mercado ou o desenvolvimento desta concorrência”. Caso 85/76, Acórdão do Tribunal de Justiça de 13/02/1979, parágrafo 91. V. tb. Caso 280/08, Acórdão do Tribunal de Justiça de 14/10/2010, parágrafo 177.

²⁰³ ROBERT O’DONOGHUE e JORGE ATILANO PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, op. cit. p. 176.

²⁰⁴ Idem, p. 174. Deve-se esclarecer que ofertar o melhor preço pode ser considerado abusivo, se tal preço estiver abaixo do custo variável médio de produção, ou seja, se o preço for predatório. Como bem explicam os autores: “First, distinguishing legitimate competition and exclusionary conduct is inherently difficult, since they are very similar in appearance. For example, low prices are the essence of competition but they can sometimes be too low and exclusionary”, p. 176.

²⁰⁵ Decisão da Comissão, de 14/12/1985, (85/609/ECC), parágrafo 81, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985D0609&from=EN>, acessado em 24/02/2017. Original: “The Commission emphasizes that it does not consider an intention even by a dominant firm to prevail over its rivals as unlawful. A dominant firm is entitled to compete on the merits. Nor does the Commission suggest that large producers should be under any obligation to refrain from competing vigorously with smaller competitors or new entrants. The maintenance of a system of effective competition does however require that a small competitor be protected against behaviour by dominant undertakings designed to exclude it from the market not by virtue of greater efficiency or superior performance but by an abuse of market power”.

²⁰⁶ “as-efficient competitor”. RICHARD WISH e DAVID BAILEY, *Competition Law*, op. cit. p. 207

²⁰⁷ ROBERT O’DONOGHUE e JORGE ATILANO PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, op. cit. p. 176.

²⁰⁸ Assim como ocorre com a infração por objeto ou efeito no art. 101, as Cortes europeias entendem que há comportamentos que são considerados abusivos por sua própria natureza, pois não teriam justificativas econômicas que não a exclusão de competidores. Para o tratamento aprofundado dessa questão, veja: PABLO

1.3.3.1. Os tipos de abuso

Ao menos dois tipos de abusos podem ser identificados na jurisprudência europeia²⁰⁹. São eles os abusos com fins de explorar o consumidor (abuso exploratório), reduzindo seu excedente (ou renda)²¹⁰⁻²¹¹, a qualidade ou a inovação dos produtos, e o abuso excludente, que visa excluir outros concorrentes do mercado.

Os abusos podem se expressar de diversas formas, tendo em conta a natureza meramente exemplificativa das alíneas do art. 102 TFUE²¹². Também não é necessário que a posição dominante, abuso e os efeitos do abuso ocorram no mesmo mercado relevante²¹³. Ademais, as alíneas “c” e “d” do Art. 102 são exemplos de comportamentos que podem ser tanto exploratórios quanto excludentes, e até ambos ao mesmo tempo²¹⁴, a depender do caso concreto. Trataremos abaixo do conceito de abuso exploratório e excludente, citando alguns exemplos de condutas que podem ser consideradas abusivas.

A) Abuso exploratório

O abuso exploratório é “[q]ualquer conduta que represente uma exploração dos consumidores (por exemplo, a aplicação de preços excessivos)²¹⁵”. Essa exploração dos

IBÁÑEZ COLOMO, “*Beyond the ‘More Economics-Based Approach’: A Legal Perspective on Article 102*”. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2755656>, acessado em 01/02/2017.

²⁰⁹ V. nota 201.

²¹⁰ Excedente, renda ou em inglês “surplus” é um conceito econômico que demonstra, dada a correlação entre oferta e demanda, a diferença entre o preço que o consumidor estaria disposto a pagar por um bem e o preço inferior efetivamente pago. V. HAL R. VARIAN, *Microeconomic Analysis*. 3ª ed. Norton. New York. 1992, pp 160-163. O abuso tende a transferir a renda do consumidor para o fornecedor, pois este venderá seu produto acima do preço que estaria disposto a vender num mercado de concorrência perfeita.

²¹¹ “We don’t always have to pay as much as we are willing to pay. We get a bargain. When people buy something for less than it is worth to them, they receive a consumer surplus. Consumer surplus is the excess of the benefit received from a good over the amount paid for it”. MICHAEL PARKIN. *Microeconomics*. 11ª ed. Pearson. 2014, p 109.

²¹² Há uma discussão na doutrina acerca da ambivalência do termo “exemplificativo”. Uma visão mais restritiva entenderia que: Há diversos exemplos específicos de abusos que poderiam causar as consequências inscritas nas alíneas “a” a “d” do art. 102 TFUE (por exemplo, o próprio art. 102, a fala em “... ou outras condições de transacção não equitativas.” Nesse caso, pela visão restritiva, deve-se comprovar que a transacção é não equitativa, invocando-se a alínea “a”). Uma visão mais ampliada do termo “exemplificativo” levaria a crer que qualquer abuso, mesmo não causando as consequências previstas nas alíneas do art. 102 TFUE poderiam estar no âmbito de aplicação do art. 102. Ou seja, não seria necessário invocar qualquer alínea do art. 102 TFUE. Para essa discussão, v. ROBERT O’DONOGHUE e JORGE ATILANO PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, op. cit. p. 213 e seguintes.

²¹³ RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law*, op cit. p. 216.

²¹⁴ ROBERT O’DONOGHUE e JORGE ATILANO PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, op. cit. p. 194.

²¹⁵ Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. (2009/C 45/02). Parágrafo 7.

consumidores pode consistir, exemplificativamente, na diminuição da produção cumulada com o conseqüente aumento dos preços, ou mesmo na diminuição de qualidade do produto²¹⁶.

O art. 102 (a) TFUE trata do preço excessivo e das condições não equitativas. Não há definição clara do que sejam condições não equitativas, devendo entender-se como aquelas que são impostas pela empresa dominante, aproveitando-se do seu poder de mercado²¹⁷ e colocando a contraparte em desvantagem.

Preços excessivos devem ser punidos quando cobrados em mercados com muitas barreiras à entrada²¹⁸. Se não houver barreiras à entrada de novos concorrentes, é melhor deixar o processo concorrencial definir os preços²¹⁹.

Apesar de se saber a consequência do preço excessivo, que é a transferência do excedente do consumidor para o fornecedor²²⁰, há grande dificuldade em estabelecer o que seria um preço abusivo, ou seja, a partir de qual valor o preço deve ser visto como tal. Para fins do presente trabalho, suficiente dizer que o preço excessivo é aquele “sem correspondência razoável com o valor econômico da prestação fornecida.”²²¹⁻²²²

B) O abuso excludente

Além dos comportamentos exploratórios, também as condutas que podem, provavelmente, restringir ou impedir “o acesso efectivo dos concorrentes actuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados”²²³ são proibidas pelo art. 102 TFUE.

²¹⁶ É o que dispõe as alíneas “a” e “b” do art. 102 TFUE: “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;”

²¹⁷ ROBERT O’DONOGHUE e JORGE ATILANO PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, op. cit. p. 195.

²¹⁸ Ibidem.

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ Apesar dessa transferência a princípio não aparentar diminuir a riqueza da sociedade (página 807), apenas diminuindo o bem estar do consumidor, os preços excessivos podem possuir custos sociais. Primeiro, pelo chamado “deadweight loss”, que é a diminuição total de bem estar, ao colocar alguns consumidores fora do mercado, mesmo que eles estivessem a fim de pagar mais que o custo marginal do produto (mas menos que o preço excessivo). Estes não transferem renda, pois deixam de adquirir o produto. Segundo, pelo próprio dispêndio de recursos para se atingir uma posição de dominância ou monopólio. V. RICHARD POSNER. *The Social Costs of Monopoly and Regulation*, *The Journal of Political Economy*, Vol. 83, No. 4 (Aug., 1975), pp. 807-828, disponível em <http://cameroneconomics.com/posner%201975.pdf>, acessado em 27/02/2017.

²²¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14/02/1978, processo 27/76, parágrafo 250.

²²² Há diversos testes utilizados pelas autoridades da concorrência para saber se um preço é excessivo ou não, sendo que nenhum deles é isento de dificuldades, como afirma Whish. Para a discussão detalhada, v. RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law*, op. cit. p. 763-765. V. tb. ROBERT O’DONOGHUE e JORGE ATILANO PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, op. cit. p. 195 e 608-621.

²²³ Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02). Parágrafo 19.

Tal encerramento de mercado pode ocorrer de forma horizontal ou vertical. Ou seja, um concorrente pode encerrar o mercado para outro que opera no mesmo nível de mercado, bem como pode encerrar o mercado para uma empresa que opere no mercado a jusante²²⁴.

Exemplos de comportamentos que são, se anticoncorrenciais, considerados excludentes de forma horizontal são²²⁵: Acordos de compra exclusiva²²⁶, descontos condicionais²²⁷ e preços predatórios²²⁸⁻²²⁹. Exemplos de comportamentos que podem ser excludentes de forma vertical são²³⁰: Recusa de fornecimento²³¹ e compressão de margens²³².

1.3.4 A justificação objetiva e alegação de eficiência

²²⁴ RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law*, *op cit.* p. 215-216.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ “Uma obrigação de compra exclusiva exige que um cliente num determinado mercado compre produtos, exclusivamente ou em grande parte, apenas a uma empresa dominante. Outras obrigações como a obrigação de armazenagem, que pareçam não ser um acordo de compra exclusiva propriamente dito, podem na prática produzir o mesmo efeito.” Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02). Parágrafo 33.

²²⁷ “Os descontos condicionais são descontos concedidos a clientes para os recompensar por um comportamento de compra específico. A natureza habitual de um desconto condicional consiste em ser concedido um desconto ao cliente cujas compras efectuadas durante um período previamente definido ultrapassem um determinado limiar, sendo o desconto concedido sobre a totalidade das compras (descontos retroactivos) ou apenas sobre os produtos comprados acima do limiar (descontos progressivos) Os descontos condicionais não são uma prática pouco corrente. As empresas podem oferecer este tipo de desconto para atraírem os clientes e, desta forma, podem estimular a procura e beneficiar os consumidores. Contudo, este tipo de desconto — quando oferecido por empresas dominantes — pode produzir efeitos efectivos ou potenciais de encerramento semelhantes aos das obrigações de compra exclusiva. Os descontos condicionais podem produzir esses efeitos sem constituírem necessariamente um sacrifício para a empresa dominante”. *Idem*, parágrafo 37.

²²⁸ “De acordo com as suas prioridades a nível da aplicação das regras, a Comissão intervirá, regra geral, sempre que existirem provas de que uma empresa dominante adopta um comportamento predatório, suportando deliberadamente perdas ou prescindindo deliberadamente de ganhos a curto prazo (comportamento designado a seguir por «sacrifício»), por forma a excluir ou poder vir a excluir um ou mais dos seus concorrentes, existentes ou potenciais, com o objetivo de reforçar ou manter o seu poder de mercado e prejudicando desta forma o consumidor” *Idem*, parágrafo 63.

²²⁹ “Although there is no universal definition of predation, it generally refers to strategies whereby a firm offers low prices in the short-term in order to induce competitors’ market exit, followed by higher prices in the medium- to long term. It may be rational and profitable for a dominant firm to invest in loss-making activities for a certain period if the elimination of a rival allows it to increase prices following market exit to a level that compensates for the losses suffered during the predation phase.” ROBERT O’DONOGHUE e JORGE ATILANO PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, *op. cit.* p. 236.

²³⁰ RICHARD WHISH e DAVID BAILEY, *Competition Law*, *op cit.* p. 216.

²³¹ “Em geral, ocorrem problemas de concorrência quando as empresas dominantes concorrem com o comprador a quem se recusam a vender num mercado «a jusante». Entende-se por «mercado a jusante» o mercado no qual o componente cuja venda é recusada é essencial para a produção de um produto ou para o fornecimento de um serviço (...)” Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02). Parágrafo 76.

²³² “Por último, Em vez de recusar o fornecimento, uma empresa dominante pode cobrar um preço pelo produto no mercado «a montante» que, em comparação com preço cobrado no mercado «a jusante» (8), não permite que mesmo um concorrente com o mesmo grau de eficiência exerça de uma forma rentável e duradoura actividades no mercado a jusante (denominado por «compressão das margens»)(...)” *Idem*, parágrafo 80.

O art. 102 TFUE não possui o que seria o equivalente ao art. 101 (3). Ou seja, não possui um artigo que tencione isentar o infrator que, mesmo desrespeitando o art. 102, realiza conduta que tem como efeitos líquidos a melhoria da concorrência. Todavia, a jurisprudência europeia permite à empresa dominante oferecer defesa com base na justificação objetiva da conduta ou em sua eficiência. Tal como no art. 101 (3), o ônus da prova para tais defesas é das empresas dominantes²³³.

A justificação objetiva é a alegação de que a conduta era objetivamente necessária, por fatores externos à empresa dominante, para atingir fins legítimos, como, por exemplo, para proteção da saúde ou segurança²³⁴, devendo a conduta ser proporcional ao atingimento do fim alegado²³⁵.

A alegação de eficiência é “demonstrar que os ganhos de eficiência suscetíveis de resultar do comportamento em causa neutralizam os prováveis efeitos prejudiciais na concorrência e os interesses dos consumidores nos mercados afetados, que estes ganhos de eficiência foram ou são suscetíveis de ser realizados graças ao referido comportamento, que este é indispensável à realização destes e que não elimina uma concorrência efetiva ao suprimir a totalidade ou a maior parte das fontes existentes de concorrência atual ou potencial”²³⁶.

De acordo com a Comissão²³⁷, a empresa que alegar eficiência deve demonstrar a presença de quatro condições: a) Os ganhos de eficiência se concretizaram, ou é provável que se concretizem, por conta da conduta; b) não existiam alternativas menos anticoncorrenciais para o mesmo fim, sendo necessária a conduta; c) as eficiências compensam os danos à concorrência; d) a conduta não elimina a concorrência efetiva no mercado. Caso elimine, entre eficiência e concorrência, a Comissão priorizará a última.

1.4 NOTAS CONCLUSIVAS

Este capítulo visou demonstrar, de forma sucinta, o quadro geral de aplicação do Direito Europeu da Concorrência às condutas das empresas que competem no mercado.

²³³ Idem, parágrafo 31.

²³⁴ Idem, parágrafos 28 e 29.

²³⁵ Ibidem.

²³⁶ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 27 de março de 2012, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121061&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=499923>, acessado em 01/03/2017.

²³⁷ Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante (2009/C 45/02). Parágrafo 30.

O capítulo não pretendeu tratar de forma exaustiva o tema da aplicabilidade do Direito da Concorrência, portanto, nos capítulos posteriores serão introduzidas novas nuances ao quadro geral aqui apresentado, principalmente no estudo da jurisprudência europeia.

Estabeleceu-se que o Art. 101 é aplicado aos acordos (*lato sensu*) entre empresas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que possuam o objetivo ou efeito de restringir a concorrência no mercado interno.

Tais acordos podem ser justificados pelo Art. 101 (3), desde que cumulativamente cumpram as quatro condições exigidas, sendo elas: a) Melhoria da produção ou distribuição dos produtos ou promoção de progresso tecnológico ou econômico; b) que parte equitativa da melhoria seja destinada aos utilizadores; c) que as restrições na concorrência sejam indispensáveis; d) que as restrições não suprimam a concorrência no mercado.

Por sua vez, o Art. 102 aplica-se às condutas unilaterais de empresas dominantes que consistam em abuso de posição dominante, seja com conteúdo exploratório ou excludente.

O Art. 102, a despeito de não possuir o equivalente ao Art. 101 (3), oferece às empresas dominantes a defesa de que sua conduta foi objetivamente justificada (*i.e.*, necessária para atingimento de fim legítimo) e a defesa de que sua conduta gerou eficiências que compensam os danos à concorrência, sem jamais suprimi-la.

CAPÍTULO 2 – A JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA QUANTO AO DESPORTO

A aplicabilidade do Direito da Concorrência aos desportos cresceu em importância na jurisprudência a partir da década de 1990, principalmente com o julgamento do caso C-415/93 (Bosman), de 1993²³⁸. Até então, poucas decisões formais haviam sido tomadas pela Comissão no que diz respeito ao Direito da Concorrência, havendo uma explosão de casos a partir de então²³⁹.

Assim sendo, esse capítulo tenciona analisar esse desenvolvimento jurisprudencial, a partir dos julgamentos mais importantes, separados em dez itens, colacionando desde casos que não trataram do Direito da Concorrência, mas que dispuseram sobre importantes princípios que foram posteriormente para ele utilizados, bem como alguns dos principais casos que trataram diretamente da aplicabilidade dos artigos 101 e 102 do TFUE aos desportos.

A finalidade deste capítulo não é a de analisar profunda e criticamente a jurisprudência, mas apenas narrar os principais fatos e fundamentos das decisões, para que o leitor seja informado não só da atual percepção das cortes europeias, mas também a evolução de seu entendimento no tempo. Utilizaremos no título dos itens o nome pelo qual os julgados costumam ser citados na doutrina, com a devida indicação do processo referente nas notas de rodapé.

2.1 WALRAVE240

O julgamento em Walrave não dizia respeito ao Direito da Concorrência, mas à aplicabilidade das regras do Direito Comunitário aos desportos. No caso, a regra de livre movimentação e não discriminação.

Walrave envolvia regras da “Association Union Cycliste Internationale” que alegadamente discriminavam europeus quanto à nacionalidade, exigindo que em

²³⁸ BEN VAN ROMPUY, *The role of EU competition law in tackling abuse of regulatory power by sports association*. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 22(2), 2015, pp 174-204, p 1. Para o autor, apenas quatro decisões formais haviam sido tomadas até então. Todavia, ao nosso entender, houve uma quinta decisão não citada pelo autor, a Decisão da Comissão de 19/02/1991, (91/130/CEE), L 63/32, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991D0130&from=PT>, acessada em 08/03/2017.

²³⁹ Ibidem.

²⁴⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 12/12/1974, processo 36/74, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61974CJ0036&from=EN>, acessado em 02/03/2017.

“campeonatos do mundo de corridas de meio-fundo de bicicleta precedida de batedor em motorizada (...) ‘o batedor deve ser da mesma nacionalidade que o seu corredor’”²⁴¹.

No julgamento, a ECJ definiu que: A prática de desportos é abrangida pelo Direito Comunitário, mas apenas na medida em que constituir uma atividade econômica²⁴²; As regras Comunitárias, nomeadamente a que não permite a discriminação entre nacionais de países europeus, não aplicam-se apenas às autoridades públicas, mas também às privadas, como federações desportivas internacionais²⁴³. Ou seja, há aplicação horizontal e vertical²⁴⁴.

Apesar da aplicabilidade do Direito Comunitário às federações, proibindo a discriminação entre nacionais de diferentes Estados-Membros, a ECJ entendeu que “[t]odavia, esta proibição não se aplica à constituição de equipas desportivas, em especial sob a forma de equipas nacionais, uma vez que a formação destas equipas constitui uma questão que unicamente diz respeito ao desporto e, como tal, é alheia à actividade económica”²⁴⁵.

Portanto, o TJ definiu no julgado que regras puramente desportivas não eram econômicas, ficando excluídas do escopo do Direito Comunitário e, conseqüentemente, do Direito da Concorrência. Todavia, decidiu que as regras comunitárias eram aplicáveis aos desportos²⁴⁶.

2.2 DONÀ²⁴⁷

O julgamento em Donà também não dizia respeito ao Direito da Concorrência. Todavia, como o Direito Europeu da Concorrência só pode ser aplicado quando o Direito Comunitário o for, há importância do julgado para o tema em debate.

No caso, o Regulamento Orgânico da Federação Italiana de Futebol previa que apenas jogadores nacionais poderiam se filiar à Federação. Além, exigia que para a participação nos

²⁴¹ Idem, parágrafo 2.

²⁴² Idem, parágrafo 4.

²⁴³ Idem, parágrafos 14 a 17.

²⁴⁴ STEPHEN WEATHERILL, <<Discrimination on Grounds of Nationality in Sport (1989)>>, in *European Sports Law: Collected Papers*, 2a ed, Asser Press, Oxford, 2014, p 30.

²⁴⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 12/12/1974, processo 36/74, parágrafo 8.

²⁴⁶ STEPHEN WEATHERILL, *European Sports Law: Collected Papers*, 2a ed, Asser Press, Oxford, 2014, p 18. A ECJ devolveu o processo à Corte de origem (países baixos) para que decidisse se a regra era ou não puramente esportiva. STEPHEN WEATHERILL, <<Discrimination on Grounds of Nationality in Sport (1989)>>, *cit*, p 31.

²⁴⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14/07/1976, processo 13/76.

jogos por ela organizados, todos os jogadores deveriam ser filiados²⁴⁸, sendo um caso de discriminação direta pela nacionalidade²⁴⁹.

O julgamento confirma Walrave, no sentido de que o Direito Comunitário é aplicável aos desportos, desde que constitua uma atividade econômica: “[t]endo em consideração os objectivos da Comunidade, a prática de desportos está abrangida pelo direito comunitário, na medida em que constitui uma atividade económica na acepção do artigo 2º do Tratado”²⁵⁰.

Todavia, voltou-se a afirmar que haveria espaço para uma regra puramente desportiva, que não seria econômica: “[n]o entanto, tais normas não se opõem a uma regulamentação ou prática que exclua os jogadores estrangeiros da participação em determinados encontros, **por razões que não sejam económicas mas inerentes à natureza e ao contexto específicos destes encontros, que têm, assim, uma natureza exclusivamente desportiva**, como acontece, por exemplo, nos encontros entre equipas nacionais de diferentes países. (grifo nosso)”²⁵¹.

A regra será puramente desportiva, logo não econômica, quando for inerente à natureza e contexto específico dos desportos e desde que “mantida dentro dos limites de seu próprio objecto”²⁵².

O julgamento considerou que a restrição posta em prática pela Federação Italiana de Futebol era incompatível com o Direito Comunitário²⁵³, por conta da restrição ao livre movimento de trabalhadores. Todavia, deixou claro que se a regra fosse puramente desportiva, não estaria dentro do âmbito de aplicação do então Tratado CEE.

2.3 DECISÕES FORMAIS DA COMISSÃO PRÉ-BOSMAN²⁵⁴

Como anteriormente afirmado, a Comissão havia se manifestado formalmente, no campo desportivo, em poucos julgados anteriores ao caso Bosman. Os casos, todavia, não

²⁴⁸ Idem, parágrafo 5.

²⁴⁹ ERIKA Szyszczak, *Competition and sport*, European Law Review, 2007, p 2. Artigo enviado pela autora por email.

²⁵⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14/07/1976, processo 13/76, parágrafo 12.

²⁵¹ Idem, parágrafo 14.

²⁵² Idem, parágrafo 15.

²⁵³ Seguiu-se o entendimento firmado em Walrave de que o Direito Comunitário também era aplicável às entidades privadas.

²⁵⁴ Tais decisões foram trazidas ao trabalho para demonstrar que as atividades econômicas conexas aos esportes seguem a regra geral de aplicabilidade dos artigos 101 e 102, na forma descrita no Capítulo 1.

diziam respeito a regras puramente desportivas, mas a atividades claramente econômicas apenas conexas aos mercados desportivos²⁵⁵.

Dois casos concerniam à distribuição de equipamentos desportivos. O caso Newitt contra DSI²⁵⁶ tratava-se de uma denúncia realizada pela Newiitt contra a DSI (produtora de bolas de tênis e squash, além de outros equipamentos desportivos) de infração aos artigos 101 e 102 do TFUE, por entrave às exportações de seus produtos para países que já possuíam um distribuidor exclusivo²⁵⁷. O entrave consistia em diversas políticas, tais como: proibição da exportação de bolas de tênis e squash sem prévio consentimento da DSI²⁵⁸, recusa de entrega de equipamentos para exportação²⁵⁹, aumento dos preços²⁶⁰, dentre outras.

A Comissão entendeu que a DSI não atuava unilateralmente, excluindo a infração ao art. 102 TFUE. Considerou-se que os entraves à exportação eram, na realidade, um acordo não escrito que fazia parte dos contratos de distribuição exclusiva, havendo infração ao art. 101 (1)²⁶¹ tanto por parte da DSI, como por parte de alguns dos seus distribuidores.

De maneira semelhante, no caso Tretorn AB e outras²⁶² discutiu-se também a criação de barreiras à importação paralela de bolas de tênis²⁶³, através de mecanismos criados em conjunto com as distribuidoras exclusivas. “Tais mecanismos consistiram em: informações sistemáticas e investigações dos casos de importação paralela; marcação dos produtos por forma a identificar a origem das importações paralelas; suspensão dos fornecimentos a mercados específicos por forma a impedir importações paralelas existentes ou potenciais.”²⁶⁴

A Comissão, assim como no caso da Newitt e DSI, entendeu haver uma restrição à concorrência violadora do art. 101 (1) TFUE, por haver um acordo entre a fabricante e as distribuidoras dos produtos desportivos²⁶⁵.

²⁵⁵ BEN VAN ROMPUY, *The role of EU competition law in tackling abuse of regulatory power by sports association*, op cit, p. 1.

²⁵⁶ Decisão da Comissão de 18/03/1992, (92/261/CEE), L 131/32, Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992D0261&from=EN>, acessado em 06/03/2017.

²⁵⁷ Idem, parágrafos 5 e 13.

²⁵⁸ Idem, parágrafos 16 a 18.

²⁵⁹ Idem, parágrafos 19 a 21.

²⁶⁰ Idem, parágrafos 22 a 24.

²⁶¹ Idem, parágrafo 47 e artigo 1º da decisão.

²⁶² Decisão da Comissão de 21/12/1994, (94/987/CEE), L 378/45, Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31994D0987&from=EN>, acessado em 06/03/2017.

²⁶³ Idem, parágrafos 2 e 12.

²⁶⁴ Idem, parágrafo 14.

²⁶⁵ Idem, parágrafo

Já no caso FIFA e outros²⁶⁶, estava em jogo um contrato de exclusividade conferido pelo Comitê Organizador Local (COL) à sociedade “90 Tour Itália”, para a venda de bilhetes e pacotes turísticos que os incluísse para os jogos do Campeonato do Mundo de 1990²⁶⁷. Outras agências poderiam ser autorizadas pela sociedade 90 Tour Itália a vender bilhetes, mas apenas em seus demarcados territórios²⁶⁸. Segundo a organização dos jogos, tal exclusividade era necessária por questões de segurança, visto que ao se vender o bilhete, pedia-se a identidade do comprador, evitando que adeptos de diferentes nacionalidades se sentassem juntos, por receio de confronto²⁶⁹.

A decisão parece seguir a lógica de que a atividade desportiva não é econômica, mas entendeu que as investigadas também as praticavam, sendo, portanto, empresas²⁷⁰ para o fim do TFUE: “A FIFA é uma federação de associações desportivas e exerce, a este título, actividades desportivas. Todavia, a FIFA exerce também actividades de natureza económica...”²⁷¹”.

Ao fim, a Comissão entendeu que a exclusividade garantida pelas organizadoras do campeonato à sociedade 90 Tour Itália possuía o efeito de restringir a concorrência nos moldes do art. 101 (1) TFUE²⁷².

Finalmente, a Comissão se manifestou em dois casos²⁷³ que tratavam de compra conjunta de direitos de transmissão televisiva de acontecimentos desportivos por meio da União Europeia de Radiodifusão (UER). No primeiro²⁷⁴, houve condenação por restrição à concorrência sob o artigo 101 (1) TFUE. A UER, posteriormente, modificou seus estatutos e pediu uma isenção individual (o caso foi anterior ao Regulamento 1/2003, que extinguiu tais isenções) para as novas regras.

²⁶⁶ Decisão da Comissão de 27/10/1992, (92/521/CEE), L 326/31, Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992D0521&from=EN>, acessado em 06/03/2017.

²⁶⁷ Idem, parágrafos 3, 5, 30.

²⁶⁸ Idem, parágrafo 33.

²⁶⁹ Idem, parágrafos 36 a 40.

²⁷⁰ Idem, parágrafos 49 e 57 a 60.

²⁷¹ Idem, parágrafo 47.

²⁷² Idem, parágrafo 87.

²⁷³ Decisão da Comissão de 11/06/1993, (93/403/CEE), L 179/23, Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993D0403&from=EN>, acessado em 06/03/2017

²⁷⁴ Decisão da Comissão de 19/02/1991, (91/130/CEE), L 63/32, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31991D0130&from=PT>, acessada em 08/03/2017.

A UER e seus membros constituem o sistema Eurovisão, um sistema de intercâmbio institucionalizado de programas de televisão e de aquisição conjunta de direitos de transmissão de acontecimentos desportivos internacionais, entre outros²⁷⁵.

Os direitos de transmissão dos eventos esportivos são adquiridos em conjunto por todos os membros interessados, que depois são divididos entre eles. Apenas quando a compra coletiva fracassa é que os membros podem negociar os direitos individualmente²⁷⁶.

Tal sistema diminui a concorrência entre os membros, por conta da compra conjunta, tendo por objeto e efeito a restrição da concorrência nos moldes do art. 101 (1) TFUE²⁷⁷. Ademais, os requisitos para se tornar membro também distorcem a concorrência entre os membros e os não membros do sistema Eurovisão²⁷⁸.

Todavia, levando em consideração a primeira decisão, a UER aceitou modificar seu procedimento, a fim de negociar em termos menos restritivos os direitos de transmissão de eventos desportivos com não membros²⁷⁹.

A Comissão, então, entendeu que os requisitos do art. 101 (3) estavam preenchidos, havendo melhoria na produção ou distribuição dos produtos, pois o sistema: diminui custos de transação²⁸⁰, garante a negociação dos direitos pela entidade mais competente, o que beneficia as entidades menores²⁸¹, entre outras melhorias²⁸². Parte equitativa dos lucros resultantes da melhoria na distribuição foi compartilhado com os consumidores, por aumentar a qualidade e variedade das transmissões televisivas²⁸³. As restrições eram necessárias, não havendo forma menos restritiva de garantia das eficiências geradas²⁸⁴ e não houve risco de eliminação da concorrência no mercado²⁸⁵.

2.4 O CASO BOSMAN²⁸⁶

²⁷⁵ Decisão da Comissão de 11/06/1993, (93/403/CEE), L 179/23, Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31993D0403&from=EN>, acessado em 06/03/2017, parágrafo 26.

²⁷⁶ Idem, parágrafo 27.

²⁷⁷ Idem, parágrafos 45 e 47.

²⁷⁸ Idem, parágrafos 50 a 52.

²⁷⁹ Idem, parágrafos 27 e seguintes.

²⁸⁰ Idem, parágrafo 59.

²⁸¹ Ibidem.

²⁸² Idem, parágrafos 60 a 62.

²⁸³ Idem, parágrafo 68.

²⁸⁴ Idem, parágrafos 69 a 76.

²⁸⁵ Idem, parágrafo 90.

²⁸⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 15/12/1995, processo C-415/93, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-415/93&td=ALL>, acessado em 03/03/2017.

Em *Bosman*, a ECJ foi chamada a resolver questões prejudiciais pelas Cortes da Bélgica. Duas regras de organizações desportivas (regras de Federações nacionais, da UEFA e da FIFA) eram atacadas em relação às normas de livre movimentação e não discriminação por nacionalidade e perante as regras de Direito da Concorrência, tanto em face do art. 101 (1) quanto do art. 102 do TFUE.

A) Regras de transferência

A primeira regra atacada era em relação à transferência de jogadores entre Estados-Membros. Segundo esta, “um jogador profissional de futebol nacional de um Estado-Membro, no termo do contrato que o vincula a um clube, só pode ser contratado por um clube de outro Estado-Membro se este último pagar ao clube de origem uma indemnização de transferência, de formação ou de promoção.”²⁸⁷ Após o pagamento, segundo regulamento da FIFA, utilizado pela UEFA, a federação de origem remetia a federação de destino um certificado de desvinculação²⁸⁸.

Bosman, jogador de futebol, havia, no termo de seu contrato, rejeitado oferta do seu clube para prosseguir jogando por ele na Bélgica²⁸⁹. Assim, firmou contrato com um clube francês (*Dunkerque*). Tal contrato foi firmado sob condição suspensiva, passando a produzir efeitos a partir da entrega do certificado de desvinculação, quando do pagamento realizado pelo *Dunkerque*²⁹⁰.

Temendo a insolvência por parte do clube francês, a equipe belga (*RCL*) não solicitou o certificado de desvinculação à *Union Royale Belge des Sociétés de Football-Association (URBSA)*²⁹¹, ficando sem efeito a contratação de *Bosman*.

A despeito da alegação da UEFA de que a jurisprudência comunitária sempre respeitara a autonomia desportiva e que havia imensa dificuldade em distinguir aspectos econômicos e desportivos do futebol²⁹², o TJ recordou que em *Walvare* fora decidido que as regras comunitárias se aplicariam aos desportos, na medida em que elas fossem econômicas²⁹³.

²⁸⁷ *Idem*, parágrafo 114.

²⁸⁸ *Idem*, parágrafos 15 e 16.

²⁸⁹ *Idem*, parágrafos 28 e 29.

²⁹⁰ *Idem*, parágrafo 32.

²⁹¹ *Idem*, parágrafo 33.

²⁹² *Idem*, parágrafo 71.

²⁹³ *Idem*, parágrafo 72.

Em referência à Donà, o TJ reafirmou que o Direito Comunitário não se opõe à regulamentação ou práticas que possuam uma justificativa não econômica, inerentes à natureza e ao contexto específico de certos encontros, desde que mantidas dentro de seu próprio objeto²⁹⁴. Além, mostrou-se aberta a aceitar justificativas das entidades privadas assim como as dos Estados-Membros, relativas à ordem, segurança e saúde públicas²⁹⁵.

A justificativa das entidades para a regra de transferências foi a de que a regra serve para preservar a igualdade, manter o equilíbrio, a incerteza dos resultados, bem como incentivar o recrutamento e a formação de jogadores jovens²⁹⁶.

A Corte entendeu que, considerando a importância social que reveste os desportos²⁹⁷, os fins eram legítimos, mas que as regras de transferência não eram os meios adequados para preservar o equilíbrio financeiro e a igualdade de oportunidade entre as equipas²⁹⁸. Quanto à formação de jogadores jovens (uma das justificativas para as regras de transferência), dada à aleatoriedade, *i.e.*, a não previsibilidade de seu retorno financeiro, a corte entendeu, apesar do meio até poder ser adequado, que havia outros meios menos restritivos para o alcance da finalidade²⁹⁹.

A discriminação seria aceita apenas “se essas regras prosseguissem um objectivo legítimo compatível com o Tratado e se justificassem³⁰⁰ por razões imperiosas de interesse geral. Mas, mesmo em tal caso, seria necessário que a aplicação das referidas regras fosse adequada para garantir a realização dos seus objectivos e não ultrapassasse o necessário para os atingir”³⁰¹.

Portanto, concluiu o TJ que as regras desportivas sobre transferências contrariavam o Tratado CEE, por limitar o livre movimento de jogadores entre os Estados-Membros³⁰².

²⁹⁴ Idem, parágrafo 76.

²⁹⁵ Idem, parágrafo 86.

²⁹⁶ Idem, parágrafo 106.

²⁹⁷ Ibidem.

²⁹⁸ Idem, parágrafos 107 a 110.

²⁹⁹ Idem, parágrafo 110.

³⁰⁰ Os casos de discriminação pela nacionalidade julgadas em Walrave e Donà não parecem ter sido resolvidas com fulcro na justificação, mas por estarem fora do escopo do TFUE. Nesse sentido, STEPHEN WEATHERILL, <<European Football Law>>, in *European Sports Law: Collected Papers*, 2a ed, Asser Press, Oxford, 2014, p 72: “It is submitted that the crux is that such discrimination is lawful because it escapes the scope of application of the Treaty, not because it is ‘justified’. Regrettably, the Court in Bosman improperly employed the language of justification in this context, which implies that the discrimination falls within the scope of the Treaty, but is permissible according to the standards of EC law. The legal source of any such justification would be elusive and it is submitted that the Court’s terminology is inexact.”

³⁰¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 15/12/1995, processo C-415/93, parágrafo 104.

³⁰² Idem, parágrafo 114.

B) Limitação de nacionais de outro Estado-Membro

A segunda regra contestada por Bosman consistia na limitação de jogadores de outros Estados-Membros que poderiam jogar em uma equipe. Tratavam-se de “regras adoptadas por associações desportivas nos termos das quais, nos encontros das competições por elas organizadas, os clubes de futebol apenas podem fazer alinhar um número limitado de jogadores profissionais nacionais de outros Estados-Membros.”³⁰³

Assim como em Donà e Walrave, a Corte reconheceu que pode haver discriminação entre nacionais no contexto de regras desportivas, por exemplo, nos encontros entre seleções nacionais³⁰⁴. Todavia, a regra em questão não se aplicava aos encontros entre equipes nacionais, mas à generalidade dos jogos, e também não reconheceu haver um fator de identidade entre os jogadores de um clube e uma nacionalidade que pudesse justificar tal discriminação³⁰⁵.

Portanto, a ECJ entendeu que as regras que limitavam a participação de jogadores de outros Estados-Membros em jogos de equipes de um determinado Estado-Membro também violavam o Tratado CEE, sendo ilícitas³⁰⁶.

C) A violação ao Direito da Concorrência

Apesar da importância do julgado em razão da aplicação do Tratado, a ECJ decidiu não se manifestar sobre a violação dos artigos 101 e 102 do TFUE, alegando que “[u]ma vez que os dois tipos de regras que são objecto das questões prejudiciais são contrários ao artigo 48.º, o Tribunal entende que não é necessário pronunciar-se sobre a interpretação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado.”³⁰⁷

2.5 LEHTONEN³⁰⁸

Em Lehtonen, mais uma vez estava em causa uma ação que se baseava nas regras de não discriminação, livre movimentação dos trabalhadores e de concorrência. Todavia, novamente a ECJ não se pronunciou sobre o Direito da Concorrência, por entender que o

³⁰³ Idem, parágrafo 115.

³⁰⁴ Idem, parágrafo 127.

³⁰⁵ Idem, parágrafo 128 a 132.

³⁰⁶ Idem, parágrafo 137.

³⁰⁷ Idem, parágrafo 138.

³⁰⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13/04/2000, processo C-176/96, Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d574938be868ae4ce99099a24efc197b79.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLahf0?text=&docid=45242&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=263457>, acessado em 15/03/2017.

despacho de reenvio não apresentou indicações suficientes³⁰⁹, tais como informações quanto à natureza e ao número de empresas presentes no mercado em causa³¹⁰.

No caso, a Federação Internacional de Basquete (Fiba) possuía regulamento que proibia “aos clubes, após a data-limite fixada para a zona em causa, tal como definida pela Fiba, incluir na sua equipa jogadores que tivessem já jogado noutra zona da mesma zona durante a mesma época. Para a zona europeia, a data-limite de registo dos jogadores estrangeiros é fixada em 28 de Fevereiro.”³¹¹. Jogadores de outros países poderiam ser inscritos no campeonato até 31 de março de cada época³¹².

Para todos os jogadores estrangeiros, incluídos os de outros Estados-Membros da União Europeia, era necessário, para que pudessem atuar nos jogos, uma licença da Fiba³¹³. Lehtonen, finlandês, foi transferido para a Bélgica após a data limite para jogadores da mesma zona³¹⁴, não conseguindo a licença, o que ocasionou a punição de seu clube pela Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB) com a perda dos pontos dos jogos em que ele participara, culminando na dispensa do jogador para os jogos finais (“*play offs*”)³¹⁵.

A FRBSB justificou a regra questionada baseando-se na “regra puramente desportiva”, afirmando que os objetivos buscados pela data limite de transferência não possuíam interesse econômico³¹⁶. O objetivo era a garantia da regularidade das competições³¹⁷, já que transferências tardias, principalmente em competições com *playoffs*, modificavam o valor desportivo das equipes³¹⁸.

A Corte lembrou o decidido em Bosman, estabelecendo que “(...) as medidas tomadas pelas federações desportivas com o objectivo de garantir a boa evolução das competições não devem ir além do que é necessário para atingir o objectivo perseguido”³¹⁹.

O TJ, finalmente, determinou que o órgão jurisdicional de origem verificasse a justificativa apresentada quanto à sua necessidade³²⁰, e se a discriminação apenas interessaria

³⁰⁹ Idem, parágrafo 29

³¹⁰ Idem, parágrafo 28.

³¹¹ Idem, parágrafo 6.

³¹² Idem, parágrafo 10.

³¹³ Idem, parágrafo 11.

³¹⁴ Idem, parágrafo 12.

³¹⁵ Idem, parágrafo 13.

³¹⁶ Idem, parágrafo 52.

³¹⁷ Idem, parágrafo 53.

³¹⁸ Idem, parágrafos 54 e 55.

³¹⁹ Idem, parágrafo 56.

ao desporto como tal³²¹. Todavia, salvo se comprovada a justificativa, informou a Corte que a princípio as regras, ao estabelecer prazos diferentes para a transferência de jogadores da mesma zona e de zona diferente, vão além do necessário para o atingimento dos fins alegados³²².

2.6 DELIÈGE³²³

O caso Deliège é importante, pois coloca em questão se o desporto amador estaria ou não abrangido pelo Direito Comunitário.

Deliège era uma judoca belga que se dizia semiprofissional ou profissional, enquanto a Liga Belge de Judo (LBJ) alegava que na Europa o judô praticado era apenas o amador³²⁴.

Alegava a autora, *inter alia*, que a limitação do número de atletas que poderiam disputar competições de alto nível (no caso, o Torneio Internacional de Paris), bem como a forma de escolha desses atletas, estava a limitar o livre movimento dos prestadores de serviços, além de impactar as regras de livre concorrência³²⁵.

O caso fora referido pela Corte belga, para a resposta a “uma questão prejudicial relativa ao carácter ilícito das regras adoptadas pela UEJ quanto ao número limitado de atletas por federação nacional e quanto às autorizações federais para a participação em torneios individuais de categoria A”³²⁶ e “a questão prejudicial seguinte: ‘Um regulamento que exige que um atleta profissional, semiprofissional ou candidato a esse estatuto, tenha uma autorização ou seja seleccionado pela sua federação nacional para poder entrar numa competição internacional e que prevê quotas nacionais de inscrição ou competições daquele tipo, é ou não contrário ao Tratado de Roma...’³²⁷.

Mais uma vez, o TJ se absteve de julgar o caso em relação às regras do Direito da Concorrência, uma vez que o juiz de reenvio não especificara as características de mercado a

³²⁰ Idem, parágrafo 59.

³²¹ Idem, parágrafo 60.

³²² Idem, parágrafo 58.

³²³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 11/04/2000, processos apensos C-51/96 e C-191/97, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45229&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=284933>, acessado em 15/03/2017.

³²⁴ Idem, parágrafo 6.

³²⁵ Idem, parágrafos 9 e 10.

³²⁶ Idem, parágrafo 10.

³²⁷ Idem, parágrafo 16.

fim de permitir que o Tribunal analisasse a compatibilidade das regras atacadas com os artigos 101 e 102 do (hoje) TFUE³²⁸.

O TJ, confirmando Walrave e Bosman, afirmou que o Tratado deve ser aplicado na medida em que os desportos sejam atividades econômicas, mas reconhecem que ele possui uma importância social considerável para a Comunidade Europeia³²⁹. Ainda, confirma Donà, ao dizer que, em certos casos, poderá haver restrições em razão da nacionalidade do atleta³³⁰.

Sobre o amadorismo do desporto, o ECJ definiu que o importante é analisar se a atividade é ou não econômica, independentemente de sua classificação, afirmando que “[a] este respeito, importa salientar que a simples circunstância de uma associação ou federação desportiva qualificar unilateralmente como amadores os atletas que delas são membros não é, por si só, susceptível de excluir que estes exerçam actividades económicas na acepção do artigo 2.º do Tratado.”³³¹ Ademais, a noção de atividade econômica não pode ser interpretada restritivamente, uma vez que define o âmbito de aplicação de liberdades fundamentais do Tratado³³².

Ademais, um mesmo evento pode acarretar em diversas atividades, não havendo necessidade de que todas possuam caráter econômico para a aplicabilidade do Direito Comunitário³³³. De qualquer forma, a ECJ entendeu que a competência para analisar se no caso concreto havia uma atividade econômica era do juiz de origem³³⁴.

O TJ, ao final, considerou que a limitação imposta não feria o Direito Comunitário, pois: “(...) tal limitação é inerente ao decurso de uma competição desportiva internacional de alto nível, que implica forçosamente a adopção de certas regras ou de certos critérios de seleção (...)”³³⁵.

2.7 WOUTERS³³⁶

³²⁸ Idem, parágrafo 36.

³²⁹ Idem, parágrafo 41

³³⁰ Idem, parágrafo 42.

³³¹ Idem, parágrafo 46.

³³² Idem, parágrafo 52.

³³³ Idem, parágrafo 56. “A este respeito, deve dizer-se que as actividades desportivas e, nomeadamente, a participação de um atleta de alto nível numa competição internacional são susceptíveis de implicar a prestação de diversos serviços distintos, embora estreitamente interligados, que podem ser abrangidos pelo artigo 59.º do Tratado, mesmo que alguns destes serviços não sejam pagos por quem deles beneficia...”

³³⁴ Idem, parágrafo 59.

³³⁵ Idem, parágrafo 64.

³³⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 19/02/2002, processo C-309/99, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d607a51004fb6e45668859890127d3c8ad.e34Kax>

O caso *Wouters*, a princípio, em nada se relaciona com o desporto. Todavia, nele há um importante precedente que, na opinião de muitos doutrinadores³³⁷, serviu de base para o desenvolvimento mais recente da jurisprudência, principalmente a partir do caso *Meca-Medina* (2.8., *infra*). Por isso, faremos um resumo do caso, naquilo que importa ao posterior desenvolvimento jurisprudencial.

Resumidamente, o caso concernia a uma proibição³³⁸, realizada pelo Conselho de Vigilância da Ordem dos Advogados dos Países Baixos, Concelho de Roterdão, de que advogados trabalhassem em colaboração integrada com firmas de revisores de conta³³⁹.

Wouters, juntamente com outros advogados e revisores de contas, consideraram a vedação de sua associação uma restrição incompatível com as normas de Direito da Concorrência, do direito de estabelecimento e de livre prestação de serviços³⁴⁰.

O TJ, apesar de considerar que a proibição restringia a concorrência³⁴¹, alertou que uma restrição à concorrência “(...) não fica necessariamente sob a alçada da proibição constante do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Com efeito, para efeitos da aplicação desta disposição a um caso concreto, há que, antes de mais, atender ao contexto global em que a decisão da associação de empresas em causa foi tomada ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objectivos, ligados, no caso em apreço, à necessidade de conceber regras de organização, de qualificação, de deontologia, de controlo e de responsabilidade, que dão a necessária garantia de integridade e experiência aos consumidores finais dos serviços jurídicos e à boa administração da justiça(...)”³⁴².

Assim, o TJ considerou que: “(...) uma regulamentação nacional como o *Samenwerkingsverordening* 1993, adoptada por um organismo como a Ordem dos Advogados neerlandesa, não viola o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, dado que foi razoavelmente que esse organismo pôde considerar que a referida regulamentação, apesar dos

iLc3eQc40LaxqMbN4PahyOe0?text=&docid=46722&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=182336, acessado em 27/03/2017.

³³⁷ P. ex. ERIKA Szyszczak, *Competition and sport*, cit, p 4 e; STEPHEN WEATHERILL, <<Anti-Doping Rules and EC Law>>, in *European Sports Law: Collected Papers*, 2a ed, Asser Press, Oxford, 2014, p 283-293.

³³⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 19/02/2002, processo C-309/99, parágrafo 84: “Ora, a proibição em causa nos processos principais obsta a qualquer acordo contratual entre advogados e revisores de contas que estipule, qualquer que seja a sua forma, a partilha do poder de decisão, o compromisso de ceder em determinados casos uma parte do resultado ou a utilização de uma denominação comum, o que torna difícil qualquer forma de colaboração eficaz.”

³³⁹ Idem, parágrafos 2, 24 e 25.

³⁴⁰ Idem, parágrafo 30.

³⁴¹ Idem, parágrafo 94.

³⁴² Idem, parágrafo 97.

efeitos restritivos da concorrência que lhe são inerentes, é necessária para o bom exercício da profissão de advogado, tal como se encontra organizada no Estado-Membro em causa.”³⁴³

Portanto, o que o caso *Wouters* definiu é que há um certo balanceamento a ser feito também para a aplicação do art. 101 (1), e não apenas para o art. 101 (3)³⁴⁴. O TJ considerou que o ato não violava o art. 101 (1) TFUE por visar um fim legítimo, ser razoável, necessário e que os efeitos restritivos eram inerentes ao ato³⁴⁵.

2.8 MECA-MEDINA³⁴⁶

2.8.1 O caso

Meca Medina e Majcen eram nadadores de longa distância³⁴⁷ que foram flagrados no exame anti-doping no campeonato mundial de 1999³⁴⁸, por possuírem em seus corpos mais Nandrolona do que o permitido pelo regulamento do Comitê Olímpico Internacional (COI), adotado pela Federação Internacional de Natação (FINA)³⁴⁹.

Por conta disso, a FINA suspendeu das competições, em 08/08/1999, em estrito cumprimento de seu regulamento, os atletas por quatro anos³⁵⁰, sendo tal decisão mantida pela Corte Arbitral do COI³⁵¹.

Em janeiro de 2000, a comunidade científica descobriu que a Nandrolona pode ser produzida pelo próprio corpo humano, dependendo do consumo de certos alimentos³⁵². Assim, houve nova arbitragem, havendo diminuição da pena dos atletas para dois anos³⁵³.

³⁴³ Idem, parágrafo 110.

³⁴⁴ “It is equally difficult to dispute that the ECJ has regularly balanced the efficiency enhancing and restrictive effects of the agreement within art.101(1) TFEU. This is so in spite of the bold assertion to the contrary made in *Metropole Television*, where the GC held that such balancing must be confined to art.101(3) TFEU.79 *Wouters* and *Gøttrup-Klim* are cases that immediately come to mind when these issues are raised, but are by no means the only ones.” PABLO IBÁÑEZ COLOMO: Market Failures, Transaction costs and Article 101 (1) TFUE Case Law, Cit, p 554.

³⁴⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 19/02/2002, processo C-309/99, parágrafo 107.

³⁴⁶ Decisão da Comissão de 01/08/02, COMP/38158, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38158/38158_28_2.pdf, acessado em 06/04/2017.; Julgamento da Corte de Primeira Instância (atual GC) de 30/09/2004, processo T-313/02, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=84831&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=736660>, acessado em 06/04/2017; Acórdão do Tribunal de Justiça de 18/07/2006, processo C-519/04 P, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d55f740c9a83e048e88714d0fc1c046546.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLaxn0?text=&docid=57022&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=740658>, acessado em 06/04/2017.

³⁴⁷ Julgamento da Corte de Primeira Instância (atual GC) de 30/09/2004, processo T-313/02, parágrafo 7.

³⁴⁸ Idem, parágrafo 8.

³⁴⁹ Idem, parágrafo 2.

³⁵⁰ Idem, parágrafos 4 e 9.

³⁵¹ Idem, parágrafo 10.

Insatisfeitos com a sanção, os atletas recorreram à Comissão alegando a violação dos artigos 101 e 102 TFUE³⁵⁴, afirmando que a fixação do limite de 2 ng/ml de Nandrolona é prática concertada entre a FINA e os laboratórios por ela credenciados³⁵⁵; que o nível de 2 ng/ml era muito baixo, possibilitando a punição de inocentes³⁵⁶ e que o Tribunal Arbitral que julgara o recurso não possuía independência em relação ao COI³⁵⁷.

2.8.2 A decisão da Comissão

A Comissão, em sua decisão, estabeleceu que o COI pode ser considerado empresa ou uma associação de empresas para o fim do TFUE, a depender de sua atividade³⁵⁸. Todavia, as regras e práticas contestadas não pareciam pertencer à esfera de atividades econômicas do COI ou da FINA, tampouco à esfera dos artigos 101 e 102 TFUE³⁵⁹.

A Comissão, citando Wouters (item 2.7. *supra*), alegou que uma organização poderia adotar um regulamento, se razoável, que possuísse efeitos restritivos inerentes, desde que necessários ao bom desempenho da profissão (em Wouters, e das competições desportivas, para os fins de Meca-Medina)³⁶⁰.

Além de considerar que a necessidade de regras desportivas que combatam o doping é incontestável³⁶¹, a Comissão entendeu que o regulamento utilizado pelo COI e pela FINA é totalmente objetivo³⁶², uma vez que define a substância proibida, a quantidade e os métodos de prova e contraprova, além de estarem relacionadas ao bom desenvolvimento das competições desportivas³⁶³. As regras são, portanto, claras, transparentes, objetivas, justificáveis e não discriminatórias, não devendo a Comissão se substituir às entidades desportivas em tais questões³⁶⁴.

³⁵² Idem, parágrafo 11.

³⁵³ Idem, parágrafo 13.

³⁵⁴ Idem, parágrafo 15.

³⁵⁵ Idem, parágrafo 16.

³⁵⁶ Ibidem.

³⁵⁷ Ibidem.

³⁵⁸ Decisão da Comissão de 01/08/02, COMP/38158, parágrafo 37.

³⁵⁹ Idem, parágrafo 38.

³⁶⁰ Idem, parágrafos 43 e 44.

³⁶¹ Idem, parágrafo 45.

³⁶² Idem, parágrafo 46.

³⁶³ Idem, parágrafo 52.

³⁶⁴ Idem, parágrafo 50.

Portanto, as regras atacadas não violavam os artigos 101 e 102 do TFUE, sendo justificadas por visar manter a igualdade de chances entre os competidores, os valores éticos do desporto e a saúde dos atletas³⁶⁵.

2.8.3 A decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (General Court)³⁶⁶

Insatisfeitos com a derrota na Comissão, os atletas foram à GC, visando a anulação da sua decisão³⁶⁷⁻³⁶⁸. Argumentaram que houve três erros da Comissão, dos quais dois são atinentes ao Direito da Concorrência: a) errou em decidir que o COI não era empresa³⁶⁹; b) aplicou erradamente o precedente de *Wouters*, considerando que a restrição da liberdade dos atletas não traduzia uma violação ao TFUE, uma vez que inerente à organização e a devida condução das competições desportivas, além de não ultrapassar o critério da necessidade³⁷⁰.

A GC explica, com base na jurisprudência da ECJ, que o TFUE não é aplicável às regras puramente desportivas, pois tais não são econômicas³⁷¹. Vai adiante para exemplificar algumas regras que estariam em tal categoria, tais como a composição de times nacionais (*Walrave e Donà*), as regras de seleção de atletas para representar suas federações em competições (*Deliège*) e as regras do jogo³⁷². Assim sendo, importa discutir a natureza das regras antidoping.

Para a GC, a campanha antidoping possui objetivos puramente sociais e servem à preservação da saúde dos atletas³⁷³. Por isso, concerne exclusivamente a aspecto não econômico, mesmo no desporto profissional³⁷⁴. Portanto, as regras em discussão não se encontram no escopo do Direito da Concorrência³⁷⁵.

³⁶⁵ Idem, parágrafo 60.

³⁶⁶ À época, CFI (Court of First Instance).

³⁶⁷ Julgamento da Corte de Primeira Instância (atual GC) de 30/09/2004, processo T-313/02, parágrafo 26.

³⁶⁸ Comentou-se acima, que a Comissão, no parágrafo 37 de sua decisão, afirmou que o COI poderia ser empresa ou associação de empresa, a depender de sua atividade. Por isso, parece que houve uma interpretação divergente da decisão entre o presente trabalho e a petição dos advogados dos atletas. A própria Comissão (idem, parágrafo 33) cita o parágrafo 37 de sua decisão em contraponto ao argumento dos autores. No original: “37. Le CIO, dans la mesure où il organise les Jeux olympiques et exploite une série de droits qui en découlent, exerce des activités économiques, et pour ces activités il peut être qualifié d’entreprise. Au sein du mouvement olympique, le CIO semble pouvoir être qualifié comme une association d’associations internationales et nationales d’entreprises.” Neste mesmo sentido, a decisão do Tribunal de Justiça, parágrafos 38 e 39.

³⁶⁹ Idem, parágrafo 30.

³⁷⁰ Idem, parágrafo 31.

³⁷¹ Idem, parágrafo 41.

³⁷² Ibidem.

³⁷³ Idem, parágrafo 44.

³⁷⁴ Idem, parágrafo 45.

³⁷⁵ Idem, parágrafo 47.

As regras antidoping não seriam econômicas para fins do TFUE nem mesmo quando possuírem repercussões econômicas³⁷⁶. Assim, a alegação de excesso da sanção, desde que no apropriado objeto do combate ao doping, que traz consigo tais repercussões, não torna a regra em econômica nem a inclui no escopo do TFUE³⁷⁷.

Entendeu-se que, ainda que fosse provado que o COI apenas combate o doping por motivos econômicos, tal regra continuaria sendo puramente desportiva, pois é do interesse econômico de um órgão desportivo manter critérios justos de punição aos atletas que se utilizem do doping³⁷⁸.

Portanto, a alegação dos atletas de que o COI seria uma empresa para fins do TFUE é irrelevante³⁷⁹. Como referido no Capítulo 1 do presente trabalho, a classificação em empresa para fins do Direito da Concorrência é funcional, podendo uma mesma entidade ser considerada empresa ou não, a depender da atividade questionada. Sendo a regra antidoping atacada não econômica, prescindível imiscuir-se nas demais atividades do COI.

Na audiência perante o TJUE, a Comissão alegou que decidiu baseando-se na jurisprudência da ECJ acerca da “regra desportiva pura”, utilizando-se de Wouters apenas de forma subsidiária, pela necessidade de completude da fundamentação³⁸⁰.

Assim sendo, o TJUE entendeu que seria irrelevante discutir a aplicação do critério construído em Wouters, bem como a interpretação da Comissão acerca do caso, pois tal discussão pressupõe que as regras da concorrência são aplicáveis às regras atacadas no caso³⁸¹. Com efeito, em Wouters a atividade questionada era uma prática de mercado, o que não é o caso em Meca-Medina³⁸², não sendo aplicável o precedente³⁸³.

Pelos argumentos expostos, o TJUE entendeu pela improcedência dos pedidos autorais³⁸⁴.

2.8.4 A decisão da ECJ

³⁷⁶ Idem, parágrafos 52 e 53.

³⁷⁷ Idem, parágrafo 55.

³⁷⁸ Idem, parágrafo 58.

³⁷⁹ Idem, parágrafo 68.

³⁸⁰ Idem, parágrafo 62.

³⁸¹ Idem, parágrafo 68.

³⁸² Idem, parágrafo 65.

³⁸³ Idem, parágrafo 68.

³⁸⁴ Idem, parágrafo 69.

Meca-Medina e Majcen recorreram ao TJ, pedindo a anulação do julgamento do TJUE³⁸⁵. Alegaram quatro fundamentos principais³⁸⁶, que se desdobrariam em outros. O primeiro fundamento era que o TJUE havia errado na aplicação do Direito, ao considerar que a regulamentação antidoping não estava no escopo do TFUE; o segundo considerava um desvirtuamento na decisão controvertida; o terceiro é de que o julgamento era contraditório e a fundamentação parca; por último, teria havido uma violação ao direito de defesa³⁸⁷.

O Advogado Geral Phillippe Lèger considerou todos os argumentos infundados, opinando pela improcedência do recurso³⁸⁸.

O TJ, ao considerar os argumentos dos recorrentes, decidiu que “a simples circunstância de uma regra ter carácter puramente desportivo não exclui do âmbito de aplicação do Tratado a pessoa que exerce uma actividade regulada por essa regra ou o organismo que a instituiu.”³⁸⁹ Portanto, a GC cometera um erro de direito, ao considerar que uma regra, por ser puramente desportiva, já estaria fora do escopo dos arts. 101 e 102, sem verificação prévia se a regulamentação preenchia os requisitos destes artigos³⁹⁰, anulando a decisão da GC³⁹¹.

Quanto ao critério definido em Wouters, a ECJ se manifestou afirmando que “[q]ualquer acordo entre empresas ou qualquer decisão de uma associação de empresas que restrinja a liberdade de acção das partes ou de uma delas não fica necessariamente sob a alçada da proibição constante do artigo 81.º, n.º 1, CE. De facto, tendo em vista a aplicação desta disposição a um caso concreto, há que, antes de mais, atender ao contexto global em que a decisão da associação de empresas em causa foi tomada ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objectivos. Importa, em seguida, examinar se os efeitos restritivos da concorrência que daí decorrem são inerentes à prossecução dos referidos objectivos (acórdão Wouters e o já referido n.º 97) e se são proporcionados a esses objectivos.”³⁹²

³⁸⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18/07/2006, processo C-519/04 P, parágrafo 1.

³⁸⁶ Idem, parágrafo 16.

³⁸⁷ Ibidem.

³⁸⁸ Conclusões do Advogado Geral Phillippe Legèr, de 23/03/2006, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d55f740c9a83e048e88714d0fc1c046546.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLaxn0?text=&docid=56966&pageIndex=0&doclang=PT&mode=Ist&dir=&occ=first&part=1&cid=740658>, acessado em 06/04/2017, parágrafos 17, 18, 25, 35, 54.

³⁸⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18/07/2006, processo C-519/04 P, parágrafo 27.

³⁹⁰ Idem, parágrafo 33.

³⁹¹ Idem, parágrafo 34.

³⁹² Idem, parágrafo 42.

Ou seja, o acordo não deve ser considerado apenas em abstrato, devendo-se respeitar ao contexto global³⁹³ no qual inserido. No caso, a ECJ entendeu que a Comissão agira corretamente ao considerar que o objetivo global da regulamentação era o de combate ao doping, a manutenção da lealdade da competição desportiva, a igualdade de oportunidade entre os atletas, a preocupação com sua saúde, além dos valores éticos promulgados pelo desporto³⁹⁴.

Além disso, entendeu pela necessidade da regulamentação de sanções aos atletas para assegurar o cumprimento das medidas antidoping³⁹⁵, sendo seus efeitos restritivos, “em princípio, inerente às regras antidopagem.”³⁹⁶ Mesmo que tivesse um efeito restritivo, um acordo ou decisão de empresas não violaria o art. 101 (1) TFUE se fosse justificada por um objetivo legítimo³⁹⁷, como no caso, pois a limitação era inerente ao bom desenrolar das competições desportivas³⁹⁸.

Apesar de entender que não era o caso da regulamentação do COI³⁹⁹, a ECJ deixou claro que poderia intervir em regulações desportivas, se estas fossem injustificadas ou excessivas, caso estabelecidas além do necessário para o atingimento de seus fins legítimos⁴⁰⁰⁴⁰¹, pois “o carácter repressivo da regulamentação antidopagem controvertida e a importância das sanções aplicáveis em caso de violação desta são susceptíveis de produzir efeitos negativos na concorrência, uma vez que, caso essas sanções se revelem infundadas, podem levar à exclusão injustificada do atleta das competições e, como tal, falsear as condições do exercício da actividade em causa.”⁴⁰²

Portanto, apesar de entender que as regras do Direito da Concorrência podem ser aplicáveis a decisões aparentemente puramente desportivas, a ECJ, por considerar que a regulamentação atacada possuía um fim legítimo, que os efeitos restritivos eram a si inerentes, e que “não ultrapassavam o necessário para assegurar o desenrolar e o bom

³⁹³ Idem, parágrafo 43.

³⁹⁴ Ibidem.

³⁹⁵ Idem, parágrafo 44.

³⁹⁶ Ibidem.

³⁹⁷ Idem, parágrafo 45.

³⁹⁸ Ibidem.

³⁹⁹ Idem, parágrafo 53.

⁴⁰⁰ Idem, parágrafo 48.

⁴⁰¹ Idem, parágrafo 47.

⁴⁰² Ibidem.

funcionamento das competições desportivas”⁴⁰³, decidiu que não havia uma violação ao art. 101 (1) TFUE por parte do COI⁴⁰⁴.

2.9 PIAU⁴⁰⁵⁻⁴⁰⁶

A FIFA previa que os agentes de jogadores de futebol, para que pudessem atuar no mercado, precisariam de uma licença passada por esta instituição⁴⁰⁷, ficando tais agentes vinculados às suas regras e regulamentos.

Em 20/05/1994, a FIFA adotou um regulamento⁴⁰⁸ que “submetia o exercício desta profissão à posse de uma licença emitida pela associação nacional competente e reservava a actividade em causa às pessoas singulares (artigos 1.º e 2.º). O processo prévio à obtenção da licença previa uma entrevista para verificação dos conhecimentos, em especial jurídicos e desportivos, do candidato (artigos 6.º, 7.º e 8.º). Este ficava igualmente sujeito a determinadas incompatibilidades e a condições de moralidade, designadamente a de não ter condenações criminais anteriores (artigos 2.º, 3.º e 4.º). Devia, além disso, prestar uma caução bancária de 200 000 francos suíços (CHF) (artigo 9.º). As relações entre o agente e o jogador deviam obrigatoriamente ser reguladas por um contrato com uma duração máxima de dois anos, renováveis (artigo 12.º)”⁴⁰⁹. Ademais, havia um regime de sanção para os agentes⁴¹⁰.

Piau, um agente de jogadores de futebol, entendeu que tal regulamento, *inter alia*, restringia a concorrência no mercado de agentes de futebol⁴¹¹. Por isso, em 23/03/1998, apresentou uma denúncia à Comissão⁴¹².

Como já ocorrera um procedimento iniciado pela Comissão⁴¹³, a FIFA em 10/12/2000 adotou um novo regulamento, a fim de eliminar os regramentos restritivos da concorrência⁴¹⁴.

⁴⁰³ Idem, parágrafo 54.

⁴⁰⁴ Idem, parágrafos 56 e 60.

⁴⁰⁵ Não analisaremos a decisão do ECJ no processo C-171/05 que se limitou a manter a decisão da GC.

⁴⁰⁶ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26/01/2005, processo T-193/02, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49878&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=376649>, acessada em 19/04/2017.

⁴⁰⁷ Idem, parágrafo 4.

⁴⁰⁸ Idem, parágrafo 5.

⁴⁰⁹ Idem, parágrafo 6.

⁴¹⁰ Idem, parágrafo 7.

⁴¹¹ Idem, parágrafo 8.

⁴¹² Ibidem.

⁴¹³ Idem, parágrafo 10.

⁴¹⁴ Idem, parágrafo 13.

O novo regulamento da FIFA mantém a necessidade de licença, reservada às pessoas físicas, emitida pela associação nacional. O agente deveria ter perfeita reputação e se submeter a um exame escrito, além de contratar um seguro de responsabilidade civil profissional ou apresentar uma garantia bancária.⁴¹⁵. Ademais, o prazo máximo de contrato entre um atleta e um agente seria de dois anos, renovável e na falta de estipulação, a comissão do agente seria de 5% do salário bruto do jogador⁴¹⁶. Por último, manteve-se um regime de sanções para os agentes que não cumprissem o Regulamento da FIFA⁴¹⁷.

Com o novo regulamento, a Comissão entendeu que não havia mais interesse Comunitário na denúncia de Piau, pois a FIFA teria eliminado os aspectos restritivos da concorrência⁴¹⁸. Piau, entendendo de forma diversa, manteve sua denúncia⁴¹⁹, que foi rejeitada⁴²⁰, dando ensejo ao recurso ao TJUE, ora examinado.

No recurso, Piau alegou, entre outras coisas, que a Comissão fez uma apreciação errada do regulamento da FIFA aplicável aos agentes de jogadores⁴²¹. A obrigação de cumprimento dos regulamentos da FIFA seria um entrave à concorrência⁴²². A remuneração dos agentes de jogadores em 5% do salário bruto seria uma fixação de preços.⁴²³ O código deontológico deixaria margem para soluções arbitrárias⁴²⁴. Ademais, o regulamento não preencheria nenhuma das condições de isenção do art. 101 (3) TFUE⁴²⁵. Além, Piau alegou que a FIFA estava em posição dominante e teria abusado desta⁴²⁶.

A Comissão, por sua vez, alegou que o regulamento visa proteger os jogadores de futebol e garantir a qualificação dos agentes.⁴²⁷ As restrições seriam justificadas, indispensáveis e proporcionais, levando em conta as especificidades dos desportos⁴²⁸. “A disposição relativa à remuneração do agente mais não é do que uma disposição subsidiária (...) [o] contrato-tipo (...) não entrava a liberdade das partes e a limitação da sua duração a dois anos é favorável à concorrência. (...) [a]s regras deontológicas, que poderiam justificar-se

⁴¹⁵ Idem, parágrafo 14.

⁴¹⁶ Idem, parágrafo 15.

⁴¹⁷ Idem, parágrafo 16.

⁴¹⁸ Idem, parágrafo 19.

⁴¹⁹ Idem, parágrafo 21.

⁴²⁰ Idem, parágrafo 22.

⁴²¹ Idem, parágrafo 55.

⁴²² Ibidem.

⁴²³ Ibidem.

⁴²⁴ Ibidem.

⁴²⁵ Idem, parágrafo 56.

⁴²⁶ Idem, parágrafo 57.

⁴²⁷ Idem, parágrafo 61.

⁴²⁸ Ibidem.

pelo interesse geral, são proporcionadas e compatíveis com o direito comunitário da concorrência. Finalmente, o carácter obrigatório do regulamento e as sanções que prevê são inerentes à existência de uma regulamentação.”⁴²⁹ Além, o Regulamento preenchia os requisitos do art. 101 (3) TFUE.⁴³⁰

A FIFA, *inter alia*, alegou que não era uma associação de empresas, e que os efeitos restritivos de sua regulamentação não eram sensíveis⁴³¹. Sobre este aspecto, o TJUE considerou: “é ponto assente que a FIFA tem como membros associações nacionais que agrupam clubes para os quais a prática do futebol constitui uma atividade económica. Estes clubes de futebol são, por consequência, empresas na acepção do artigo 81.º CE, e as associações nacionais de que fazem parte são associações de empresas na acepção da mesma disposição.”⁴³² Além, o regulamento é uma decisão de empresas para fins do Direito da Concorrência⁴³³.

A FIFA pugnou pela inaplicabilidade do art. 102, por não se tratar de uma empresa dominante para fins do TFUE, uma vez que sua atividade regulamentar não seria económica, não configurando uma atuação de mercado⁴³⁴. A GC, por sua vez, determinou que os clubes possuem uma posição dominante coletiva no mercado⁴³⁵. A FIFA, por ser emanção das associações nacionais e dos clubes, atua no mercado através desses membros, possuindo também uma posição dominante para os fins do art. 102 TFUE⁴³⁶.

O TJUE, apesar de considerar aplicável tanto o art. 101 quanto o art. 102, desconsiderando a exceção da regra desportiva pura⁴³⁷ e, a despeito de reconhecer erro de direito na decisão da Comissão⁴³⁸, negou provimento ao recurso de Piau⁴³⁹, uma vez que, quanto ao art. 101 (1): a) O prazo máximo de 02 anos de contrato gera fluidez na concorrência e não restrição⁴⁴⁰; b) As sanções presentes no regulamento não são excessivas⁴⁴¹; c) Piau não

⁴²⁹ Ibidem.

⁴³⁰ Idem, parágrafo 62.

⁴³¹ Idem, parágrafo 65.

⁴³² Idem, parágrafo 69.

⁴³³ Idem, parágrafo 75.

⁴³⁴ Idem, parágrafo 67.

⁴³⁵ Idem, parágrafo 114.

⁴³⁶ Idem, parágrafos 114, 115, 116.

⁴³⁷ Idem, parágrafos 73 e 105.

⁴³⁸ Idem, parágrafo 119.

⁴³⁹ Idem, parágrafo 121.

⁴⁴⁰ Idem, parágrafo 93.

⁴⁴¹ Idem, parágrafo 94. Sobre as sanções: “É instituído um regime de sanções aplicáveis aos clubes, aos jogadores e aos agentes. A todos são aplicáveis, em caso de infração das regras supracitadas, as sanções de admoestação, de repreensão e de advertência, bem como multas (artigos 15.º, 17.º e 19.º). Aos agentes de

demonstrou os efeitos restritivos da concorrência, que pudessem conduzir à violação do Direito Comunitário⁴⁴²; d) A necessidade de licença é de fato restritiva, só podendo ser justificada pelo art. 101 (3)⁴⁴³, o que, segundo a GC, ocorreu⁴⁴⁴.

Quanto ao artigo 102: “(...) no que se refere ao alegado abuso de posição dominante, resulta das análises que precedem relativamente ao regulamento modificado e à isenção de que poderia beneficiar ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE que esse abuso não está demonstrado. Com efeito, verificou-se que este regulamento não impunha restrições quantitativas ao acesso à actividade de agente de jogadores prejudiciais à concorrência, mas restrições qualitativas que podem, nas circunstâncias actuais, ser justificadas. Os abusos de posição dominante decorrentes, segundo o recorrente, das disposições do regulamento, não estão, assim, demonstrados e a sua argumentação deve, neste ponto, ser rejeitada.”⁴⁴⁵ “(...)Assim, apesar do erro de direito cometido pela Comissão ao considerar que o artigo 82.º CE não era aplicável, a sua aplicação não poderia, de qualquer forma, ter conduzido à determinação de um abuso de posição dominante devido às outras conclusões tiradas correctamente da análise do regulamento.”⁴⁴⁶

2.10 MOTOE⁴⁴⁷

MOTOE é uma associação sem fins lucrativos que organiza competições de motociclismo⁴⁴⁸ e pretendia realizar alguns eventos em território grego.

O Código da Estrada Grego, todavia, exigia que esse tipo de competição fosse autorizado pelo Ministério competente⁴⁴⁹, após parecer favorável do Clube Helênico de Automobilismo e Turismo (“ELPA”)⁴⁵⁰.

jogadores pode ainda ser aplicada a suspensão ou a cassação da licença (artigo 15.º). Os jogadores podem ser suspensos por um período máximo de doze meses (artigo 17.º). Os clubes são igualmente passíveis de medidas de suspensão e de proibição de transferências, com uma duração mínima de três meses (artigo 19.º). Podem ser aplicadas multas aos agentes de jogadores e aos clubes. No que se refere aos agentes de jogadores, o montante da multa não é precisado, como no regulamento inicial, ao passo que, para os jogadores e os clubes, passam a ser previstos montantes mínimos, respectivamente, de 10 000 CHF e de 20 000 CHF (artigos 15.º, 17.º e 19.º). Todas as sanções são cumuláveis (artigos 15.º, 17.º e 19.º).

Os litígios são da competência da associação nacional competente ou da «comissão do estatuto do jogador» (artigo 22.º). Medidas transitórias permitem a validação das licenças concedidas ao abrigo do antigo regulamento (artigo 23.º). São igualmente anexos ao regulamento modificado um código deontológico e um contrato-tipo de mediação (respectivamente, anexos B e C).”

⁴⁴² Idem, parágrafos 96, 97, 98 e 99.

⁴⁴³ Idem, parágrafo 101.

⁴⁴⁴ Idem, parágrafos 103 e 104.

⁴⁴⁵ Idem, parágrafo 117.

⁴⁴⁶ Idem, parágrafo 119.

⁴⁴⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 01/07/2008, processo C-49/07, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-49/07>, acessado em 15/05/2017.

⁴⁴⁸ Idem, parágrafo 4.

A ELPA, associação sem fins lucrativos, organizava eventos desportivos e era a representante da Grécia na Federação Internacional de Motociclismo (“FIM”)⁴⁵¹. Assim, além de ser incumbida pelo Estado de dar parecer sobre os eventos de motociclismo em território grego, a ELPA também organizava seus próprios eventos⁴⁵².

Em 13/02/2000, a MOTOE submeteu o seu pedido a fim de obter um parecer favorável da ELPA⁴⁵³. Porém, em agosto do mesmo ano, o Ministério competente informou que a ELPA não havia passado qualquer parecer sobre as competições a serem realizados pela MOTOE⁴⁵⁴.

A MOTOE, considerando a ilegalidade do indeferimento tácito de seu pleito, recorreu às Cortes gregas⁴⁵⁵, alegando, no que tange à concorrência, a violação do art. 102 TFUE, uma vez que a legislação nacional, ao permitir que a ELPA organizasse eventos e que concedesse parecer vinculante sobre os eventos de seus concorrentes, criava um monopólio nesse setor⁴⁵⁶.

O Tribunal grego submeteu ao TJ questão prejudicial para saber se a atividade da ELPA estava no âmbito de aplicação do TFUE, bem como, caso aplicável, se a norma do Código da Estrada era compatível com o art. 102 TFUE.

Discutiui-se se uma associação que presta atividades econômicas e não econômicas ao mesmo tempo, submetia-se ou não ao TFUE. Como explicado no Capítulo 1, utilizou-se o critério funcional para decidir pela aplicabilidade⁴⁵⁷: “(...) 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 (...)”⁴⁵⁸. Ademais, o caráter desportivo da demanda não a exclui do escopo do TFUE⁴⁵⁹.

Decidindo pela aplicabilidade em tese do Direito da Concorrência, em especial do art. 102 TFUE, a ECJ entendeu que o Tribunal *a quo* é quem deveria decidir se havia ou não

⁴⁴⁹ Idem, parágrafo 3.

⁴⁵⁰ Idem, parágrafo 6.

⁴⁵¹ Ibidem.

⁴⁵² Idem, parágrafos 12, 19, 29, 50 e 51.

⁴⁵³ Idem, parágrafo 5.

⁴⁵⁴ Idem, parágrafo 10.

⁴⁵⁵ Idem, parágrafo 11.

⁴⁵⁶ Idem, parágrafo 12.

⁴⁵⁷ Idem, parágrafo 29.

⁴⁵⁸ Idem, parágrafo 25.

⁴⁵⁹ Idem, parágrafo 22.

posição dominante por parte da ELPA⁴⁶⁰. Todavia, ficou bem claro que a ECJ considerou as duas atividades exercidas pela ELPA incompatíveis: “[i]mporta acrescentar que uma empresa pode ser colocada em tal posição [dominante] quando lhe são concedidos direitos especiais ou exclusivos que lhe permitem determinar se e, eventualmente, em que condições outras empresas podem aceder ao mercado em causa e aí exercerem as suas atividades.”⁴⁶¹

Além, a ECJ enfatizou que: “(...) um Estado-Membro viola as proibições estabelecidas nestas duas disposições quando a empresa em causa seja levada, pelo simples exercício dos direitos especiais ou exclusivos que lhe foram atribuídos, a explorar a sua posição dominante de modo abusivo ou quando esses direitos possam criar uma situação em que essa empresa seja levada a cometer esses abusos (...)”⁴⁶². “De todo o modo, há violação dos artigos 82.º CE e 86.º n.º 1, CE quando uma medida imputável a um Estado-Membro, e designadamente a que pela qual este atribui direitos especiais e exclusivos na acepção desta última disposição, cria um risco de abuso de posição dominante (...)”⁴⁶³.

Portanto, podemos entender que a legislação grega violava o Direito da Concorrência⁴⁶⁴, “[c]om efeito, um sistema de concorrência não falseada (...) só pode ser garantido se a igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores for garantida. Confiar a uma pessoa colectiva como o ELPA, que organiza e explora comercialmente ela própria competições de motociclos, a incumbência de dar à administração competente um parecer favorável sobre os pedidos de autorização apresentados com vista à organização de tais competições, significa, *de facto*, conferir-lhe o poder de designar as pessoas autorizadas a organizar as referidas competições bem como de fixar as condições em que estas últimas são organizadas, atribuindo, assim, a esta entidade, uma vantagem evidente sobre os seus concorrentes (...) [e]sse direito pode, assim, levar a empresa que dele dispõe a impedir o acesso ao mercado em questão aos outros operadores (...)”⁴⁶⁵“Além disso, tal

⁴⁶⁰ Idem, parágrafo 36.

⁴⁶¹ Idem, parágrafo 38.

⁴⁶² Idem, parágrafo 49.

⁴⁶³ Idem, parágrafo 50.

⁴⁶⁴ De fato, foi essa a resposta do TJ: “Atendendo às considerações que precedem, há que responder às questões submetidas que uma pessoa colectiva cujas actividades consistem não só em participar nas decisões administrativas que autorizam a organização de competições de motociclos mas também em organizar ela própria tais competições e em celebrar nesse âmbito contratos de patrocínio, de publicidade e de seguro é abrangida pelo âmbito de aplicação dos artigos 82.º CE e 86.º CE. Estes artigos opõem-se a uma legislação nacional que confere a uma pessoa colectiva, que organiza competições de motociclos e celebra nesse âmbito contratos de patrocínio, de publicidade e de seguro, o poder de emitir um parecer favorável sobre os pedidos de autorização apresentados com vista à organização de tais competições, sem que esse poder esteja sujeito a limites, obrigações e controlo.” Idem, parágrafo 53.

⁴⁶⁵ Idem, parágrafo 51.

regulamentação, (...) pode levar a pessoa colectiva encarregada de dar esse parecer favorável a falsear a concorrência, favorecendo as competições que ela própria organiza ou aquelas em que a sua organização participa.”⁴⁶⁶

⁴⁶⁶ Idem, parágrafo 52.

CAPÍTULO 3 – A CONCORRÊNCIA E O DESPORTO

3.1 A ESPECIALIDADE DO DESPORTO

A jurisprudência europeia, como visto, reconhece que o desporto possui peculiaridades que o torna de certa forma especial em relação aos demais setores econômicos.

Demostrou-se no Capítulo 1 que a especialidade de certos setores da economia, quando relacionada a atividades de caráter solidário ou conectadas com o poder público, chega a ser suficiente para a exclusão dessas atividades do escopo do Direito da Concorrência.

Todavia, desde Walrave, decidiu-se que os desportos encontravam-se no âmbito de aplicabilidade do TFUE, apesar da discussão de aplicação ou não quando estivesse em jogo regras puramente desportivas.

Quanto à especialidade propriamente dita, pode-se pensar em dois parâmetros distintos, mas interdependentes, apesar de não se encontrarem claramente distinguidos na jurisprudência: a) a especialidade socioeconômica e cultural e; b) a especialidade no que tange ao jogo da concorrência, e consequentemente à aplicabilidade do Direito da Concorrência.

A) Quanto à especificidade socioeconômica e cultural

A Comissão já reconheceu o papel essencial que o desporto ocupa na Europa⁴⁶⁷, possuindo uma dimensão educativa, capacidade para melhoria da saúde dos cidadãos, além de exercer função social, cultural e recreativa.⁴⁶⁸⁻⁴⁶⁹

Neste mesmo sentido, a Declaração de Nice⁴⁷⁰ prevê que “(...) a Comunidade deve ter em conta, embora não disponha de competências directas neste domínio, as funções sociais, educativas e culturais do desporto, fundamento da sua especificidade, a fim de respeitar e de promover a ética e a solidariedade necessárias à preservação da sua função social”⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ Livro Branco do Deporto, 2007, p. 1.

⁴⁶⁸ Idem, p. 3.

⁴⁶⁹ Neste mesmo sentido: PHILIP KIENAPFEL e ANDREAS STEIN, “The application of Articles 81 and 82 EC in the sport sector”. 2007. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2007_3_6.pdf, acessado em 05/09/2016.

⁴⁷⁰ Declaração de Nice de 7, 8 e 9 de dezembro de 2000, disponível em https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/jmm_MA_8241.pdf, acessado em 05/06/2017.

⁴⁷¹ Idem, número 1.

O Livro Branco da Comissão ainda aponta a importância do desporto para promover a cidadania, a luta contra o racismo, o desenvolvimento econômico e a paz⁴⁷².

Tal especificidade, por mais que reconhecida, não serve, como estudado no Capítulo 2, para isentar os desportos e as associações completamente das regras Comunitárias⁴⁷³. Todavia, as Cortes europeias levam em conta metas de políticas públicas em sua avaliação, tal como demonstrado em Wouters e Meca Medina⁴⁷⁴.

B) Quanto à especificidade concorrencial

O desporto possui especificidades também no que tange ao jogo da concorrência, seja pela disputa entre as empresas, seja em relação à organização das associações, federações e confederações.

Primeiramente, considerando para fins do TFUE cada atleta ou time profissional como empresa, um evento desportivo depende do confronto entre duas ou mais empresas. Essa interdependência é um ponto fulcral na distinção entre o desporto e os demais setores econômicos⁴⁷⁵.

Por serem interdependentes, os clubes não possuem como meta excluir seus concorrentes do mercado, pois eles precisam de adversários à altura⁴⁷⁶. Ademais, para que haja interesse do espectador, deve haver certo equilíbrio entre as empresas⁴⁷⁷, mantendo-se a imprevisibilidade dos resultados⁴⁷⁸. Por isso, a cooperação entre os agentes desportivos tende

⁴⁷² Livro Branco, pp 1-10. Também reconhece as especificidades dos desportos o TFUE, em seu Art. 165, número 1: “(...) A União contribui para a promoção dos aspectos europeus do desporto, tendo simultaneamente em conta as suas especificidades, as suas estruturas baseadas no voluntariado e a sua função social e educativa.

⁴⁷³ Idem, p. 15.

⁴⁷⁴ CHRISTOPHER TOWNLEY, “*Is anything more important than Consumer Welfare (in Article 81EC)? Reflections of a Community Lawyer*”, in Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol. 10, p. 345, 2008, p 357, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1358646, acessado em 20/06/2017: “Note that the public policy goal in *Wouters* was a Member State goal, but (in a similar way) Community goals have also been balanced within Article 81 EC. *Meca-Medina* involved challenges to anti-doping tests carried out in 1999 during the long-distance swimming World Cup, when Mr Meca-Medina and Mr Majcen tested positive for Nandrolone (...)”

⁴⁷⁵ Anexo ao Livro Branco do Desporto de 2007, p. 33.

⁴⁷⁶ STEPHEN WEATHERILL, <<Sports Under EC Competition Law and US Antitrust Law>>, in *European Sports Law: Collected Papers*, 2a ed, Asser Press, Oxford, 2014, p 155. “(...) Participants in a sports league, however, are interdependent. The clubs do not have the aim of driving their competitors from the market. They need credible rivals.”

⁴⁷⁷ Anexo ao Livro Branco do Desporto de 2007, p. 33. No mesmo sentido, Livro Branco, op. cit. p. 14.

⁴⁷⁸ Ibidem.

a ser mais comum, enquanto práticas excludentes, vindas dos times e dos atletas, sejam desprovidas de incentivo econômico⁴⁷⁹.

Levando-se em conta tal interdependência, é possível ter como legítimas regras de distribuição de riqueza entre os competidores⁴⁸⁰, ou a proibição da mesma pessoa ou empresa ser dona ou acionista de mais de um clube, para manter a imprevisibilidade do resultado⁴⁸¹. Sempre levando-se em conta que a competição no mercado desportivo não é a mesma dos demais setores da economia⁴⁸².

Ademais, torna-se necessário para que haja uma competição desportiva a existência de regras compartilhadas entre os competidores, geralmente advinda de uma associação desportiva ou órgão similar, como por exemplo o tamanho do campo ou da quadra, o tempo de duração da partida, o uniforme a ser utilizado, a composição da bola, da raquete, etc⁴⁸³.

Portanto, a especialidade do desporto é reconhecida, tanto em relação a metas de políticas públicas europeias, devido ao seu especial posicionamento na ótica socioeconômica e cultura, como no desenvolver do jogo da concorrência.

3.2 A “REGRA PURAMENTE DESPORTIVA”

Desde Walrave, as cortes europeias levaram em conta a especificidade dos desportos (item 3.1. *supra*) para afirmar que havia uma exceção à aplicação do Direito da Concorrência⁴⁸⁴, quando se tratasse de regra puramente desportiva, ou seja, “(...) uma questão

⁴⁷⁹ Comentado um caso ocorrido na Liga Escocesa, no qual dez times que juntos somavam 20% dos ganhos, ameaçaram abrir sua própria liga, contra a vontade dos dois maiores times, que contavam com 80% do market share: STEPHEN WEATHERILL, <<Fair Play Please!: Recent Developments in the Application of EC Law to Sport>>, in *European Sports Law: Collected Papers*, 2a ed, Asser Press, Oxford, 2014, p 204: “Rangers and Celtic far exceed the other football clubs in Scotland in the number of people who regard them as ‘their team’, but they depend on finding parties willing to supply that crucial extra element in the sporting bargain – opposition – to lend commercial and Sporting purpose to their very existence. In this sense less popular teams in a professional league may have considerably more commercial leverage in their dealings with the ‘bigger names’ than one would suppose from a simple reading of turnover figures. In fact, one cannot carve up market shares in football the way one would in widget production. If smaller widget producers quit the market, the more powerful firms will typically simply cheerfully seize their market share.”

⁴⁸⁰ Ibidem.

⁴⁸¹ Ibidem.

⁴⁸² RICHARD PARRISH, *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester, Manchester University Press, 2003, p. 118.

⁴⁸³ ALFONSO RINCÓN, “EC Competition and Internal Market Law: On the Existence of a Sporting Exemption and its Withdrawal”, *JCER*, volume 3, número 3, 2007, pp. 224-237, p 225.

⁴⁸⁴ AN VERMEERSCH, <<All’s Fair in Sport and Competition? The Application of EC Competition Rules to Sport>>. *JCER*, volume 3, número 3, 2007, pp. 238-254. p. 238.

que unicamente diz respeito ao desporto e, como tal, é alheia à atividade económica”⁴⁸⁵, desde que limitada ao seu próprio objeto⁴⁸⁶.

Todavia, tal conceito se mostrou difícil de definir e elusivo⁴⁸⁷ ao longo da construção da jurisprudência europeia. As cortes nunca deram uma indicação clara dos pressupostos que o ato deveria conter para que fosse beneficiado pela exceção da regra desportiva pura⁴⁸⁸, nem mesmo se o fundamento da exceção era o fato das regras desportivas não serem econômicas, como em Walrave, ou se baseava-se nos interesses dos órgãos desportivos, prescindindo-se da análise dos efeitos econômicos^{489/490}.

Até Meca-Medina, a postura adotada pelas cortes foi a de presunção de existência da exceção da regra desportiva pura. A Comissão Europeia adotou uma postura não interventiva em relação aos desportos, como foi afirmado pelo então Comissário da concorrência Mario Monti: “[n]ossa intenção é de intervir o mínimo possível e apenas intervir, quando justificável, nos aspectos comerciais dos desportos. Regras desportivas tais como a forma como os campeonatos são organizados, a forma que um técnico estrutura seu time de futebol, como o árbitro decide em campo, se um judoca é selecionado para apresentar seu país nas Olimpíadas ou a suspensão de um nadador por ter utilizado substâncias de doping não interessam ao departamento de concorrência da Comissão e quando recebemos reclamações, rejeitámo-las.” (tradução livre).⁴⁹¹

⁴⁸⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 12/12/1974, processo 36/74, op cit. parágrafo 8.

⁴⁸⁶ Idem, parágrafo 9.

⁴⁸⁷ AN VERMEERSCH, <<All’s Fair in Sport and Competition? The Application of EC Competition Rules to Sport>>, op. cit. p. 238.

⁴⁸⁸ ALFONSO RINCÓN, “EC Competition and Internal Market Law: On the Existence of a Sporting Exemption and its Withdrawal”, op. cit. p 226.

⁴⁸⁹ Idem, p. 227.

⁴⁹⁰ “The Court has, however, justifiedly been criticized for not giving a clear answer, either in the Walrave judgment or in the Donà judgment, to the questions submitted to it. Neither the basis of the ‘exception’ nor its extent can be deduced with certainty from the judgments. According to the wording of the two judgments — which speak of a ‘restriction on the scope’ of Community law — it appears to be a sort of limited exception as to scope. It is plain, however, that in those judgments the Court expressed the view that rules which prescribe that only players who possess the nationality of a State can play in that country’s national team are consistent with Community law. That conclusion appears obvious and convincing, but is not easy to state the reasons for it. In view in particular of the fact that matches between national teams — as in the football World Cup — nowadays indeed have considerable financial significance, it is hardly still possible to assume that this is not (or not also) economic activity(...)”. Opinião do Advogado Geral Lenz, no caso Bosman, parágrafo 139, disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=99458&doclang=EN>, consultado em 09/07/2017.

⁴⁹¹ MARIO MONTI, COMPETITION AND THE CONSUMER: What are the aims of European Competition Policy?, 26/02/2002. disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-02-79_en.pdf, acessado em 12/07/2017. Original: “Our intention is to intervene as little as possible and to intervene only and when justified in the commercial aspects of sport. 5 Sporting regulations such as the way championships are organised, the way a coach structures his football team, how a referee rules the field, whether a judo player is selected to represent his or her country at the Olympic Games or the suspension of a swimmer for having taken doping substances is

No “The Helsinki Report on Sport”, afirmou-se que estariam excepcionadas do TFUE as regras desportivas sem as quais os desportos não poderiam existir, ou as necessárias para sua organização, sendo regras inerentes aos desportos principalmente as regras do jogo.⁴⁹²

Também na Declaração de Nice⁴⁹³ reconheceu-se que os desportos gozavam de uma isenção, ao afirmar que “[o] Conselho Europeu salienta a importância que atribui à autonomia das organizações desportivas e ao seu direito à auto-organização através das estruturas associativas adequadas. Reconhece que as organizações desportivas possuem, no respeito das legislações nacionais e comunitárias, e com base num funcionamento democrático e transparente, a missão de organizar e de promover a sua modalidade, nomeadamente em relação às regras especificamente desportivas, e a constituição das equipas nacionais, da forma que considerarem mais adequada aos seus objectivos.”

O teste da regra desportiva pura foi afastado e substituído pelo teste da proporcionalidade em Meca Medina (item 3.3. *infra*). Todavia, o conceito de regra desportiva pura ainda poderá ser utilizado previamente ao da proporcionalidade, não com fundamento na especificidade dos desportos (levando em conta no método da proporcionalidade), mas na falta de conteúdo económico relevante de algumas medidas. As regras que concernem apenas aos desportos e, portanto, não possuem carácter económico existem, apesar de serem poucas e de provavelmente não gerarem litigância.⁴⁹⁴ É o caso, por exemplo, da regra do impedimento no futebol⁴⁹⁵, da regra que determina a contagem dos pontos no ténis se dar em 15/30/40 (ao invés de 1,2,3), dentre outras regras do jogo.

Portanto, apesar da ECJ ter afastado a exceção que os desportos gozavam em virtude de suas regras serem de interesse puramente desportivo, tal conceito pode continuar sendo aplicado, não com base em especificidade socioeconómica dos desportos, mas quando as

not the business of the Commission’s competition department and when we have received complaints we rejected them.”

⁴⁹² REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN COUNCIL with a view to safeguarding current sports structures and maintaining the social function of sport within the Community framework - The Helsinki Report on Sport. 10/12/1999. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0644:FIN:EN:PDF>, acessado em 12/05/2017. “The regulations of sporting organisations drawing up rules without which a sport could not exist, or which are necessary for its organisation or for the organisation of competitions, might not be subject to the competition rules. The rules inherent to sport are, first and foremost, the “rules of the game”. The aim of these rules is not to distort competition.”

⁴⁹³ Cit, parágrafo 7.

⁴⁹⁴ STEPHEN WEATHERILL, *European Sports Law: op cit*, p 13.

⁴⁹⁵ Com este exemplo: Ibidem, RICHARD PARRISH, *Sports Law and Policy in the European Union*, op. cit, p. 117 e ERIKA SZYSZCZAK, *Competition and sport*, op cit. p 6..

regras em questão não tiverem caráter econômico relevante, sendo imprescindível uma análise de seus efeitos.

3.3 O TESTE DA PROPORCIONALIDADE⁴⁹⁶

Conforme analisado em Meca Medina (item 2.8.), a ECJ repudiou a utilização da exceção das regras puramente desportivas⁴⁹⁷, analisando o caso em face de Wouters (item 2.7.), aplicando-se o teste da proporcionalidade.

Meca Medina não negou a especialidade dos desportos⁴⁹⁸, pelo contrário, entendeu que por ser especial, deveria a ele ser aplicado o teste usado em Wouters, ou seja, a proporcionalidade, pois esta conseguiria balancear o interesse comunitário nos desportos e também na aplicação do Direito da Concorrência, além de fornecer maior segurança jurídica⁴⁹⁹.

O TJ definiu que as regras desportivas que possuam efeitos restritivos devem ser analisadas em um método trifásico⁵⁰⁰. Primeiramente, deve-se ter em conta o contexto geral no qual a regra ou decisão desportiva desafiada se insere, e onde produziu seus efeitos, colocando especial ênfase em seus objetivos. Caso entenda-se que os objetivos foram lícitos, é preciso avançar ao segundo critério, no qual deve-se ter em conta se os efeitos restritivos causados são inerentes a tais objetivos. Se este for o caso, deve-se conduzir por último o teste da proporcionalidade⁵⁰¹, a fim de decidir se a regra não ultrapassou o que era necessário para o atingimento de seus fins legítimos.

O método trifásico consegue aliar as especialidades dos desportos⁵⁰² com a necessidade de se manter um mercado no qual a concorrência não é distorcida. Com efeito, ao analisar o contexto geral da medida e se os objetivos de regras ou decisões desportivas são

⁴⁹⁶ Preferimos nomear o item como teste de proporcionalidade. Porém, tal nomenclatura deve ser entendida *lato sensu*, ou seja, o teste da proporcionalidade incluirá os três fatores que foram levados em conta pela ECJ: a) O contexto geral; b) Se os efeitos são inerentes aos objetivos; c) a proporcionalidade *strictu sensu*.

⁴⁹⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18/07/2006, processo C-519/04, cit, parágrafo 33.

⁴⁹⁸ : PHILIP KIENAPFEL e ANDREAS STEIN, “The application of Articles 81 and 82 EC in the sport sector”, *op cit*, p 7.

⁴⁹⁹ *Ibidem*.

⁵⁰⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18/07/2006, processo C-519/04, cit, parágrafo 42.

⁵⁰¹ Anexo ao Livro Branco, cit: “In this respect, the ECJ reiterated that account must be taken of (i) the overall context in which the rules were taken or produce their effects and of their objectives and (ii) whether the restrictive effects are inherent in the pursuit of the objectives and (iii) are proportionate to them.”.

⁵⁰² *Ibidem*. “The specificity of sport, i.e. the distinctive features setting sport apart from other economic activities, such as the interdependence between competing adversaries, will be taken into consideration when assessing the existence of a legitimate objective.”

legítimos, poderá ter-se em conta se a medida respeita a organização e o bom “desenrolar da competição desportiva e visa, precisamente, assegurar uma sã rivalidade entre os atletas.”⁵⁰³

Apesar da ECJ não ter adentrado especificamente na terceira fase de seu método trifásico, “uma vez que os recorrentes não invocaram o carácter excessivo das sanções aplicáveis e infligidas no caso vertente (...)”⁵⁰⁴, o que levou a Comissão a entender que “a necessidade de um teste de proporcionalidade implica que há que ter em conta as características individuais de cada caso e não contempla a formulação de orientações gerais para a aplicação do direito da concorrência ao sector desportivo”⁵⁰⁵, entendemos que a análise deveria ser feita em novo método trifásico, seguindo os ensinamentos de Robert Alexy.

Para Alexy, a máxima da proporcionalidade se dividiria em outras três máximas parciais, a “da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)”⁵⁰⁶.

Portanto, ao se deparar com uma medida restritiva oriunda de decisões ou regras desportivas, o julgador e a Comissão deveriam, após se certificar, diante do contexto geral, que o objetivo era legítimo e que os efeitos restritivos eram próprios destes objetivos, determinar se: a) Há adequação entre a medida e o objetivo que se quer atingir, *i.e.*, a medida atingirá o fim legítimo ao qual se dispõe? Respondida a pergunta de maneira positiva, passa-se a analisar se: b) Há necessidade de adotar a medida, ou seja, esta medida é a menos gravosa para atingimento da finalidade?; por último, se positiva ambas as respostas às máximas parciais, deverá haver um balanceamento propriamente dito, neste caso, determinar-se-á se: c) o fim legítimo e a intensidade no qual se protege esse fim com a medida é mais vantajoso do que os efeitos deletérios causados à concorrência? Somente no caso das três máximas parciais da proporcionalidade encontrarem-se presentes é que uma regra ou decisão restritiva da concorrência deverá prevalecer face aos arts. 101 e 102 do TFUE.

3.4 A APLICABILIDADE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA AOS MERCADOS DESPORTIVOS PROFISSIONAIS

Entendidos os pressupostos jurisprudenciais e a especialidade dos desportos, cabe demarcar o passo a passo que o julgador e a Comissão devem seguir para determinar se, em

⁵⁰³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18/07/2006, processo C-519/04, cit, parágrafo 45.

⁵⁰⁴ Idem, parágrafo 55.

⁵⁰⁵ Livro Branco do Deporto, 2007, p. 15.

⁵⁰⁶ ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad: Vírgílio Afonso da Silva, 2a ed, São Paulo, Malheiros, 2015, pp. 117-118.

cada caso concreto levado à análise, considerar-se-á lícito ou ilícito o comportamento adotado por uma entidade desportiva⁵⁰⁷.

O primeiro passo a se considerar, seguindo a cronologia deste trabalho, é saber se a entidade da qual a medida foi exarada é ou não uma empresa ou associação de empresas. Como analisado, o conceito aqui é meramente funcional. Neste caso, a pergunta mais apropriada a se responder seria: a medida ou a regra em análise é econômica? Se não for (ex: algumas regras do jogo), trata-se de objeto irrelevante para o Direito da Concorrência.⁵⁰⁸ Ademais, deve-se saber se a atividade goza da exceção da solidariedade ou de atividade conectada ao poder público (Capítulo 1, Item 1.1.1.1.2., “a” e “b”).

O segundo passo, caso realmente se trate de uma empresa ou associação de empresas, é a de saber se a medida em discussão restringe a concorrência de forma sensível, tanto por objetivo quanto pelos seus efeitos.

Devido à especialidade do desporto, não bastará que a medida restrinja a concorrência para aferir se o art. 101 (1) ou 102 do TFUE foi violado⁵⁰⁹. Portanto, caso haja restrição, deve-se passar ao terceiro passo (o critério trifásico), utilizando-se da jurisprudência de Wouters e Meca-Medina, levando-se em conta: a) Se o fim buscado pela medida ou regra é legítimo, dentro do contexto no qual se encontra; b) se a restrição à concorrência é inerente à medida e à realização de seu objetivo; c) realizar o teste da proporcionalidade, a ser, segundo nosso contributo, realizado com fundamento em Robert Alexy⁵¹⁰⁵¹¹.

Se a medida ou regra não passar no teste acima, considerar-se-á que viola o art. 101 (1) ou o art. 102 do TFUE. Passa-se, se este for o caso, ao quarto passo, que visa identificar se

⁵⁰⁷ O passo a passo aqui proposto, com nossas inclusões, encontra-se em diversas obras, principalmente no anexo ao Livro Branco do Desporto. Cita-se ainda, por todos, PHILIP KIENAPFEL e ANDREAS STEIN, “The application of Articles 81 and 82 EC in the sport sector”, *op cit*, pp 6-13.

⁵⁰⁸ Anexo ao Livro Branco do Desporto: “1. Is the sports association that adopted the rule to be considered an “undertaking” or an “association of undertakings”? a. The sports association is an “undertaking” to the extent it carries out an “economic activity” itself (e.g., the selling of broadcasting rights). b. The sports association is an “association of undertakings” if its members carry out an economic activity. In this respect, the question will become relevant to what extent the sport in which the members (usually clubs/teams or athletes) are active can be considered an economic activity and to what extent the members exercise economic activity. In the absence of “economic activity”, Articles 81 and 82 EC do not apply.”.

⁵⁰⁹ Para uma visão mais detalhada do que consiste uma violação ao art. 101 e 102, deve-se consultar o Capítulo 1 deste trabalho.

⁵¹⁰ Anexo ao Livro Branco do Desporto: “Step 2. Does the rule in question restrict competition within the meaning of Article 81(1) EC or constitute an abuse of a dominant position under Article 82 EC? This will depend, in application of the principles established in the Wouters judgment, on the following factors: a. the overall context in which the rule was adopted or produces its effects and its objectives; b. whether the restrictions caused by the rule are inherent in the pursuit of the objectives; and c. whether the rule is proportionate in light of the objective pursued”.

⁵¹¹ Vide item 3.3. supra.

a medida possui susceptibilidade de afetação sensível do comércio entre os Estados Membros (vide Capítulo 1, item 1.1.4.)⁵¹².

Por último, a medida ainda poderá ser defendida com fulcro no art. 101 (3) ou poderá ser oferecida uma justificativa objetiva (item 1.3.4.), caso se trate de acusação de abuso de posição dominante⁵¹³.

⁵¹² Anexo ao Livro Branco do Desporto: “Step 3. Is trade between Member States affected?”

⁵¹³ Idem: “Step 4: Does the rule fulfil the conditions of Article 81(3) EC?”

CONCLUSÃO

Este trabalho analisou a aplicabilidade do Direito da Concorrência aos desportos profissionais, com ênfase no estudo da jurisprudência das cortes europeias, principalmente no que tange às decisões das organizações desportivas.

A hipótese previamente adotada era a de que todos os mercados possuem suas especialidades e que o desporto não seria mais especial que nenhum destes, sendo o Direito da Concorrência vigente apto à sua regulação sem maiores adaptações.

Com efeito, o Direito da Concorrência possui as suas “válvulas de escape” (a expressão é de Paula Andrea Forgioni) para que sua aplicação não seja estanque, dotando-se de flexibilidade para lidar de forma adequada com mercados distintos entre si. Por esta razão, o TFUE é refratário à ideia de exceções às regras puramente desportivas.

Todavia, ao longo do estudo jurisprudencial e doutrinário, a hipótese acabou por não se confirmar totalmente.

De fato, o desporto possui especialidades que diferenciam o jogo da concorrência ao ponto que o torna único. Ou seja, a lógica de interdependência entre as empresas (no sentido funcional adotado desde o Capítulo 1), no sentido de uma precisar da existência da outra para sua própria sobrevivência, subverte a regra geral de disputa entre os concorrentes, que lucram com outras empresas fora do mercado.

Por isso, o Direito da Concorrência não pode ter aplicação uniforme para os mercados em geral e para os desportos, devendo-se aplicar a este os temperamentos apontados no Capítulo 3, ou seja, partindo-se do teste construído em Meca-Medina e adicionando mais um critério, o da proporcionalidade na forma desenvolvida por Robert Alexy.

É verdade, interpretando-se de forma ampliativa a hipótese contida na introdução, integrando-se a jurisprudência pretérita à dogmática do Direito da Concorrência Europeu, constata-se que o método utilizado em Meca-Medina não se tratou de uma invenção *ad hoc* para os desportos, contendo sua forma incipiente em Wouters.

Portanto, apesar de concordar-se que os desportos encontram-se em mercado especial e que as regras gerais do Direito da Concorrência devem ser a ele adaptadas, infirmando-se, assim, a hipótese inicial, também é verdade que a própria jurisprudência, desde Wouters, possuía a solução que se defende adequada para tratar do tema, prescindindo-se da invenção de um método próprio totalmente novo para o tratamento da matéria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS⁵¹⁴

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, trad: Vírgílio Afonso da Silva, 2a ed, São Paulo, Malheiros, 2015.

ALMUNIA, Joaquín. Discurso: “Competition policy for the post-crisis world: A perspective” Disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-34_en.htm, acessado em 19/01/2017.

BUDZINSKI, Oliver. “Competition in Motor Racing: A New Formula One Antitrust Case?”. 2014.

_____. “The Institutional Framework for Doing Sports Business: Principles of EU Competition Policy in Sports Markets, in: International Journal of Sport Management and Marketing”, Vol. 11 (1-2), 2012, pp. 44-72.

_____. The Formula One Case in an Economic Retrospective, 6th Annual Conference of European Sports Economics Association, Antwerp, September 2014.

_____. “Are Restrictions of Competition by Sports Associations Horizontal or Vertical in Nature?”, in: Journal of Competition Law & Economics, Vol. 11(2), 2015, pp. 409-429.

CIMENTAROV, Petar Expanding the “Object Box” and its Perverse Effects: Does EU Competition Law Condemn Innocent Behaviour?, Bruges, College of Europe. 2014.

COASE, Ronald. The Theory of Firm. In *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), pp. 386-405.

COELHO, Fábio Ulhoa. “Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa”. Vol 1. 16ª ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2012.

COLOMO, Pablo Ibáñez. Market Failures, Transaction Costs and Article 101(1) TFEU Case Law. Reprinted from European Law Review Issue 5, 2012

_____. AG Wahl in Intel, or the value of realism and consistency in the context of Article 102 TFEU. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2894343>, acessado em 02/01/2017.

⁵¹⁴ Optou-se por excluir da listagem bibliográfica a legislação utilizada, os julgados consultados, bem como os documentos publicados pela própria Comissão Europeia, por serem de domínio público. De qualquer forma, citou-se tais documentos fielmente nas notas de rodapé distribuídas por toda obra.

_____. Beyond the ‘More Economics-Based Approach’: A Legal Perspective on Article 102. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2755656>.

_____. e PABLO, Alfonso Lamadrid de, <<On the notion of restriction of competition: what we know and what we don’t know we know>>, 2016, p. 16, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849831, consultado em 02/01/2017.

DG Competition Discussion Paper On The Application Of Article 82 Of The Treaty To Exclusionary Abuses”. Bruxelas, dezembro de 2005.

GABAN, Eduardo Molan e Domingues, Juliana Oliveira: “Direito Antitruste”. 3a ed. Saraiva. São Paulo. 2012.

GRINBERC, Mauro e CRAVO, Beatriz Malerba: “Defesa da Concorrência e o esporte profissional” in *Revista do Ibrac*. Ribrac 23. 2013. PP 180-195.

FORGIONI, Paula Andrea. “A INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO”, in *Revista de Direito Mercantil*. Número 130. Ano 2003. pp 7-38.

------. “Fundamentos do Antitruste”. 8ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2015.

FROUFE, Pedro Madeira e GOMES, José Caramelo. “Mercado Interno e Concorrência” in *DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA ELEMENTOS DE DIREITO E POLÍTICAS DA UNIÃO*. Almedina. Coimbra. 2016.

GERADIN, Damien, HOFER, Paul, LOUIS, Frédéric, PETIT, Nicolas e WALKER, Mike: “The Concept of Dominance in EC Competition Law”. 2005. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=770144&rec=1&srcabs=351100&alg=1&pos=2. Acessado em 21/06/2016.

GERARD, Damien M.B. <<*The effects-based approach under Article 101 TFEU and its paradoxes: modernisation at war with itself?*>>, In J. Bourgeois and D. Waelbroeck (eds), *Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law Enforcement*, Bruylant, Brussels, Forthcoming 2012, p. 4. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2117780>, acessado em 20/04/2016.

GRAU, Eros. “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”. 17a ed. Malheiros. São Paulo. 2015.

GRINBERG, Mauro e CRAVO, Beatriz Malerba. “DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O ESPORTE PROFISSIONAL”. Revista do IBRAC, RIBRAC 23. 2013. PP 181-195.

GROW, Nathaniel, “*Regulating Professional Sports Leagues*”, 72 WASH. & LEE. L. REV. 573, 573 (2015).

HATZOPOULUS, Vassilis “*The Concept of ‘economic activity’ in the EU Treaty: From ideological dead-ends to workable judicial concepts*”. 2011.

ICN. UNILATERAL CONDUCT WORKING GROUP “DOMINANCE/SUBSTANTIAL MARKET POWER ANALYSIS PURSUANT TO UNILATERAL CONDUCT LAWS”

ITALIANER, Alexander, Discurso na CRA Annual Brussels Conference – Economic Developments in Competition Policy Brussels, 10 December 2014. Disponível em <http://ecp.crai.com/media/event-detail/2014-cra-annual-brussels-conference-economic-developments-in-european-comp>, acessado em 27/12/2016.

JONES, Alison. <<LEFT BEHIND BY MODERNISATION? RESTRICTIONS BY OBJECT UNDER ARTICLE 101(1)>>, 2010. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1932309, acessado em 27/12/2016.

KIENAPFEL, Philip e STEIN, Andreas. “The application of Articles 81 and 82 EC in the sport sector”. 2007. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2007_3_6.pdf, acessado em 05/09/2016.

KROES, Neelie. SPEECH/05/537, disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-537_en.htm?locale=en, acessado em 12/02/2017.

LANE, Robert, “EC COMPETITION LAW”, 1a edição, Edimburgo, Longman, 2000

LOURENÇO, Lucas “O Artigo 102 do TFUE e a Especial Responsabilidade das Empresas Dominantes” in Trabalho da disciplina Direito da Concorrência e da Propriedade Industrial, apresentado pelo autor da presente dissertação no 2º semestre do 1º ano do Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa, Universidade do Minho, 2016.

MONTI, Mario. COMPETITION AND THE CONSUMER: What are the aims of European Competition Policy?, 26/02/2002. disponível em file:///C:/Users/Lucas/Downloads/SPEECH-02-79_EN.pdf., acessado em 12/07/2017.

O’DONOGHUE, Robert e PADILLA, Jorge Atilano, “*The Law and Economics of Article 82 EC*”, 1a ed, Oregon, Hart Publishing, 2016.

OECD. Policy Roundtables. Market Definition. 2012.

Office of Fair Trading. Economic Discussion Paper, The role of market definition in monopoly and dominance inquires. Londres, UK, 2001.

ODUDU, Okeoghene. <<The Wider Concerns of Competition Law>> Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 30, No. 3 (2010), pp. 599–613.

----- e BAILEY, David <<THE SINGLE ECONOMIC ENTITY DOCTRINE IN EU COMPETITION LAW>>, *Common Market Law Review* 51: 1721–1758, 2014.

PARKIN, Michael. “Microeconomics”. 11^a ed. Pearson. 2014.

PARRISH, Richard. *Sports Law and Policy in the European Union*, Manchester, Manchester University Press, 2003.

PHELAN, Diarmuid Rossa. “The Dynamic Unprohibited Nature Of Dominance”. E.C.L.R. 2013, 34(6), 337-338. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=2875306, acessado em 23/02/2017.

PITTMAN, Russel. “Three Economist’s Tools for Antitrust Analysis”. Disponível em <https://www.justice.gov/atr/page/file/925641/download>, acessado em 04/03/2017.

POSNER, Richard. Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/Publications/Working/index.html>.

----- . *The Social Costs of Mopoly and Regulation*, The Journal of Political Economy, Vol. 83, No. 4 (Aug., 1975), pp. 807-828, disponível em <http://cameroneconomics.com/posner%201975.pdf>, acessado em 27/02/2017.

PROSSER, Tony. “EU competition law and public services” pp 315-336, disponível em http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0005/138164/E94886_ch07.pdf. Acessado em 27/08/2016.

RAPP, Geoffrey Christopher. “Is it time to give up on Antitrust Law for pro sports?”. 2015.

RINCÓN, Alfonso “EC Competition and Internal Market Law: On the Existence of a Sporting Exemption and its Withdrawal”, *J CER*, volume 3, número 3, 2007, pp. 224-237

ROMPUY, Ben Van. “The role of EU competition law in tackling abuse of regulatory power by sports associations” in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 22(2) pp. 174-204. 2015.

SANDS, Jon M., “*The Baseball Trust: A History of Baseball’s Antitrust Exemption*”, 61 FED. LAW. 121, 122 (2014).

SCHWEITZER, Heike. Competition Law and Public Policy: Reconsidering an uneasy relationship. The Example of Art. 81. Disponível em www.ssrn.com/abstract=1092883. Acessado em 30/01/2017.

STUCKE, Maurice E. “Is Competition Always Good?”. Legal Studies Research Paper Series, Research paper #203, 2012. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2157193>, acessado em 01/07/2016.

SZYSZCZAK, Erika. “*Competition and sport*”, European Law Review, 2007

TOWNLEY, Christopher “*Is anything more Important than Consumer Welfare (in Article 81EC)? Reflections of a Community Lawyer*”, in Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol. 10, p. 345, 2008, p 357, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1358646, acessado em 20/06/2017.

VARIAN, Hal R. *Microeconomic Analysis*. 3ª ed. Norton. New York. 1992.

VERMEERSCH, An <<All’s Fair in Sport and Competition? The Application of EC Competition Rules to Sport>>. *JCER*, volume 3, número 3, 2007, pp. 238-254.

VIEGAS, Cláudia e MACEDO, Bernardo. “Falhas de Mercado: Causas, efeitos e controles”. In DIREITO ECONÔMICO REGULATÓRIO. Coord: Shapiro, Mario Gomes. Editora Saraiva. São Paulo. 2010.

WEATHERILL, Stephen e BEAUMONT, Paul *EC LAW: The essential guide to the legal working of the European Community*. 2ª edição, London, Penguin Books, 1995, pp 685-686.

----- . <<Discrimination on Grounds of Nationality in Sport (1989)>>, in *European Sports Law: Collected Papers*, 2ª ed, Asser Press, Oxford, 2014.

----- . <<Introduction>> *European Sports Law: Collected Papers*, 2ª ed, Asser Press, Oxford, 2014.

----- . <<European Football Law>>, in *European Sports Law: Collected Papers*, 2ª ed, Asser Press, Oxford, 2014.

----- . <<Anti-Doping Rules and EC Law>>, in *European Sports Law: Collected Papers*, 2ª ed, Asser Press, Oxford, 2014, p 283-293.

----- . <<Sports Under EC Competition Law and US Antitrust Law>>, in *European Sports Law: Collected Papers*, 2a ed, Asser Press, Oxford, 2014.

----- . <<Fair Play Please!: Recent Developments in the Application of EC Law to Sport>>, in *European Sports Law: Collected Papers*, 2a ed, Asser Press, Oxford, 2014.

WHILSH, Richard e BAILEY, David. “COMPETITION LAW”. 8^a ed. Oxford University Press. Oxford. 2015.

WOUTER, P. J. Wils. “EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The interplay between EU law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights”. Disponível em <http://ssrn.com/author=456087>, acessado em 05/01/2017.