
A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA UNIÃO EUROPEIA E NO MERCOSUL: UMA COMPARAÇÃO DAS EXPERIÊNCIAS RECENTES¹

Augusto Jaeger Junior²

Simon Schwager³

-
- 1 Artigo escrito como um dos resultados da investigação desenvolvida por ocasião da obtenção de uma Bolsa de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), com base em uma palestra proferida no Seminário Internacional de Economia e Direito da Concorrência, ocorrido em maio de 2009, junto ao Programa de Pós-Graduação em Economia da UFRGS, em Porto Alegre. Os autores agradecem vivamente ao acadêmico de Direito na UFRGS, Bruno Bastos Becker, com atuação no Grupo de Pesquisa CNPq/UFRGS Direito Internacional da Concorrência, bolsista de iniciação científica da Fapergs, pelo auxílio na elaboração desse artigo.
 - 2 Doutor em Direito Comunitário da Concorrência pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação da Profa. Dra. Cláudia Lima Marques. Professor Adjunto 2 da Faculdade de Direito da UFRGS, em Porto Alegre, Brasil, onde leciona as disciplinas de Direito Internacional da Concorrência e Direito Comunitário da Concorrência. Autor dos livros “Liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul” e “Direito Internacional da Concorrência”, lançados pelas Editoras LTr e Juruá, em 2006 e 2008, respectivamente, entre outros. E-mail: augusto.jaeger@ufrgs.br
 - 3 Acadêmico de Direito da Universidade de Heidelberg, Alemanha. Durante o ano de 2009, realizou uma estada de pesquisa na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior e da Profa. Dra. Cláudia Lima Marques. E-mail: simon.schwager@gmail.com

SUMÁRIO: 1 Direito Comunitário da Concorrência aplicável às empresas; a) Concorrência em ambientes comunitários; b) Relação entre concorrência e mercado comum; c) Regras materiais aplicáveis às empresas; d) Regras processuais aplicáveis às empresas; e) Regras aplicáveis ao controle de concentrações de empresas; 2. Direito Comunitário da Concorrência aplicável aos Estados-membros; a) Nexos entre auxílios públicos e concretização do mercado comum; b) Regras materiais aplicáveis aos Estados-membros; c) Regras processuais aplicáveis aos Estados-membros; d) Reformas dirigidas à modernização e descentralização das regras; e) Primeiros regulamentos de isenção por categorias; 3. Direito da Concorrência no Mercosul; a) Conceito no Tratado de Assunção; b) Decisão n. 21/94 CMC. c) Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul; 4 Estudo do caso “T-Mobile Netherlands BV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Autoridade de Defesa da Concorrência dos Países Baixos)”; a) Resumo do caso. b) Decisão do TJUE; c) Relatório do caso; 5 Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: Este artigo versa sobre o direito comunitário da concorrência na União Europeia e sobre o direito da concorrência no Mercosul. Nele são abordadas as temáticas referentes às normas materiais e processuais dos processos de integração econômica, especialmente aquelas aplicáveis às empresas públicas e privadas e aos seus Estados-membros. Ao final, aprofunda-se em retratar a atual jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, ao investigar o recente julgamento do Caso “T-Mobile Netherlands BV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Autoridade de Defesa da Concorrência dos Países Baixos)”.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comunitário da Concorrência. Auxílios Públicos. União Europeia. Mercosul.

1 DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA APLICÁVEL ÀS EMPRESAS

A União Europeia (UE) não possui uma longa tradição em direito concorrencial. Por óbvio, já que ela não existe desde muito tempo. Juntamente com a criação da hoje denominada UE, pelo Tratado da Comunidade Econômica Europeia (TCEE), em 1957, foram estabelecidos os atuais artigos 101 a 109 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Eles constituem as regras substantivas do direito comunitário da concorrência. Observa-se que desde o primeiro dia da sua existência ficou claro o papel importante e central do direito da concorrência¹.

Naqueles dispositivos, o Tratado assenta as regras materiais para o funcionamento da livre concorrência aplicáveis às empresas, as quais proibem acordos ou práticas que possam afetar o comércio entre os Estados-membros, bem como os abusos de posição dominante, regras essas aplicáveis tanto às empresas privadas como às públicas, para que envolvam os monopólios do Estado.

A UE foi influenciada pela descartelização realizada na Alemanha do pós-guerra, que objetivava prevenir um renascimento da maquinaria de guerra². O resultado foi a inclusão de dois artigos sobre a proibição a acordos que restringissem a concorrência e a abusos de posição dominante no Tratado para a Comunidade Econômica do Carvão e do Aço, de 1951. Posteriormente, estes vieram a ser a base dos artigos sobre o tema inseridos no TCEE e no primeiro Regulamento de controle de concentrações de empresas, de 1989. A ideia básica era a de que o esforço dos Estados-membros em dismantelar barreiras tarifárias e não tarifárias para promover a integração dos mercados e a consecução de um mercado comum não deveria ser atacado com o restabelecimento dessas barreiras por acordos privados e outros abusos.

Durante as tratativas da assinatura do Tratado da União Europeia, por exemplo, em nenhum momento se colocou em dúvida a necessidade da manutenção de uma política de defesa da concorrência em nível comunitário. Até porque a UE deixaria de existir “no momento em que a política norteadora facilitasse o desrespeito às normas protetoras do direito de concorrência entre as empresas do Mercado Comum Europeu”³. O mesmo se repetiu em 2007 por ocasião da assinatura do Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2009, finalmente.

1 EHLERMANN, Claus-Dieter. *The contribution of EC competition policy to the single market*, p. 257-282; CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne. *EU Law: text, cases and materials*, p. 936-937 e DE LEÓN, Ignacio. *The role of competition policy in the promotion of competitiveness and development in Latin America*, p. 57-71.

2 BELLAMY, Christopher. *Some reflections on competition law in the global market*, p. 16 e CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; GONI URRIZA, Natividad. *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, p. 41-42.

3 COIMBRA, Guilermína Lavoz. A política de defesa do direito de concorrência – a política brasileira, o Mercosul e a globalização da economia. In: PROENÇA, Alencar Mello; BIOCCA, Stella Maris. *La integración hacia el siglo XXI*, p. 444.

a) Concorrência em ambientes comunitários

Encontra-se na doutrina uma divisão dos objetivos da concorrência entre gerais e integracionistas. Segundo CUNHA, “Os primeiros podem estar presentes em qualquer lei de defesa da competição e os segundos somente existem em processo de integração econômica, funcionando como instrumento auxiliar da união”⁴. Em um processo de integração a legislação de concorrência possui o fim especial de instrumento formador do espaço único, ou, noutras palavras, do mercado comum. A lei que a isso serve diferencia-se das leis nacionais, uma vez que as manifestações tidas em ambientes comunitários são diferentes. Aquelas são restritas em seu âmbito de aplicação e não são, de todo modo, aptas a cumprir um papel integracionista. A legislação comunitária persegue, marcadamente, o segundo objetivo.

b) Relação entre concorrência e mercado comum

O papel da concorrência para o mercado comum é algo incontestável. Isto é apontado por vários doutrinadores. Para HAKENBERG, a política da concorrência é uma das mais importantes. O objetivo do Tratado era um mercado livre no território comum dos Estados-membros, sem que estes próprios viessem a influenciar a relação de mercado existente. Era o tal liberalismo sem dirigismo estatal⁵. Não somente o dirigismo estatal poderia promover limitações ao comércio transfronteiriço, mas o liberalismo também. Assim, comerciantes poderiam se valer dessa situação e limitarem-se entre si.

Para von der GROEBEN, “O bom resultado de uma política de concorrência europeia era de significado decisivo para a formação e funcionamento do mercado comum; ela era o núcleo e o motor do desenvolvimento econômico interno”⁶. Tratava-se de uma matéria particular, pois era uma das que mais apresentava diferenças nos ordenamentos nacionais. Esta característica fez com que a introdução e execução das regras da concorrência no mercado comum exigisse dificultoso trabalho. É possível dizer que se tratava de matéria pouco compatível para se tornar direito comunitário, mas a sua imprescindibilidade para a formação do mercado comum não permitiu sua dispensa.

Um dos objetivos do Tratado é a criação e manutenção de um mercado comum, caracterizado pela presença de liberdades econômicas fundamentais. Para este objetivo, a manifestação plena da liberdade de concorrência, tutelada pela normativa da concorrência, assume um papel central⁷. As liberdades de mercado, nas quais está sustentado o mercado

4 CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Europeia*, p. 24.

5 HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 131.

6 von der GROEBEN, Hans. Die Rolle der Wettbewerbspolitik für die Entstehung des Gemeinsamen Marktes. In: HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg). *40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag*, p. 171.

7 CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*, p. xxii.

comum, seriam sem efeito se não houvesse uma liberdade de concorrência regulada. Com efeito, o ex-artigo 3º, n. 1, letra g TCE implicava um regime que garantisse que a concorrência não fosse falseada no mercado comum, hoje mercado interno.

As prioridades da concorrência neste mercado interno são: controle estrito de auxílios públicos; abertura de mercados até então fechados à concorrência; o controle de fusões; a execução das regras de proibição sobre cartéis e empresas detentoras de posição dominante; a liberação de acordos que sejam compatíveis com os princípios da concorrência e a criação de condições de concorrência nos mercados de terceiros países importantes à UE⁸.

Muitos aspectos do direito comunitário da concorrência já foram tratados em outros locais. Vale referir as considerações escritas sobre os critérios de mercado relevante e investidor privado⁹, sobre as regras processuais¹⁰, sobre o controle das concentrações de empresas¹¹ e sobre os auxílios públicos comunitários¹². Significativa doutrina nacional também tem se dedicado a trabalhar essas questões, pelo que se dispensa de repeti-las aqui nesse estudo¹³. O prosseguimento do mesmo é dedicado às linhas mais gerais, apenas para que o leitor não perca a sequência do tema específico dos auxílios públicos, a seguir.

c) Regras materiais aplicáveis às empresas

O capítulo do Tratado referente à concorrência contém o que pode ser chamado de conjunto de regras que visam organizar e disciplinar a concorrência no espaço comunitário, constituindo-se no núcleo da regulamentação comunitária na matéria¹⁴.

Entre os vários prováveis campos de tratamento do direito da concorrência¹⁵, o direito comunitário está centrado em áreas bem definidas, tais como os cartéis, os abusos de posição dominante, as fusões e as aquisições de empresas e o papel dos governos. Suas disposições tratam de um verdadeiro conjunto de regras que visam organizar e disciplinar a concorrência no espaço comunitário. Algumas dessas regras vinculam diretamente as empresas privadas, outras são dirigidas às empresas públicas e aos Estados-membros da UE.

8 EHLERMANN, Claus-Dieter. *Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt*, p. 794-796.

9 JAEGER JUNIOR, Augusto. Os critérios de mercado relevante e investidor privado no Direito Comunitário da Concorrência. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org.). *Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI*, p. 187-191.

10 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 311-392.

11 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 392-434.

12 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 434-495.

13 Ver o tema, na literatura nacional, também em CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, 366 p.; SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, 317 p. e em CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, 368 p.

14 CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*, p. 425.

15 Listados em HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 132.

Outros, como a concorrência desleal e o direito de patentes são ou foram objeto de regras de harmonização, já que também desempenham um papel no processo de integração, especialmente pela forte relação com o direito comunitário, cujo ponto de contato é a liberdade de circulação de bens¹⁶. Estão também abrangidas pelo direito comunitário da concorrência regras referentes à fiscalização das limitações exercidas por empresas e monopólios públicos e auxílios públicos à concorrência no mercado interno.

Assim, é possível referir que o controle da manutenção da concorrência se desenvolve em duas linhas principais: controle das práticas e dos acordos entre empresas que deturpem a concorrência (regras destinadas às empresas) e disciplina dos recursos públicos (regras destinadas aos Estados-membros). Vale lembrar que a regra da concorrência não está voltada apenas à proteção da concorrência, mas também à proteção do consumidor, para que este possa se beneficiar de uma concorrência saudável.

Na perspectiva comunitária, o direito da concorrência se desenvolveu durante as últimas décadas¹⁷. A UE foi fundada com a ideia de que o bom funcionamento do mercado constituía a melhor organização possível das trocas¹⁸. Depois foram surgindo normas que visavam manter a liberdade e o funcionamento da concorrência. Assim, nos primeiros anos da existência da UE, grandes avanços foram sentidos. A competência das tarefas foi confiada a uma direção geral com quatro direções. A segurança para que o mercado funcione em regime de concorrência cabe, em primeiro lugar, à Comissão Europeia. Em 1962 foi editado o Regulamento n. 17/62, sobre a aplicação das normas de proibição de cartéis e uso abusivo do poder de mercado. Na sequência, a política dos auxílios públicos teve seus princípios definidos pela Comissão, que também demonstrou, em grande lista de casos, as regras pelas quais os Estados-membros deveriam se orientar. Houve, então, o desenvolvimento de inúmeros princípios. Neste trabalho foi fundamental o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), junto com a Comissão.

A Parte 3 do Tratado, no Título VI, trata das regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações. O seu capítulo primeiro refere-se às regras da concorrência. A seção primeira deste capítulo trata das regras aplicáveis às empresas e compreende os artigos 101, 102 e 106 TFUE, que serão a seguir abordados.

1. Artigo 101 TFUE

Nos termos do artigo 101, n. 1 TFUE, 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 suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que

16 HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 132.

17 FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne. *Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etat-Unis et dans la Communauté Européenne*, p. 11.

18 DRUESNE, Gérard. *Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe*, p. 1.

tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Este artigo exemplifica algumas das medidas proibidas, tais como a) fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; e e) subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Nos termos do n. 2 do mesmo artigo, são nulos os acordos ou decisões proibidos por ele.

Nos termos do n. 3, as disposições do n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas; a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas; e a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos, nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Tal disposição contém a disciplina comunitária da concorrência para a proibição de cartéis, dirigida a acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e às práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.

Os artigos 101 e 102 TFUE valem para as empresas. Os Estados-membros não são destinatários das proibições de cartel¹⁹. Contudo, segundo o ex-artigo 10 TCE, lhes é proibido apoiar, como por exemplo através de uma aprovação, acordos que visem à formação de cartéis e outras práticas condenadas. Os Estados-membros não devem manter ou praticar medidas que possam afetar as normas da concorrência²⁰.

A doutrina agrupa sob a denominação de acordo os três tipos gerais de práticas previstas pelo Tratado, quais sejam o acordo entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas. Por este motivo a referência a acordo possui uma dimensão mais abrangente do que a referente a essa única prática.

1.1. Rol do artigo 101, n. 1 TFUE

O artigo 101, n. 1 TFUE apresenta exemplos de medidas restritivas à concorrência, baseados em experiência adquirida²¹. Outras medidas, nele

19 FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maïke. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*, p. 91.

20 DRUESNE, Gérard. *Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe*, p. 3.

21 ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, p. 77.

não previstas, igualmente se submetem às regras da concorrência. Por isso é dito que o rol é meramente exemplificativo²². Assim, são restritivos quaisquer outros acordos ou práticas concertadas que afetem a concorrência.

1.2. Artigo 101, n. 2 TFUE

Segundo o artigo 101, n. 2 TFUE os atos e comportamentos, que são considerados violações às normas do Tratado, são sancionados com a nulidade de pleno direito, ou nulidade absoluta, que é o termo conhecido em vários ordenamentos.

1.3. Artigo 101, n. 3 TFUE

O artigo 101, n. 3 TFUE, é visto como um instrumento privilegiado de execução das normas da concorrência, anteriormente de monopólio da Comissão. É tido pela Comissão como permissionário de uma interpretação menos rígida das disposições do artigo 101, n. 1 TFUE, isto é, mais realista do efeito restritivo exigido por este²³. Apresenta uma validade não absoluta das proibições aos cartéis, mesmo que estas tenham sido severamente formuladas. Estabelece possibilidades para que a consequência jurídica do artigo 101, n. 2 TFUE não seja aplicada e que as medidas das empresas que caem nas proibições do n. 1 sejam declaradas compatíveis. Isto é, determinados acordos podem ter efeitos favoráveis, não pondo em causa a concorrência para além dos limites considerados admissíveis, e serem compatíveis com o mercado comum. Certas restrições à concorrência são admissíveis desde que indispensáveis à realização de alguns objetivos e não acabem por eliminar a concorrência em relação a uma parte substancial do mercado interno.

Para que o n. 1 não seja aplicado é necessário que se verifiquem, simultaneamente, as condições positivas e as condições negativas previstas no n. 3. Basta que não se verifique qualquer uma das condições para que a isenção não seja possível.

2. Artigo 102 TFUE

O artigo 102 TFUE contém a disciplina comunitária da concorrência para o abuso de posição dominante. Nos termos do artigo 102 TFUE, é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Essas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na

22 A doutrina observa que este debate não é conclusivo, já que “Há os que consideram estas descrições legislativas como sendo ‘tipos fechados’”. A discussão pode ser acompanhada em PASSOS, Fernando. *O sistema de concorrência na União Europeia: modelo para o Mercosul*?, p. 32-33.

23 VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François. *Droit de la concurrence de la Communauté Économique Européenne*, p. 29.

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

Como já afirmado, a UE tem o objetivo prescrito de manter um sistema para garantir que a concorrência não seja falseada no mercado interno, segundo o ex-artigo 3º, n. 1, letra g TCE. Empresas dominadoras de posições de mercado atrapalham as condições da concorrência, através da fixação de preços por sua própria vontade, com o objetivo de influenciar unilateralmente o mercado em seu próprio favor. Para tanto, o artigo 102 TFUE proíbe a exploração de forma abusiva de uma posição dominante no mercado interno ou em uma parte substancial dele²⁴. Estar nesta posição significa ter poder suficiente para não se deixar influenciar pelas leis do mercado, resguardando-se das pressões dos concorrentes e da oferta e da procura.

Embora o artigo 102 TFUE não defina o que seja abuso, elenca, não exaustivamente, uma série de práticas sancionadas como tal, na medida em que esses comportamentos sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros, retardando, assim, o processo de integração da economia comunitária.

A enumeração do artigo 102 TFUE é menor que a do artigo 101 TFUE. Falta a correspondente previsão da letra c daquele, por ser impossível na presente hipótese. Em regra, a repartição de mercados e fontes de abastecimento supõe uma rede de contratos que não é típica da posição dominante. Outra diferença sensível é que o artigo 102 TFUE não apresenta possibilidades de exceções, ou seja, é incondicional ao não apresentar nenhuma hipótese de derrogação das proibições. O abuso de uma posição dominante não é de nenhuma forma justificável, uma vez que é entendido como prática mais grave que as concentrações. Não está prevista a nulidade dos atos, como é no artigo 101, n. 2 TFUE, para os acordos. Diferentemente do artigo anterior, neste não é necessária nenhuma previsão, devido ao caráter puramente fático do abuso. Mas, em semelhança às infrações ao artigo 101 TFUE, são previstas multas. Demais consequências da incursão em tais práticas são determinadas pelo direito nacional.

3. Artigo 106 TFUE

As disposições materiais sobre as regras da concorrência reaparecem no artigo 106 TFUE²⁵. O direito comunitário da concorrência aplica-se

24 Ver o tema em CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 1041-1120; BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 605-622; TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*, p. 593 e seguintes; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Diritto Internazionale da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 336-347; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 423 e seguintes; DíEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*, p. 552-555 e em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Libertad de concorrência na União Europeia e no Mercosul*, p. 311 e seguintes.

25 Ver o tema em CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 526-668; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Diritto Internazionale da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 347-356; BALLARINO, Tito.

às empresas privadas e públicas. É clara a disposição do Tratado em não proibir a existência de empresas públicas e de dirigir o mesmo tratamento a ambas as categorias de empresas. Neste contexto, a empresa pública é apenas uma empresa a mais, só que em mãos públicas²⁶. No entanto, quando uma empresa pública estiver investida da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham caráter de monopólio fiscal, as regras da concorrência só lhe são aplicáveis quando não comprometam o desempenho da missão que lhes foi confiada.

O n. 2 do artigo 106 TFUE assevera que as empresas encarregadas de gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham o caráter de monopólio fiscal se submetem às normas do Tratado. Mas isto só é levado a efeito se a aplicação de tais normas não impedir o cumprimento de missão específica a elas confiada e desde que não contrarie os interesses maiores da UE.

A Comissão detém autorizações especiais para garantir a segurança da aplicação do artigo 106, ns. 1 e 2 TFUE. Para tanto, ela não necessariamente precisa se limitar aos instrumentos gerais do direito comunitário secundário, especialmente recomendações e pareceres. Ela pode tomar decisões e, sobretudo, pode promulgar diretivas.

De fato, o artigo 106, n. 3 TFUE atribui à Comissão o dever de vigilância das questões que se referem às empresas públicas ou às empresas às quais sejam reconhecidos direitos especiais ou exclusivos. Por ele, a Comissão dirige decisões aos Estados-membros que são obrigados a cumpri-las, sem prejuízo de eventual recurso. Caso não o façam, demandas nos termos do Tratado.

d) Regras processuais aplicáveis às empresas

A aplicação das regras materiais dos artigos 101 e 102 TFUE é determinada por normas processuais. Estas, regulamentadas pelo direito comunitário derivado, foram ao longo do tempo profundamente alteradas. Presentemente, se está perante o amadurecimento de uma reforma nesse âmbito, advinda com o Regulamento n. 1/2003, que substituiu o Regulamento n. 17/62.

O Regulamento n. 17/62 havia sido o primeiro regulamento de execução do direito comunitário da concorrência. Ele estabeleceu um sistema de notificação centralizado e a exclusiva competência da Comissão para a declaração de inaplicabilidade do artigo 101, n. 1 TFUE, em função do n. 3 do mesmo artigo. Para tanto, a Comissão dispunha de decisões para casos singulares, quando o comportamento era incompatível, mas tinha aspectos positivos e preenchia as condições legais do n. 3 do artigo

Manuale di Diritto Dell'Unione Europea, p. 623-634; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 423 e seguintes e em DÍEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*, p. 563-571.

26 PÜTTNER, Günter. *Die Zukunft öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt*, p. 227-242; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht: zur Bedeutung von Art. 90 EWGV*, p. 526-586 e MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZEHETNER, Franz. *Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, 157 p.

101 TFUE, de regulamentos de isenção por categorias, de certificados negativos, quando o acordo não apresentasse infração e fosse compatível com o Tratado, e de *comfort letters*, que embora não apresentassem segurança jurídica, eram usadas de forma indiscriminada.

Com o tempo, esse sistema começou a apresentar limitações. As *comfort letters* eram caracterizadas por uma precariedade jurídica, o sistema limitava a Comissão no seu desejo de se concentrar nos processos importantes e o monopólio detido afastava as instâncias nacionais de uma melhor e mais participativa colaboração na aplicação do direito. Posteriormente, a Comissão criou alternativas para contornar os problemas. As isenções por categorias já eram entendidas como alternativas para a diminuição do encargo de trabalho da Comissão, devido à avalanche de notificações que o sistema ensejava. Todavia, nem esses, nem regras para as restrições verticais e horizontais surgidas foram suficientes para resolver a questão do volume de trabalho. O debate sobre reforma foi estimulado. As modificações aconteceram em 1º de maio de 2004, paralelamente à entrada dos dez novos Estados-membros na UE, data em que o novo Regulamento n. 1/2003 sobre a execução dos artigos 101 e 102 TFUE entrou em vigor.

Elas trouxeram aplicabilidade direta a mais regras e um maior comprometimento das instâncias nacionais, já que fundadas em princípios de descentralização. A reforma também promoveu uma completa troca de sistemas, tecnicamente falando, no caso o de reserva de autorização pelo de isenção legal²⁷.

Os princípios e pilares do atual sistema são descentralização, aplicabilidade direta, cooperação, maior poder de investigação da Comissão, concentração da atuação em violações relevantes, aumento da participação das instâncias nacionais, supressão do sistema de notificação e autorização, transferência às empresas da tarefa de averiguar se no comportamento pretendido não incidem as proibições do artigo 101, n. 1 TFUE, ou se o acordo apresenta os requisitos do artigo 101, n. 3 TFUE, e deslocamento dos direitos nacionais, por força do chamado princípio desalojador fático. Ele é previsto no artigo 3º do Regulamento n. 1/2003 e provocou uma radical modificação da relação entre direitos nacionais e comunitário da concorrência. Segundo ele, nos casos onde um acordo seja próprio para afetar o comércio entre os Estados-membros, o direito comunitário da concorrência encontra exclusiva aplicação e exclui o direito nacional. Em síntese, trata-se do abandono da aplicação paralela do direito nacional quando o caso for afetado por regra comunitária ou, dito de outra forma, da aplicação exclusiva do direito comunitário da concorrência em casos de afetação do comércio entre os Estados-membros.

27 BARTOSCH, Andreas. *Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine 'neue Verordnung Nr. 17'*, p. 101-107 e BARTOSCH, Andreas. *Von der Freistellung zur Legalausnahme: was geschieht mit der Rechtssicherheit?*, p. 462-473.

e) Regras aplicáveis ao controle de concentrações de empresas

No contexto de normas destinadas às empresas é de se relacionar as de controle das concentrações de empresas. Também regulamentadas pelo direito secundário, elas tinham tido suas últimas alterações com o Regulamento n. 1310/97, que modificou parcialmente o Regulamento n. 4064/89. Atualmente, ambos se encontram substituídos pelo de n. 139/2004.

O Regulamento n. 139/2004 consolidou as reformas ocorridas nesse âmbito, já que atualizou, unificou, reformulou e substituiu os regulamentos n. 4064/89/CEE e n. 1310/97/CE. A realização do mercado comum, a entrada em circulação do euro e o alargamento previsto para 2004 continuavam a conduzir as empresas a reestruturações. Impunha-se um instrumento único que permitisse um controle eficaz às concentrações. A regra editada garante uma clareza na aplicação das normas²⁸.

O Tratado não tem previsão legal para tal controle. Inicialmente foram aplicados os artigos 101 e 102 TFUE em caráter subsidiário. O sistema, com o tempo, mostrou-se imperfeito e, em 1989, surgiu um regulamento contendo normas para a atuação dos órgãos da UE diante das operações de concentrações de empresas. Tal regulamentação foi, por assim dizer, imposta com a chegada do objetivo de mercado comum e com o impulso dado a ele pelo Tratado do Ato Único Europeu, de 1987, o que levou as empresas a prepararem-se para esse mercado. Já a UE esperava do regulamento uma contribuição ao atingimento e manutenção do objetivo referido. O apoio que também essa norma deu ao processo de integração foi sensível. O novo regulamento de 2004 não promoveu alterações de sistema concorrencial, mas unificou as normas envolvendo questões de domínio de aplicação das regras, procedimentos de notificação, abertura dos procedimentos, apreciação das operações e poderes da Comissão e dos Estados-membros.

Desde 1º. de maio de 2004 a UE dispõe do Regulamento n. 139/2004, que revogou os dois anteriores e é o único a ser aplicado ao controle das concentrações de empresas. Conforme antecipado, teve como principal objetivo promover uma unificação das regras, além de alterações processuais, ainda que não tenham sido realizadas alterações nos patamares para a caracterização da dimensão comunitária. O ganho com essas reformas foi de endurecimento do controle e alargamento do seu espectro de aplicação. Isso teve como consequência benefícios à manutenção e ao funcionamento do mercado interno²⁹.

28 WEITBRECHT, Andreas. *Das neue EG-Kartellverfahrensrecht*, p. 69-73.

29 Ver o tema do controle de concentrações de empresas em HIRSBRUNNER, Simon. *Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle im Jahr 2005*, p. 711-716; WEITBRECHT, Andreas. *EU Merger Control in 2005 – An Overview*, p. 43-50; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Las Concentraciones de Empresas*, 332 p.; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 1191-1308; BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 601-604; TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*, p. 687-697; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 429-432; Díez MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de*

2 DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA APLICÁVEL AOS ESTADOS-MEMBROS

Esta parte do artigo se dedica às regras materiais e processuais do direito comunitário da concorrência aplicáveis aos Estados-membros. A proibição às ajudas públicas vem regulada nos artigos 107 a 109 TFUE. Ajudas públicas podem prejudicar a concorrência e conturbar a igualdade entre as empresas da mesma forma que as práticas antes relatadas. Por isso, a UE dispõe do mais rigoroso controle de todos os blocos comerciais³⁰.

A Seção II do Capítulo I do Título VI do Tratado prevê regras aplicáveis aos Estados-membros, que são complementares às da Seção I, aplicáveis às empresas³¹. Dentro das regras da concorrência estão as relativas aos auxílios públicos, destinadas aos Estados, tornando-os também destinatários daquelas, especialmente pela importância do tema na constituição do mercado comum e pela relevância que o controle das ajudas assumiu com a entrada em vigor desse mercado. Isso posto, inicialmente serão vistas as regras materiais.

A decisão do trato desses aspectos no Tratado se deu pelo efeito majoritariamente nefasto que os auxílios públicos promovem na concorrência e na consecução do mercado comum, motivo pelo qual foram severamente proibidos no ordenamento comunitário, já no direito primário.

Com as proibições à concessão de auxílios públicos, quis-se impedir que os Estados-membros modificassem artificialmente as condições da concorrência, subsidiando empresas, setores ou regiões que de outra forma não teriam competitividade face às congêneres dos outros Estados. Os auxílios foram considerados as principais medidas dos Estados contra a queda das barreiras e o principal implicador a um provável insucesso à época do mercado comum. Considerava-se que uma das maiores garantias que podia ser dada a uma empresa era que a concorrência não viesse a ser falseada de forma artificial³². Os efeitos na concorrência eram entendidos como tão nefastos que durante vários anos sequer as regras comportaram uma exclusão *de minimis*. Bastavam as derrogações para que a norma fosse entendida como ampla o suficiente.

Portanto, o trato das questões não vem sem antes ser feita uma introdução para ressaltar o nexo funcional e teológico existente entre a concessão ilegal de auxílios públicos e a concetização do mercado comum. Como é sabido, a concessão de tais auxílios pode vir a deturpar a liberdade de concorrência, infringir o direito da concorrência e, conseqüentemente,

la Unión Europea, p. 557-559 e em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 392-434.

30 Certamente em reflexo de a UE possuir a mais clara orientação a uma economia de mercado do mundo. EHLERMANN, Claus-Dieter. *The contribution of EC competition policy to the single market*, p. 273.

31 HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 150.

32 STEINDORFF, Ernst. *Beihilfeverbote im Gemeinschaftsrecht und nationals Privatrecht*. In: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag*, p. 497.

se não disciplinada, impedir os processos de integração que almejam o alcance da fase de mercado comum de chegar ao seu objetivo final.

Na seqüência, em terceira abordagem, serão apresentadas as regras processuais aplicáveis aos Estados-membros.

Por fim, são trazidas algumas reformas ocorridas nas regras aplicáveis aos Estados-membros, que descentralizaram ainda mais a aplicação das normas referentes às ajudas públicas, em momento prévio àquelas das regras aplicáveis às empresas.

a) Nexos entre auxílios públicos e concretização do mercado comum

O atingimento do mercado comum ensejou o desaparecimento dos obstáculos diretos, tais como as barreiras ao comércio. Eram aguardadas barreiras indiretas como efeito já da sua entrada em vigor e concessões de ajudas públicas como instrumento e último recurso dos Estados-membros. Este fato determinou uma nova orientação da Comissão relativa ao controle deles, que envolveu inclusive uma extensão conceitual e a afirmação categórica da exclusão da aplicação de uma regra *de minimis*, na época, aos auxílios públicos. Outras áreas, haja vista o original regulamento de controle das concentrações ser contemporâneo, também foram afetadas por essa nova orientação da Comissão.

Uma questão muito interessante e pertinente para os objetivos do estudo desse tema é o problema dos auxílios públicos destinados às empresas no quadro da construção progressiva de um mercado comum. Resumidamente, é a necessidade do controle das ajudas para concretizar o mercado comum após o desaparecimento de inúmeros obstáculos diretos ao comércio intra-comunitário. MORAIS, por exemplo, procura dilucidar o nexo funcional e teleológico entre as realidades jurídicas e políticas do controle dos auxílios públicos e do regime do mercado comum. Sua obra também contata com o problema da participação do Estado no capital das empresas e outras questões suscitadas pelas empresas públicas³³. A presente parte inicia, pois, com a caracterização desse nexo.

A concessão e o controle das ajudas se tornaram mais importantes com a entrada em vigor do mercado comum. Na exata medida em que as barreiras nacionais eram removidas, com as quais podiam contar, os Estados criavam barreiras indiretas de proteção artificial e concediam ajudas às suas empresas e parques industriais. Elas foram utilizadas pelos Estados-membros como instrumento e último recurso para a manutenção dos mercados nacionais. Ambas as práticas e a própria participação dos Estados no capital das empresas necessitaram ter seu controle reforçado. Ele não seria completo se a relação financeira entre os Estados e as suas empresas não tivesse sido incluída.

33 MORAIS, Luís. *O Mercado Comum e os auxílios públicos: novas perspectivas*, p. 95-175.

Esses procedimentos, considerados pela doutrina de nexos funcional e teleológico³⁴, se apresentaram como antagonísticos. Se tivessem se mantido, o efeito econômico teria sido de represália às empresas de maior eficiência e de perda de competitividade e de vantagens da unificação dos mercados, ademais de desperdícios de recursos estatais. Porém, não se pode negligenciar a contribuição do regime de ajudas para o alcance do mercado, por sua capacidade reguladora. Ele permitiu o estabelecimento de iguais condições de concorrência. Visando a isto é que o sistema não promoveu uma proibição total, mas um controle, pois, além de admitidos, alguns auxílios trazem vantagens para a economia como um todo, especialmente se vinculados a objetivos legítimos de crescimento econômico. Nesse sentido está a disciplina do artigo 107 TFUE, que prevê categorias de ajudas compatíveis com o mercado comum e outras que podem ser assim consideradas, a seguir expostas.

b) Regras materiais aplicáveis aos Estados-membros

A doutrina aponta três categorias de obstáculos indiretos, quais sejam, os problemas de harmonização fiscal, os problemas relativos aos contratos de direito público e os problemas relacionados com o controle dos auxílios públicos. Ainda que relevantes, não cabe aqui aprofundar todos os possíveis obstáculos indiretos, mas apenas o principal para este estudo, qual seja, a concessão de auxílio público.

É devido reafirmar que não se fala em uma completa nem em uma parcial eliminação, nem em uma proibição total³⁵, mas em um controle através da UE que permita assegurar um determinado grau de concorrência que, comportando certas restrições, assegure o dinamismo e a abertura dos mercados, fundado no princípio da concorrência praticável (*workable competition, leistungsfähiger Wettbewerb*)³⁶. Nesse sentido, entende-se que a consolidação do mercado comum impede uma repentina supressão de todos os auxílios públicos³⁷. Isto é, além de admitidos, alguns são necessários³⁸, dificilmente evitáveis, pois trazem vantagens para a economia como um todo³⁹. Isso responde porque o Tratado não proibiu aqui como fez nos

34 O fenômeno conhecido na doutrina como o nexos funcional e teleológico entre mercado comum e a política dos auxílios públicos está referido em MORAIS, Luís. *O Mercado Comum e os auxílios públicos: novas perspectivas*, p. 1, 7, 25 e 35.

35 KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen. *Grundfragen des EG-Beihilfenrechts*, p. 1065.

36 Conceitos e caracterização para uma concorrência perfeita podem ser vistos em CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, p. 9-12; CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Europeia*, p. 18-19 e em SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, p. 56-57.

37 ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*, p. 149 e FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. El control de las ayudas financieras nacionales. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; GONZÁLES CAMPOS, Julio D.; MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo: Estudio sistemático desde el derecho español*, p. 620.

38 ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*, p. 149.

39 CASPARI, Manfred. Die Beihilferegeln des EWG-Vertrags und ihre Anwendung. In: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). *Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag*, p. 71.

casos de abuso de posição dominante⁴⁰, em que não são previstas exceções. Vale ressaltar que “a ajuda estatal pode constituir um instrumento de desenvolvimento da política estrutural, quando certos objectivos legítimos de crescimento económico não possam ser atingidos unicamente pela ação das forças do mercado [...]”⁴¹. O próprio artigo 107 TFUE enuncia três categorias de ajudas que são compatíveis com o mercado interno (derrogação de proibições que resulta diretamente do Tratado e não está, por isso, dependente de qualquer intervenção comunitária) e quatro que podem ser consideradas compatíveis (se a Comissão não tiver razões para se opor a elas). Nesse sentido, a Comissão declarou certas ajudas para promover o desenvolvimento regional ou auxiliar determinadas indústrias como compatíveis com o mercado interno. A dificuldade reside em definir a compatibilização dos princípios de não falseamento à concorrência e eventual contribuição de determinados auxílios e do controle dos outros para o atingimento das metas comunitárias, entre as quais esteve uma vez o mercado comum. Para tanto existem regras, a seguir abordadas.

1. Artigo 107, n. 1, TFUE

O artigo que abre a seção Ajudas outorgadas pelos Estados é o 107 TFUE. Juntamente com o artigo 108 TFUE, atualmente oferece apenas uma primeira orientação⁴². Desde o momento da concepção do Tratado até hoje, numerosas decisões, comunicações e diretrizes da Comissão⁴³ e decisões dos Tribunais esclareceram os pontos centrais das questões envolvendo os auxílios públicos. Por exemplo, o seu n. 1 não possui efeito direto. Mas o artigo 108, n. 3, frase 3 TFUE tem. Isso é bem diferente da atual realidade dos artigos 101 e 102 TFUE.

Em linhas gerais, as práticas comerciais que promovem condições de diferenças podem decorrer de dois grandes grupos de atitudes: barreiras ao ingresso de produtos ou serviços estrangeiros, como restrições quantitativas ou qualitativas à importação⁴⁴, e ajudas a empresas nacionais, ou seja, ajudas públicas.

Por tal, segundo o artigo 107, n. 1 TFUE, salvo disposição em contrário do Tratado, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

Ante a isso, para que uma ajuda pública seja proibida, quatro são as condições necessárias: que haja uma vantagem para a empresa interessada, que seja concedida por um Estado ou mediante recurso estatal, que tenha

40 VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard. Reflexión sur l'application 'horizontale' des règles sur les aides d'État. In: DONY, Marianne (Coord.). *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*, p. 1595.

41 MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*, p. 320.

42 KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Grundfragen des EG-Beihilfenrechts*, p. 1065.

43 Considerada por EHLERMANN como um “árbitro independente” quando trata das questões de execução de regras relativas às ajudas públicas e derrogações da proibição. EHLERMANN, C.-D. *Les entreprises publiques et le contrôle des aides d'État*, p. 615.

44 CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 263.

caráter específico, isto é, que favoreça somente uma determinada empresa ou produção, e que afete as trocas comerciais entre os Estados-membros, isto é, apenas quando a ajuda pública modificar a situação da concorrência entre os concorrentes. E o comércio entre os Estados-membros é influenciado quando o acesso ao mercado é dificultado a concorrentes de outros Estados-membros.

Essas quatro condições são cumulativas. Quando uma delas não está presente, não se está perante uma ajuda de Estado, mas diante de uma relação comercial normal entre uma empresa e um membro da UE. Do contrário, quando se está presente às mencionadas condições, certamente se trata de uma ajuda de Estado, mas não necessariamente de uma ajuda vedada⁴⁵. Como dito, o sistema não contém nenhuma proibição absoluta⁴⁶ nem incondicionada de ajudas, mas um controle, exercido pela Comissão, regulado pelo artigo 108 TFUE, baseado em processo de fiscalização.

O conceito de auxílios públicos é mais amplo que o de subvenções. Estas envolveriam apenas os pagamentos pecuniários. Auxílios, mais amplamente vistos, seriam quaisquer sacrifícios ou encargos financeiros para o Estado⁴⁷. Mas não é necessário que haja um dispêndio de dinheiro, pois a despesa pode ter caráter negativo, como se verá mais detalhadamente quando forem citados exemplos. Também pouco interessa se o auxílio foi dado efetivamente pelo Estado. O que importa é a origem pública, independentemente da natureza jurídica das entidades que intervêm na atribuição concreta do auxílio. Ante a ausência de uma verdadeira definição, bem como de uma lista de medidas proibidas, o concreto alcance do conceito é precisado pela prática, marcado por um acentuado casuísmo, o que confere à jurisprudência um papel relevante⁴⁸.

A partir dos novos desenvolvimentos jurídicos experimentados pelo conceito de auxílios públicos, MORAIS analisa a subsunção sob este das participações públicas no capital das empresas públicas e as novas exigências em matéria de transparência das relações entre Estados-membros e empresas⁴⁹. É o caso do Estado-empresário, como agente econômico ou como acionista, acumulador dos papéis de proprietário e de poder público, suscetível à influência de vários objetivos⁵⁰.

A necessidade de uma transparência ditou o surgimento da Diretiva n. 80/723/CEE, que se constituiu na primeira etapa da nova orientação⁵¹ comunitária relativa às participações empresariais públicas. Essa diretiva

45 CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 264.

46 CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*, p. 171.

47 FIGUEREDO, Julio. Derecho de la competencia e integración económica: la situación en el Mercosur. In: *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2*, p. 79. Mais sobre o conceito de ajuda estatal pode ser visto em PASCAR, Norma A. II parte: El derecho de la competencia en la Comunidad Europea. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*, p. 91-94.

48 RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. *Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado*, p. 59. A ausência de uma definição no Tratado pode mesmo ter sido intencional. Uma expressa extensão do conceito levaria os Estados a encontrarem práticas que não se submetessem a ela. SCHINA, Despina. *State aids under the EEC treaty: Articles 92 to 94*, p. 13.

49 MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 95.

50 CASPARI, M. *Op. cit.*, p. 70 e MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 99.

51 MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 99.

consagrou um conceito lato de empresa pública, baseado no critério da influência dominante no comportamento da empresa⁵², o que não necessariamente se resume a uma participação pública majoritária.

Para o efeito da transparência, essa diretiva consagrou eventos a serem comunicados à Comissão, de forma meramente enunciativa, como por exemplo as subvenções a fundo perdido, empréstimos em condições privilegiadas, concessão de vantagens financeiras sob forma de não-percepção de benefícios ou de não-cobrança de créditos e renúncia à remuneração normal dos recursos utilizados.

Participações empresariais públicas podem constituir uma forma original de auxílio público incompatível, desde que não correspondam aos padrões normais de investimentos, em especial nos casos em que as sociedades não teriam capacidade para se financiarem no mercado de capitais, análise que é feita com o uso do critério do investidor privado normal, logo a seguir visto.

A caracterização como auxílio envolve ainda a análise do mercado relevante⁵³. A definição deste, como já visto, envolve os critérios territorial e do produto. O do produto leva em conta a ótica do consumidor, julgada segundo o conceito mercadológico de necessidade. Perante a existência de saturação no mercado ou capacidade produtiva instalada excedente, qualquer, mesmo a mínima vantagem concedida a uma empresa por um Estado poderá afetar o comércio intra-comunitário. Um efeito, todavia, sobre o mercado relevante, diferentemente do que se passa nos artigos 101 e 102 TFUE, não chega a ser necessário para a proibição da concessão do auxílio⁵⁴.

O conceito de Estado deve ser entendido de forma ampla e não pode basear-se unicamente na terminologia de um dos Estados-membros. Fazem parte do Estado as instituições constitucionalmente independentes, as coletividades descentralizadas, os organismos de tipo corporativo, os organismos públicos e privados instituídos pelo Estado, as pessoas jurídicas de direito público, todos os órgãos da administração, as entidades regionais ou locais dos Estados-membros, organismos cuja composição e funcionamento estão previstos por lei e que dependem dos poderes públicos pela nomeação dos seus membros, organismos públicos ou privados que o Estado institui ou designa com a finalidade de gerir a ajuda, entre outros⁵⁵.

52 CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 190-198.

53 KOENIG e KÜHLING falam da necessidade de uma aplicação mais larga deste conceito como um dos princípios para a redução de inconseqüências e déficits no controle de ajudas públicas. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung?*, p. 522.

54 JESTAEDT, Thomas; MIEHLE, Andreas. *Rettings- und Umstrukturierungsbeihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten: Die neuen Leitlinien der Kommission*, p. 659. No mesmo sentido de que basta que a afetação seja potencial, o que no caso de auxílios é até presumido, ver NOWAK, Carsten. *Die Entwicklung des EG-Beihilfenkontrollrechts in den Jahren 1998, 1999 und 2000*, p. 296.

55 Fundamentações jurisprudenciais para esta série de exemplos podem ser vistas em ALVES, J. de J. F. *Op. cit.*, p. 319-320.

A especificação do que significa a palavra Estado é tarefa da Comissão e do TJUE. A palavra assume necessariamente um significado muito amplo, devido à substancial diversidade da organização administrativa dos países. Alguns possuem estrutura centralizada, como França e Holanda, e, outros, estrutura descentralizada, marcada pela repartição de competências entre Estado central e regiões, como Alemanha e Espanha. Assim, ambas as instituições consideram que a ajuda pode ser a concedida pelo Estado como entidade jurídica própria ou por sua articulação, qual seja um ministério, a província, a comunidade, a municipalidade, o departamento, a região, a comunidade autônoma ou os *Länder* alemães. Todos são diretamente obrigados, no âmbito de suas competências, a observarem as regras relativas à concessão de auxílios públicos.

Também as ajudas que não sejam pagas diretamente por organismos estatais devem submeter-se às regras. O importante é que em ao menos uma parte delas⁵⁶ haja recursos provenientes de recursos estatais. Sempre que o subsídio venha a sobrecarregar o orçamento de um Estado-membro, este requisito é cumprido. Não faz a menor diferença se o auxílio é proveniente do próprio Estado-membro ou de alguma de suas corporificações. O que seriam instituições do Estado? Numa interpretação ampla, como visto acima, estão envolvidas as empresas detentoras de direitos especiais ou exclusivos que fornecem auxílios estatais. Mas e o caso de instituições públicas e privadas erigidas pelo Estado? A discussão reside nas públicas, erigidas pelo Estado, mas mantidas por recursos privados. As privadas, que distribuem dinheiro estatal, assim quando são mantidas por empresas estatais, tornariam este um auxílio público, pois provenientes do Estado. Agora, e as públicas, que distribuem dinheiro privado? Pode vir este a ser considerado auxílio também, sempre que seja o Estado o ordenador da distribuição do dinheiro, isto é, quando a escolha do beneficiário recaia sobre o Estado ou alguém por ele indicado. Tal caráter faz com que o recurso estendido seja considerado auxílio. Essa análise se dá pelo grau da possibilidade de influência do Estado na concessão⁵⁷.

Os auxílios são classificados em despesas orçamentais positivas, nas quais entrariam as subvenções, despesas orçamentais negativas, envolvendo os benefícios fiscais, e as participações públicas no capital de empresas, que é a menos transparente de todas as modalidades⁵⁸.

Isso posto, como exemplos, são auxílios as isenções fiscais, qualquer diminuição das receitas públicas, bonificações de juros, coberturas de perdas de exploração e toda e qualquer outra medida equivalente, já que nenhuma enumeração é taxativa nem vinculativa, mais os auxílios para investimentos diretos, favorecimentos de créditos, facilitações de impostos,

56 MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, p. 550.

57 CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 219. Mais sobre o grau da possibilidade de influência estatal (*Grad der staatlichen Einflussmöglichkeit*) pode ser visto em KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Grundfragen des EG-Beihilfenrechts*, p. 1068.

58 Segundo outra classificação, tais situações podem ser agrupadas em três categorias: financiamento da empresa em condições diversas das quais poderia oferecer o mercado de capitais, aportes de capitais em condições de não-remuneração e alívio sobre o balanço. CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 265.

tarifas especiais para serviços públicos e compras de terrenos abaixo do preço de mercado⁵⁹. As ajudas concedidas por um Estado podem assumir ainda outras variadas formas, tais como garantias de empréstimos em condições particularmente favoráveis, concessão de prédios ou terrenos a título gratuito ou em condições particularmente favoráveis, financiamento de infra-estrutura e urbanização⁶⁰, fornecimento de bens ou serviços em condições preferenciais, isenção de impostos e taxas, isenções de direitos para-fiscais ou outras medidas de efeito equivalente, como o Estado deixar de receber ganhos financeiros.

A relação entre favorecimento e prestação pode ser avaliada a partir do critério de investidor privado (*market economy investor, Marktinvestorenprinzip*), que é decorrente da jurisprudência⁶¹. Há critérios informadores importantes que não constaram do Tratado e que, portanto, vieram a ser definidos pelo TJUE, como por exemplo o aqui abordado⁶². Mas, enfim, como diferenciar a atitude do Estado perante as empresas enquanto outorgador de auxílios ou investidor comum? Pois esta diferenciação é dada pelo critério do investidor privado. A sua aplicação hoje é plenamente reconhecida.

Entende-se por critério do investidor privado o aplicado quando o Estado financia uma empresa pública como acionista ou investidor normal. Isto é, quando financia a empresa como um acionista que financia uma empresa privada, com auxílios efetuados em circunstâncias aceitáveis por um investidor privado. Nesse caso, a análise que tem que ser feita é averiguar se em idênticas situações um investidor privado, pelas possibilidades de rentabilidades previsíveis, com abstração de considerações de caráter social ou de política regional ou setorial, teria igualmente procedido tal ingresso de capital ou, noutra perspectiva, se o investidor privado teria dispensado o recebimento de lucros que o Estado-membro dispensou. Ou, dito de outra forma, não se pode falar de auxílios de Estado e nem de favorecimento quando há entrada de capital fresco nas empresas, se ocorrer em circunstâncias que sejam aceitáveis para um investidor privado, atuando em condições normais de uma economia de mercado. Enfatizando, vale dizer que sempre que um investidor privado, baseando-se na taxa previsível de rentabilidade do capital investido⁶³, tomasse a mesma decisão,

59 FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maike. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*, p. 100. Outro tanto está citado em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 207-208.

60 Sobre esta modalidade de ajuda em específico, ver SOLTÉSZ, Ulrich. *Öffentliche Finanzierung von Infrastruktur- und Erschließungsmaßnahmen und das EG-Beihilferecht*, 107-111.

61 Caso República Italiana c. Comissão (Alfa Romeo), TJCE, Col. 1991, p. I-1603, apartado 19 e seguintes, embora não haja acordo entre os autores em indicar qual foi a primeira sentença do Tribunal que confirmou a validade da aplicação do princípio. A Comissão se valeu de uma Comunicação de 17 de setembro de 1984 para tanto. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. *Op. cit.*, p. 63-65.

62 Ver um estudo mais detalhado em JAEGER JUNIOR, Augusto. Os critérios de mercado relevante e investidor privado no Direito Comunitário da Concorrência. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org.). *Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI*, p. 187-191 e em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 181-198.

63 Critérios para a determinação da rentabilidade provável do investimento, baseados no custo do capital e na taxa de retorno mínima, segundo o modelo de valoração de ativos financeiros, no prazo razoável de recuperação do investimento e no momento em que se tomou a decisão de investir, são analisados em RODRÍGUEZ MIGUEZ. *Idem*, p. 68-74.

o caso não se trata de auxílio e sim de investimento. O momento para essa análise, também um fator a considerar⁶⁴, é o no qual se adotou a decisão de investimento ou financiamento.

2. Artigo 107, n. 2 TFUE

Na sequência do Tratado, o artigo 107, n. 2 TFUE apresenta as primeiras derrogações da proibição por exceções legais. Há situações em que as condições de mercado não permitem um livre comércio. Em tais hipóteses as ajudas públicas não são vistas como negativas⁶⁵, desde que completem a lacuna estrutural da empresa ou de setor débil da economia. A vertente social e o caráter excepcional que elas comportam fazem com que se adaptem perfeitamente aos princípios e normas do direito comunitário⁶⁶. Portanto, o Tratado exclui a aplicação das regras nos âmbitos ali elencados e permite a derrogação da proibição constante do artigo 107, n. 1 TFUE.

Algumas derrogações assumem caráter automático⁶⁷, outras são de decisões discricionárias da Comissão, possíveis em presença destas determinadas condições. As exceções *de iure* são imperativas, aplicando-se independentemente de qualquer apreciação das instituições comunitárias e de se afetam os intercâmbios ou falseiam a concorrência.

Essas exceções representam um estreito campo⁶⁸ de auxílio, que servem a circunstâncias sociais especiais ou à minimização de prejuízos, ou ao equilíbrio de desvantagens. Por isso, as disposições do artigo 107, n. 2 TFUE, são de *per se* compatíveis com o mercado comum. O entendimento que se tem é que são ajudas⁶⁹, e sempre compatíveis com o mercado e com a concorrência comunitários, ainda que afetem os intercâmbios entre os Estados-membros, embora se saiba que essas permissões podem falsear a concorrência e como resultado final comprometer o atingimento do mercado comum.

A primeira exceção refere-se aos auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos. A segunda, aos auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários. Esses fenômenos são os que os ingleses classificam como *acts of God* e envolvem inundações, secas e epidemias. Por fim, a última regra de exceção refere-se aos auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República

64 KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*, p. 326.

65 CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 272.

66 MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 556.

67 Algumas posições doutrinárias se referem a uma inexistência de poder de apreciação no quadro do artigo 107, n. 2 TFUE, como há no n. 3. MORAIS não concorda inteiramente com este pensamento, ao afirmar que “O caráter automático do reconhecimento destas derrogações só aparentemente elimina por completo qualquer margem de apreciação da Comissão. ‘Essa faculdade de apreciação subsiste (sob forma de discricionariedade propriamente dita, ou sob uma qualquer forma de discricionariedade imprópria)’ embora em menor grau e extremamente limitada por vinculações normativas”. MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 88-89.

68 KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 330. Também sobre a interpretação estreita que a prática oferece ver NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 296-297.

69 Assim FERNÁNDEZ FARRERES, para quem esta é a única forma de entender o verdadeiro sentido da previsão, uma vez que se ela não existisse, as ali constadas seriam consideradas ajudas. FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Op. cit.*, p. 633.

Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens econômicas causadas por essa divisão (*Teilungsklausel*). Nessa questão, somente são admitidas as ajudas que mostrem uma função eliminadora de prejuízos, que venham condicionadas à separação da Alemanha e que precisam ser originadas em uma relação de causalidade entre prejuízos econômicos e a separação físico-geográfica. Com a Unificação Alemã, essas ajudas tornaram-se de maior necessidade, tendo em vista as enormes transferências de recursos que vêm sendo efetuadas a fim de reequilibrar as disparidades na Alemanha⁷⁰.

3 Artigo 107, n. 3 TFUE

O artigo 107, n. 3 TFUE apresenta as cláusulas excepcionais submetidas a julgamento discricionário. Estas contêm os requisitos para a autorização de concessão de ajudas. As situações listadas são ajudas, mas apesar do efeito falseador da concorrência e dos intercâmbios comerciais que delas possa derivar, poderão ser consideradas compatíveis com o mercado comum. O rol é taxativo, e não exemplificativo como os demais, especialmente os dos artigos 101 e 102 TFUE⁷¹.

Há três domínios de auxílios públicos que podem ser sujeitos a um juízo de compatibilidade com o Tratado, quais sejam os auxílios de natureza regional, que são de grande importância para a UE⁷², auxílios de natureza setorial e auxílios de caráter geral. Atualmente, em função da autorização recebida pelo Regulamento n. 994/98, tem e já usou a Comissão a possibilidade de definir por regulamentos de isenção por categorias os auxílios que devem ser dispensados da obrigação de notificação.

Outras possibilidades de exceções também são admitidas. O artigo 109, n. 1 TFUE tem como resultado a utilização de isenções por categorias para as liberações das proibições nos casos de ajudas públicas. Para tanto, existem regulamentos de isenção que se relacionam a auxílios para formação profissional, auxílios para pequenas e médias empresas e para ajudas ocupacionais⁷³. Na condição de regulamentos, as isenções da proibição da concessão de auxílios públicos possuem aplicabilidade direta. Os Estados doadores não se submetem ao processo de notificação do artigo 108, n. 3 TFUE. Isto é, caso uma ajuda cumpra os requisitos para a isenção disposta em algum dos regulamentos, o Estado está dispensado do dever de notificação. Ainda, outra vantagem observada com a adoção de regulamentos é que os processos sofrem uma facilitação e aceleração por ocasião da averiguação por parte da sobrecarregada Comissão, o que

70 CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 242-243 e KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 330.

71 A doutrina observa que o debate quanto ao caráter meramente exemplificativo dos artigos 101 e 102 TFUE não é conclusivo, já que “Há os que consideram estas descrições legislativas como sendo ‘tipos fechados’”. A discussão pode ser acompanhada em PASSOS, Fernando. *O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul?*, p. 32-33.

72 Sobre as diretrizes da UE que reduziram o número de regiões e diminuíram os patamares máximos admissíveis destas ajudas, apontadas também como promotoras de uma reforma, ao lado das medidas aqui evidenciadas, ver KEPPELNE, Jean-Paul. (*R*)*évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'État*, p. 139-141.

73 KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 331 e PASCAR, N. A. *Op. cit.*, p. 98-101.

vinha muito relacionado aos desejos de reforma das regras de aplicação dos artigos 101 e 102 TFUE.

O rol taxativo do artigo 107, n. 3 TFUE apresenta cinco hipóteses. A primeira refere-se aos auxílios destinados a promover o desenvolvimento econômico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, conhecidas como as ajudas regionais e dizem respeito a territórios definidos. As regiões europeias não são economicamente homogêneas e, em função disso, há as que são sustentadas pelos Estados. Para que uma ajuda possa ser autorizada sob essa regra, a Comissão elabora um projeto coerente e orgânico que estabeleça previamente a linha de intervenção e os meios de realização.

A segunda hipótese do n. 3 refere-se aos auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-membro. Assim é o caso da construção de uma ponte ou de um aeroporto. Nestes, é prevalente o interesse geral comunitário ante a intervenção do Estado, o que permite que uma ajuda seja considerada compatível com as regras do Tratado. Bem como o dos auxílios destinados a sanar uma grave perturbação da economia de um Estado-membro, diversa de calamidades naturais ou de outro evento de natureza excepcional, pois essas vêm tratadas no n. 2, letra b, do mesmo artigo.

A terceira hipótese refere-se aos auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum. O conceito de atividade econômica não compreende qualquer tipo de atividade comercial, mas aquela que pode caracterizar a produção nacional de um Estado-membro. Deve ser assinalada com certa relevância na economia geral, e por tal um auxílio pode ser considerado compatível. Assim, vê-se a construção naval, a agricultura, a indústria automobilística e o transporte aéreo.

A quarta hipótese diz respeito aos auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do patrimônio, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na UE em sentido contrário ao interesse comum. Ela tem sido empregada para favorecer a indústria editorial e cinematográfica europeia, obrigada a competir com a poderosa norte-americana, que dispõe de grandes investimentos e canais de distribuição.

Por fim, o artigo encerra as outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão. Essa alínea manifesta a larga margem de apreciação que a Comissão detém. A discricionariedade aqui é enorme, ainda que vozes doutrinárias vejam uma salvaguarda contra possíveis abusos nos condicionamentos da decisão do Conselho⁷⁴. Assim, o Tratado expressa o desejo de não limitar a vontade de aceitar outros tipos de ajudas, sempre e quando estas sejam relevantes para a finalidade perseguida.

⁷⁴ SCHINA, D. *Op. cit.*, p. 62.

A prática da Comissão pode ser melhor observada segundo os objetivos do fomento ou os destinatários do favorecimento⁷⁵. Quanto às ajudas segundo os objetivos do fomento, vale referir que as que diminuem os custos das empresas, sem propósitos ou projetos, são perniciosas e por tal não são autorizadas. Mas o artigo 107, n. 3, alínea a TFUE prevê exceções. Ajudas às exportações também são proibidas. Não cabem nem na exceção da regra *de minimis*. Ajudas financeiras para investimentos só são autorizadas com o objetivo de fomentos regionais ou envolvendo pequenas e médias empresas, ou ainda proteção ao meio ambiente. Alguns tipos de ajudas para pesquisa e desenvolvimento podem ser concedidas, em patamares entre 25 e 50 por cento dos custos brutos da pesquisa. Para a proteção ao meio ambiente, a Comissão possui regras do ano de 2000 com vistas à concessão de determinados auxílios. Quanto à formação profissional, desde 2001 grande parte dos auxílios dessa natureza estão liberados da notificação à Comissão, em função do Regulamento n. 68/2001/CE. Ainda, ajudas a vagas de trabalho só são permitidas em determinadas situações e por determinado tempo e necessitam ter como resultado a manutenção das vagas. Para a criação de novas vagas as ajudas são vistas com melhores olhos.

A prática da Comissão também se refere, por vezes, ao círculo de favorecidos. Aí é possível serem enquadrados projetos nacionais, em que certas ajudas, destinadas a algumas regiões, são automaticamente admitidas. Necessidades de investimentos em regiões de estruturas econômicas fracas tornam este tipo de auxílio não fatalmente impensável. Por tal, só são proibidos os auxílios que interferem na concorrência. Empresas em dificuldades representam uma outra categoria de favorecidos. Essas ajudas devem ser bem controladas, pois ações de salvamento podem meramente transferir esse problema a outras empresas ou Estados-membros. Quanto às pequenas e médias empresas, há disciplina no Regulamento n. 70/2001/CE. Ajudas a investimentos são permitidas em patamares de 15 por cento para pequenas e 7,5 por cento para médias, do total bruto dos custos.

c) Regras processuais aplicáveis aos Estados-membros

As regras processuais aplicáveis aos auxílios públicos encontram-se no artigo 108 TFUE. A frase 3 do seu n. 3 detém aplicabilidade direta. Um detalhamento delas é encontrado no Regulamento n. 659/99 do Conselho⁷⁶. Enquanto o artigo 108 TFUE apenas regula o procedimento em linhas gerais, ele contém um preciso e complementar caminho a ser seguindo, com o objetivo de tornar a fiscalização mais transparente e fornecer então uma melhor segurança do direito, eficiência e clareza. Até então a aplicação das regras processuais somente era entendida a partir

75 RAWLINSON, Francis. *Staatliche Beihilfen*. In: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.). *EU- und EG-Vertrag: Kommentar*, p. 1064-1066.

76 Uma análise ampla sobre o conteúdo dele pode ser vista em SINNAEVE, Adinda. *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts*, p. 270-277.

da própria prática da Comissão e das decisões do TJUE⁷⁷, o que tornava uma codificação sempre algo aguardado. Assim, pela primeira vez passou a UE a contar com uma ordem processual codificada para as questões envolvendo as ajudas públicas.

d) Reformas dirigidas à modernização e descentralização nas regras

Assim como os artigos 101 e 102 TFUE e o Regulamento de controle das concentrações de empresas, também as regras das ajudas públicas sofreram a sua própria reforma. Em 1998, o Conselho usou pela primeira vez em quase quarenta anos a autorização do artigo 109 TFUE, que lhe permite emitir regulamentos de execução necessários à aplicação dos artigos 107 e 108 TFUE.

Com efeito, o Regulamento n. 994/98 deu claros poderes à Comissão para excetuar, através de regulamentos de isenção por categorias, determinadas categorias de auxílios públicos horizontais. De certa forma, já vinha sendo admitido que certas situações padrões, cuja compatibilidade com o mercado comum não apresentavam problemas, sempre fossem dispensadas. Nessa autorização estava compreendida a possibilidade de isenção da proibição de ajudas dadas a uma mesma empresa, por um período e montante determinados, segundo o artigo 2º., n. 1⁷⁸. Auxílios que venham a se enquadrar nos requisitos disciplinados⁷⁹, através dos quais uma compatibilidade estará assegurada, também não se submeterão ao dever de notificação⁸⁰. Obrigados à notificação restarão apenas os auxílios referentes aos grandes projetos. É o mesmo que dizer que o processo de notificação *ex ante* foi substituído por um controle *ex post*, que em função da aplicabilidade direta é exercido por mais órgãos, inclusive nacionais. Os tribunais nacionais devem averiguar se os requisitos dos regulamentos de isenção por categorias são cumpridos e decidir a compatibilidade com o mercado interno. Para tal descentralização, alegou a Comissão o acúmulo de trabalho.

Em 1999 surgiu o Regulamento n. 659/99 sobre regras de procedimento, também fundado na autorização do artigo 109 TFUE, que disciplinou os diferentes processos do controle de auxílios e promoveu

77 Mesmo assim, de forma não codificada, permitia se falar na existência de uma ordem processual aplicável à concessão de ajudas públicas. ALTMAYER, Sabine. *Gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Beihilfen: Rückforderung und deren Durchsetzung im deutschen Recht*, p. 13-14.

78 Comentários sobre a nomeação de cinco categorias já neste regulamento, o que viria a facilitar a posterior regulamentação dele, como de fato ocorreu, pois as categorias já eram bem conhecidas, podem ser vistos em KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 133-138.

79 A discussão doutrinária até então questionava se os regulamentos baseados no artigo 109 TFUE (ou os baseados no baseado neste artigo, que é o que veio a ocorrer) poderiam ampliar o catálogo de ajudas consideradas compatíveis com o mercado comum. A resposta parecia ser negativa, ante a impossibilidade de um regulamento alterar disposições do direito primário. FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Op. cit.*, p. 643. O catálogo não poderia ser ampliado, nem quando se tratasse de ajudas que promovessem a realização dos fins perseguidos pelo Tratado. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 240.

80 GUAL, Jordi. *Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea*, p. 96.

em uma matéria sempre considerada obscura uma melhor transparência e segurança. Ambos os regulamentos citados serviram para modernizar e fornecer uma nova orientação ao direito de concessão de ajudas públicas. Seu principal significado está no valor de uma codificação de regras processuais antes só tidas em comunicações e sentenças, e não tanto nelas próprias, e na segurança jurídica atingida⁸¹.

e) Primeiros regulamentos de isenção por categorias

Já em 2001 a Comissão emitiu três regulamentos, à imagem e semelhança dos regulamentos de isenções por categorias relacionados com o artigo 101, n. 3 TFUE. Pela primeira vez alguns setores recebedores de ajudas eram dispensados da notificação. A partir de então, sempre que os requisitos do regulamento de isenção fossem cumpridos, as ajudas podiam ser concedidas sem a autorização da Comissão. Essa também foi a primeira vez que a Comissão usou de seus poderes delegados pelo Conselho mais de dois anos antes no Regulamento n. 994/98⁸², o primeiro aqui abordado em termos de reformas. Os regulamentos receberam os ns. de 70/2001, 68/2001 e 69/2001. Respectivamente, trataram dos temas de auxílios às pequenas e médias empresas, especialização, bem como houve a codificação da regra *de minimis* para as ajudas públicas. Os dois primeiros são vistos como típicos regulamentos de isenção por categorias⁸³ e o último é como o estabelecedor da regra que até então só fazia parte de uma comunicação. Isso tudo promoveu alterações na aplicação das regras dos auxílios e por tal pode ser visto como um *Novum*⁸⁴, ou ao menos como uma reforma que trouxe transparência e segurança jurídica aos participantes do processo. A novidade é que eles definiram os critérios de autorização para a concessão de auxílios, isto é, regulam a dispensa do até então centralizador e abrangente controle da Comissão.

Visto o caso de outra forma, é de ser dito que o controle do cumprimento dos critérios de concessão de determinados tipos de auxílios foi transferido da Comissão para os Estados-membros⁸⁵. Esses regulamentos oferecem a possibilidade de um controle de auxílios ao

81 SINNAEVE, A. *Op. cit.*, p. 277. Também sobre a importância de ambos os regulamentos para o desenvolvimento do direito comunitário do controle das ajudas públicas nos anos subsequentes aos seus lançamentos ver NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 293-306. Um primeiro balanço positivo da aplicação do Regulamento n. 659/99, especialmente quanto ao fato de ele ter conduzido para confirmações e modificações das interpretações tidas pela Comissão até o seu surgimento, pode ser encontrado em BARTOSCH, Andreas. *5 Jahre Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, eine Zwischenbilanz*, p. 43-49.

82 Os motivos desta demora, como oferecimento de propostas, prazos de consultação, votação, oitivas, recebimento de manifestações, pelos quais também a Comissão preferiu emitir os três regulamentos simultaneamente, podem ser vistos em SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 69.

83 Um detalhamento das regras dos regulamentos pode ser consultado em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 251-254 e 260-263.

84 SINNAEVE, A. *Op. cit.*, p. 67.

85 Dúvidas sobre o fato dos tribunais nacionais disporem de meios e de mentalidade jurídico-econômica necessários para julgar casos desta natureza foram levantadas por CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 239.

nível de Estado-membro. Isto é, concorrentes que se sintam prejudicados podem dirigir suas queixas à Comissão ou diretamente aos tribunais nacionais, caso acreditem que as condições para a concessão do auxílio, segundo os regulamentos, não foram satisfeitas⁸⁶. A única limitação parece estar no grau de discricionariedade, que no caso dos Estados-membros restará limitado. Assim, não poderá ser declarada a incompatibilidade das ajudas, mas somente sancionada a ilegalidade pela obrigação da violação de notificação⁸⁷.

Os argumentos levados em conta para essa reforma foram, em regra, a necessidade de supressão das incertezas, a multiplicação de notificações, o aumento do número de processos, a explosão do contencioso perante o juiz comunitário, a necessidade de descarga da Comissão e a possibilidade de ela, em função disso, concentrar-se nos casos mais graves⁸⁸. A experiência mostrava que os processos de notificação não ofereciam vantagens nítidas e limitavam a Comissão a dirigir seus recursos a casos que falseavam de forma mais nefasta a concorrência. Já para os Estados os benefícios também foram sensíveis, especialmente em ordem de eficiência, economia e no reforço do princípio de subsidiaridade⁸⁹.

Em termos de conteúdo, os regulamentos não alteraram a política da Comissão. Apenas facilitaram o processo, pois trouxeram os critérios materiais para a autorização de certas ajudas em si. Esses critérios não diferiram muito dos que já vinham sendo aplicados pela Comissão⁹⁰. Eles estabeleceram um teto máximo que, superado, determina às ajudas o caminho normal da notificação regulado pelo artigo 108, n. 3 TFUE. Com isso, segue a Comissão a controlar as grandes ajudas, isto é, as que podem ter grande efeito na concorrência.

Alguns processos de controle, com a dispensa das notificações, passaram a ser exercidos por mais órgãos, como os tribunais nacionais. Estes devem averiguar se os requisitos dos regulamentos de isenção por categorias são cumpridos, por exemplo, e decidir a compatibilidade da ajuda pública com o mercado interno. Trata-se da diminuição da centralização da aplicação das regras pela Comissão. Agora todos devem cuidar para que os requisitos legais sejam cumpridos. Os concorrentes, em especial, dispõem de duas instâncias para dirigirem suas queixas, caso entendam que as condições para a concessão de um auxílio não foram satisfeitas e que isso os prejudique.

86 SINNAEVE, A. *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts*, p. 270, nota de rodapé número 3.

87 KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 136.

88 KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 125. KOENIG e KÜHLING falam da necessidade da focalização do raio do controle (*Fokussierung des 'Kontrollstrahls'*) como um dos princípios para a redução de inconseqüências e déficits no controle de ajudas públicas. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung?*, p. 521.

89 SINNAEVE, A. *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts*, p. 270 e SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 70.

90 SINNAEVE observa apenas se não teria sido a oportunidade de a Comissão retocar o conceito de pequenas e médias empresas, o que melhoraria a segurança jurídica. SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 72.

A UE ainda se adapta às ampliações de Estados-membros de 2004 e 2007, à modernização da aplicação das normas dos artigos 101 e 102 TFUE e à nova regulamentação das ajudas públicas. Todos esses processos representaram e seguem representando grandes desafios à defesa da concorrência.

Com caráter programático, ela adotou, no ano de 2005, um “Plano de Ação no Domínio das Ajudas Públicas”⁹¹, isto é, um “roadmap” para a reforma do direito comunitário das ajudas públicas prevista para ocorrer de 2005 a 2009, que deveria viabilizar a tomada de menores e melhor orientadas ajudas públicas no mercado comum. Esse plano de ação previu no ponto 35 a promulgação de um Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas, que isentaria do dever de notificação determinadas categorias de ajudas, de acordo com o artigo 108, n. 3 TFUE. Esse Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas foi adotado como Regulamento n. 800/2008⁹², em 6 de agosto de 2008⁹³.

3. DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL

O direito da concorrência hoje em dia desempenha um dos papéis mais importantes na política econômica interna e externa. Não causa surpresa, portanto, que exista certa tradição nessa área nos Estados-partes do Mercosul e até mesmo nesse próprio. A questão é saber quanto capazes são as respectivas legislações e a fiscalização da concorrência no Mercosul para dedicar-se a esse assunto.

Pesquisas mostram que a produtividade das empresas brasileiras é relativamente baixa em comparação com a produtividade de empresas de outros Estados com legislações mais desenvolvidas, como os EUA, a Alemanha ou o Reino Unido⁹⁴. As razões primeiras para tanto “são as proteções tarifárias, monopólios ou subsídios governamentais”, que permitem que firmas mal geridas sobrevivam em um ambiente com relativamente pouca concorrência. No âmbito do Mercosul, o direito da concorrência – junto com as liberdades econômicas fundamentais de um mercado comum – ajuda a integrar os mercados e os cidadãos dos Estados-partes do mercado comum. O âmbito dessa parte do presente artigo é, portanto, examinar o status quo do conceito e das políticas antitruste do Mercosul.

a) Conceito no Tratado de Assunção

O Mercosul, estabelecido pelo Tratado de Assunção (TA), em 1991, não possui nenhuma regra comparável à do ex-artigo 4º. TCE, referente

91 Comunicação da Comissão Europeia COM (2005), 107, versão final de 7 de junho de 2005.

92 JOCE n. L 214, de 9 de agosto de 2008, p. 3.

93 Sobre o mesmo, conferir a doutrina de BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3612-3617 e de NYSSSENS, Harold. The General Block Exemption Regulation (GBER): bigger, simpler and more economic. *Competition Policy Newsletter*, p. 12-18.

94 MENEZES, Naercio Filho. *A baixa produtividade das firmas brasileiras*. Valor, 19-21 de fevereiro de 2010.

a uma orientação segundo um princípio de economia de mercado aberta e de livre concorrência. Nem foram negligenciados tais princípios pela organização⁹⁵. Contudo, o artigo 4º. TA determina um dever dos Estados-partes de coordenar e harmonizar as respectivas legislações nacionais concorrenciais. Isso não cria uma competência de legislação para nenhum órgão do Mercosul, pois ele não se trata de um instituto supranacional, que assume competências nacionais.

Para atingir esse objetivo foi designado, através da Decisão n. 20/94 CMC, de 1994, o Subgrupo de Trabalho n. 10, do Grupo Mercado Comum. Isso marca o início de uma política de defesa da concorrência no Mercosul e é, portanto, um antecedente imediato do Protocolo de Fortaleza de Defesa da Concorrência, que será apresentado mais adiante. O fato de que um dos Estados-partes não tenha legislação interna sobre tal assunto, e na prática só se tenha que estudar duas legislações dessa ordem, facilitou esse trabalho, mas também tornou impossível uma comparação com as regras comunitárias⁹⁶, antes vistas.

O princípio da gradualidade, expresso no artigo 6º. TA, determina que o processo de integração avance não de maneira abrupta, mas sim de acordo com decisões graduais, visando à homogeneização e ao fortalecimento de todos os participantes, tendo em conta a heterogeneidade socioeconômica dos Estados-partes⁹⁷. Junto com os princípios de flexibilidade e progressividade, certamente, ele se reflete no tratamento da política da concorrência pelo processo de integração econômica⁹⁸.

b) Decisão n. 21/94 CMC

A primeira regra que se referiu à liberdade de concorrência foi a Decisão n. 21/94 CMC, de 1994. Essa definiu as pautas básicas à formulação do Protocolo de Defesa da Concorrência, procurando parâmetros que fossem compatíveis com as legislações internas sobre a concorrência dos Estados-partes do Mercosul e foi aprovada na VII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em Ouro Preto. Utilizando uma cláusula geral de ilicitude ou abusividade e a enumeração não exaustiva de classes de condutas consideradas proibidas, ela definiu os atos de impedir⁹⁹, restringir¹⁰⁰ e distorcer¹⁰¹ a concorrência. Tais regras serviriam como parâmetros mínimos que devem ser incorporados às legislações dos Estados-partes e, através disso, harmonizar esse campo jurídico no âmbito do Mercosul¹⁰².

95 JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 638 e 640.

96 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 361.

97 KLEIN, Vinicius. *O direito da concorrência no Mercosul*, p. 196.

98 KLEIN, Vinicius. *O direito da concorrência no Mercosul*, p. 197.

99 Criar obstáculos.

100 Suprimir a liberdade de certas decisões econômicas.

101 Modificar as condições de troca.

102 JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 648.

Junto com a referida decisão, foi aprovado um documento intitulado “Pautas Básicas de Defesa da Concorrência no MERCOSUL”, que detalhou os comportamentos proibidos a fim de harmonizar e coordenar as ações preventivas. Assim foi previsto, em primeiro lugar, que todas as práticas concertadas, desenvolvidas por empresas, que tivessem por propósito impedir, distorcer ou restringir a concorrência ou o livre acesso aos mercados de todo ou de parte do território do Mercosul seriam proibidas. A segunda previsão era que o abuso de uma posição dominante também seria proibido. Em terceiro lugar, todas as concentrações que envolvessem empresas que detivessem posição dominante e produzissem efeitos anticompetitivos deveriam ser examinadas pelas autoridades do Estado-parte envolvido. Para tal finalidade, o documento visou ao dever de cooperação para a criação de regras comuns ou procedimentos relativos às legislações de concorrência, como aquelas pertinentes às trocas de informações, consultas e à cooperação técnica. Isso também foi introduzido na UE como um elemento de descentralização e demonstra que nesse ponto o Mercosul tinha ideias próprias e bem sucedidas. O Mercosul já tinha, devido a sua concepção, acatado o conceito de descentralização¹⁰³, determinando como órgãos de aplicação do Protocolo de Fortaleza os órgãos e as autoridades nacionais. Por outro lado, demonstra que o Mercosul preferiu delegar a tomada da decisão sobre a regulamentação dos comportamentos aos Estados¹⁰⁴. Mas a diferença crucial é que na UE o processo de descentralização foi iniciado somente quando as perguntas jurídicas básicas já haviam sido respondidas pelo TJUE. Isto é, após esse haver criado, por tal, uma jurisprudência coerente e homogênea, que deve ser respeitada e aplicada pelos órgãos nacionais, segundo as disposições do TFUE. Esse não é o caso no Mercosul.

Previsto é também um futuro protocolo de defesa da concorrência, como demonstra o dever para submeter as informações sobre a compatibilidade das leis e propostas nacionais, internas, com o referido documento¹⁰⁵.

Os artigos 3º. e 4º. das Pautas Básicas se dedicam a ambos os comportamentos, os de natureza coletiva e os de natureza individual, punindo as práticas concertadas e o abuso de posição dominante, sempre que seja produzido um atual efeito anticompetitivo no mercado. Mas eles não prevêm a possibilidade de concessões de isenções, proibindo, portanto, a mera intenção per se¹⁰⁶, embora tendo possivelmente um efeito pró-concorrencial. Isso demonstra que as regras do Mercosul, embora tendo sido inspiradas nos artigos 101 e 102 TFUE, são muito semelhantes, mas não são idênticas ao seu modelo.

103 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 362.

104 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 361.

105 JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 648.

106 JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 649.

Com a determinação de que uma concentração econômica deve ter pelo menos 20 por cento do mercado relevante ao menos, entende-se que foi disciplinada uma regra de *minimis* no artigo 5º. TA¹⁰⁷. Esse artigo também submete as concentrações ao controle das instituições dos próprios Estados-partes. Não harmonizadas foram as sanções concernentes às consequências de práticas anticompetitivas. Nesse sentido, o artigo 4º. TA apenas prevê que o Estado aplicará, quando pertinente, as sanções correspondentes, de acordo com o seu ordenamento jurídico interno. A Decisão não alcançou os seus objetivos, pois ela nunca foi aplicada e nem conseguiu sua finalidade básica: a harmonização das legislações nacionais.

c) Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul

Em 17 de dezembro de 1996, em Fortaleza, foi assinado o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul¹⁰⁸, baseado no artigo 4º. TA¹⁰⁹, durante uma reunião denominada Cúpula. Esse protocolo derogou a Decisão n. 21/94 CMC.

O seu primeiro capítulo trata do âmbito de aplicação, adotando uma regra semelhante à do artigo 101 TFUE, assim se restringindo às medidas que tenham efeitos sobre mais de um Estado. O segundo capítulo trata dos atos que restringem a concorrência, de maneira exemplificada e não terminativa, punindo-os somente quando apresentem um efeito anticoncorrencial, adotando assim uma particularidade da legislação brasileira e diferenciando-se do direito comunitário da concorrência¹¹⁰. Os capítulos III e IV tratam do procedimento e dos três órgãos encarregados da sua aplicação. Eles são o Comitê de Defesa da Concorrência, a Comissão de Comércio do Mercosul e os órgãos nacionais respectivos. O Comitê intergovernamental é formado pelos órgãos nacionais de aplicação e toma suas decisões por unanimidade. A execução das medidas tomadas cabe ao órgão nacional, enquanto o poder investigatório é dividido entre o órgão nacional e o Comitê.

Esse Protocolo, de em suma 37 artigos divididos em dez capítulos, possui grande similitude com a lei brasileira de defesa da concorrência e com as diferentes fontes comunitárias e apresenta três características principais. Em primeiro lugar, todas as práticas concertadas cujo propósito ou efeito seja limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou livre acesso ao mercado ou que abusem de uma posição dominante no mercado relevante de bens e serviços dentro o Mercosul, e que afetem o comércio entre os Estados-partes, são contrárias a ele. Em segundo lugar, a Comissão de Comércio do Mercosul e o Comitê de Defesa da Concorrência executarão

107 MANCERO, Gabriela Bucheli. *Competition Law of Latin America and the European Union: A Comparison and Analysis*, p. 161 e seguintes.

108 Decisão do Conselho Mercado Comum n. 18/96. Segundo o Protocolo de Ouro Preto, uma decisão é obrigatória, mas não tem aplicação imediata, uma vez que deve ser internalizada por cada um dos Estados-partes, segundo o procedimento que estes considerem adequado.

109 JAEGER JUNIOR, Augusto. *A liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 653.

110 Vide a decisão do TJUE apresentada ao final desse estudo.

as normas estabelecidas nele. Em terceiro lugar, atesta que as agências nacionais adotarão medidas para estabelecer uma cooperação entre si com vistas à sua implementação.

Como novidades, o capítulo IV estabelece a competência dos órgãos comuns de defesa da concorrência como órgãos de aplicação, o capítulo II determina quais são os ilícitos combatidos, o capítulo V se dedica ao procedimento a ser seguido na apuração e na repressão das práticas e nas penas aplicáveis aos agentes econômicos infratores, os procedimentos de cooperação entre os órgãos de defesa da concorrência nacionais, o capítulo VI prevê a possibilidade de celebração de compromisso de cessação e regula a forma de solução de controvérsias. Renovada foi, em seu artigo 4º., a expressão “em todo ou em parte substancial do Mercosul” por “no mercado relevante de bens ou serviços”. Os objetos da regulamentação em tela são, semelhante ao artigo 20 da lei brasileira n. 8.884 - e, portanto, evidenciando também a influência do artigo 101 TFUE -, as pessoas físicas ou as jurídicas de direito público ou privado ou outras entidades que tenham por objeto produzir ou produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do Mercosul e afetem o comércio entre os Estados-partes. Através da formulação “outras entidades”, o legislador deixou claro que o agente econômico não precisa ter personalidade jurídica, - incluindo aí, portanto, as várias formas modernas de atuações no âmbito econômico, sem até mesmo precisar ter ânimo de lucro.

Além disso, já basta o objetivo, ou seja, o fato subjetivo, de produzir um efeito anticoncorrencial, bem como não precisa ser provada a culpa ou o objetivo, no caso em que tal efeito já é existente. No âmbito da aplicação, foi esclarecido que não basta ter um efeito no mercado interno de um Estado. A inclusão das empresas públicas, mesmo não sendo garantidas medidas contra os auxílios públicos, representou um primeiro passo na integração também de medidas estatais no sistema de defesa da concorrência.

A previsão de descentralização foi mantida no Protocolo. O procedimento para a apuração e para a punição das práticas ilícitas envolve também os órgãos nacionais. A execução das multas e da ordem de cessação definitiva da prática colusória, idem. O processo de investigação deve ser iniciado no órgão nacional, conforme determinado pelo Protocolo. Mantidas foram também a enumeração das práticas e das condutas restritivas à concorrência no artigo 6º. do Protocolo e a sua natureza exemplificativa.

Não foi incluída, em oposição à proposta argentina, a cláusula de proibições aos auxílios públicos¹¹¹. O Protocolo, com isso, não se afastou de algumas das ambiguidades constadas da Decisão n. 21/94 CMC¹¹². Também não prevê regras sobre o controle das concentrações, o que causa apreensão, dada à importância da temática.

111 ESTOUP, L. A. *Construcción del derecho de Establecimiento*, p. 255.

112 ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Competition Policy in the MERCOSUL*, p. 96.

4 ESTUDO DO CASO "T-MOBILE NETHERLANDS BV C. RAAD VAN BESTUUR VAN DE NEDERLANDSE MEDEDINGINGS-AUTORITEIT (AUTORIDADE DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DOS PAÍSES BAIXOS)"¹¹³

O caso em tela deu entrada no TJUE em finais de 2008, vindo através do mecanismo de reenvio prejudicial.

a) Resumo do caso

Em 2001, cinco operadoras de telecomunicação tinham redes próprias. A criação de uma sexta empresa não era possível por causa da falta de mais licenças nacionais. No dia 13.06.2001, em uma reunião de agentes dessas empresas, foi negociada, entre outros assuntos, a redução das remunerações dos revendedores para contratos pré-pagos a partir do dia 01.09.2001. Houve também algumas trocas de informações.

A instituição de concorrência holandesa (College van Beroep voor het bedrijfsleven) considerou isso uma violação da lei nacional da concorrência, com escopo no artigo 6º, I da Mededingingswet (lei nacional). A autoridade reconheceu ter havido algumas defesas coerentes por parte das empresas na via administrativa, mas considerou que, além das violações da lei nacional, também ocorreu a violação do artigo 101, n. 1 TFUE. No seguinte litígio, o tribunal de apelação dos Países Baixos pediu ao TJUE, em decisão prejudicial, segundo artigo 267 TFUE, para que se pronunciasse quanto às "práticas concertadas", artigo 101, n. 1 TFUE.

b) Decisão do TJUE

O TJUE determinou, seguindo uma jurisprudência uniforme¹¹⁴, que o artigo 101, n. 1 TFUE não exige necessariamente um contrato celebrado entre os concorrentes, bastando apenas uma coordenação dos comportamentos, que substitui o comportamento que corre os riscos de concorrência. O TJUE julgou que cada troca de informações entre os concorrentes tinha uma finalidade anticoncorrencial por ser capaz¹¹⁵ de eliminar ou diminuir os riscos e as incertezas do mercado. Isso porque cada empresário deve agir independentemente no mercado e determinar quais são as políticas que ele quer no mercado comum, segundo entendimento básico das regras de concorrência do TFUE¹¹⁶.

Um efeito além desta finalidade não é preciso, eis que as exigências não são cumulativas, salvo que tal finalidade não seja evidenciada¹¹⁷. Em

113 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08.

114 Acórdão de 16. 12. 1975 – 40/73, Slg. 1975, p. 1663, C-89/85, Slg. 1993, p. I-1307, apartado 63, Caso Ahlström Osakeyhtiö c. Comissão.

115 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, apartado 31.

116 Para conhecer a jurisprudência uniforme ver o Caso Suiker Unie c. Comissão, apartado 173, Acórdão do TJUE de 14.7.1981 – 172/80, Slg. 1981, p. 2021, C-7/95 P, Slg. 1998, p. I-3111.

117 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08, apartado 28.

um mercado fortemente concentrado e oligopólico como o que há entre as partes, tal troca era capaz de ter este efeito.

Na segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio perguntou essencialmente se, no âmbito da análise do nexo de causalidade entre a concertação e a atuação no mercado das empresas participantes - nexo este que é exigido para demonstrar a existência de uma prática concertada na aceção do artigo 101, n. 1 TFUE -, o juiz nacional seria obrigado a aplicar as regras já determinadas pelo TJUE, ou *as regras*.

Em outras palavras, a presunção segundo a qual as empresas continuam ativas no mercado, levam em conta as informações trocadas com os seus concorrentes ou as regras nacionais relativas ao ônus da prova. Já que segundo a jurisprudência assente, na falta de regulamentação comunitária na matéria, cabe ao ordenamento jurídico interno de cada Estado-membro da UE designar os órgãos jurisdicionais competentes e regular as modalidades processuais das ações judiciais destinadas a garantir a proteção dos direitos que para os particulares decorrem do direito comunitário. No último caso, deve ser garantido, por um lado, que essas modalidades não sejam menos favoráveis do que as das ações análogas de natureza interna (princípio da equivalência) e, por outro, que não tornem impossível na prática, ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico comunitário (princípio da efetividade).

O TJUE entendeu que a regra aplicável ao ônus da prova era uma disposição de ordem pública, indispensável ao cumprimento das funções atribuídas à UE, que deve ser aplicada oficiosamente pelos órgãos jurisdicionais¹¹⁸. Essa presunção, portanto, era componente do conceito de prática concertada na aceção do artigo 101, n. 1 TFUE e não meramente uma regra processual. Julgando assim, o TJUE seguiu o entendimento da advogada-geral Sra. Kokott¹¹⁹.

O artigo 101, n. 1 TFUE cuida da estrutura do mercado e não dos direitos dos consumidores ou competidores¹²⁰. Não se deve entender, portanto, no sentido que uma prática concertada só seja proibida quando tenha um efeito direto nos preços que pagam os consumidores. O TJUE, no caso em epígrafe, considerou suficiente, sem mais discutir o âmbito da questão, que a determinação das promoções pagas aos promotores tem pelo menos um efeito indireto nesses preços finais. Essa regra de apreciação é inafastável e tem que ser respeitada pelo juiz nacional.

Ademais, o TJUE entendeu que o fato de ter-se realizado um só encontro criava a presunção de que os sujeitos concertaram suas práticas e não a refutava¹²¹. Observam que a referida presunção se justifica se os contatos que foram feitos, tendo em conta o respectivo contexto, conteúdo

118 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08, apartado 49.

119 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08. Conclusões da advogada-geral.

120 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08, apartado 37-39. Conclusões da advogada-geral, apartado 58.

121 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08, apartado 51.

e frequência, foram suficientes para levar à coordenação das atuações no mercado suscetíveis de impedir, restringir ou falsear a concorrência na acepção do artigo 101, n. 1 TFUE. Com esses argumentos, o TJUE enfrentou o entendimento dos réus, de que a presunção de nexos, já julgado em outros casos comunitários, só vale em casos comparáveis e que isso, por causa de uma só reunião com finalidade correta, não foi o caso. Outras provas em contrário não foram apresentadas pelos réus. Portanto, os únicos requisitos que criaram tal presunção foram a existência de uma prática concertada e o fato de a empresa ter permanecido ativa no mercado.

c) Relatório do caso

A decisão trata do problema de diferenciar quando uma troca de informações entre os concorrentes é neutra à concorrência - e até aumenta a concorrência¹²² - ou é simplesmente necessária para o funcionamento do mercado interno, e quando tal troca cumpre os requisitos de ser uma prática concertada, artigo 101, n. 1 TFUE. A novidade é que o ônus da prova fica com as empresas também em casos comunitários julgados pelas autoridades e pelos tribunais nacionais¹²³. Elas têm que evidenciar, caso tenham um comportamento paralelo no mercado, que tal comportamento não era causado pela troca de informações, prova esta demasiadamente difícil de ser produzida.

Uma só reunião pode bastar para tanto, consoante com as peculiaridades dos casos. Não importa tanto o número de reuniões a fim de saber se os contatos realizados possibilitariam aos concorrentes levar em conta as informações trocadas, para determinar a sua atuação no mercado de referência e substituir conscientemente uma cooperação prática entre elas pelos riscos da concorrência¹²⁴. Os fatores relevantes que o TJUE mencionou foram a estrutura do mercado, que explica a frequência e a periodicidade, o objeto da prática concertada, bem como o modo como a fazem¹²⁵. Outros fatores deveriam ser a idade e a natureza das informações¹²⁶. Produtos heterogêneos ou mercados não oligopólicos são indícios contra essa presunção¹²⁷.

Assim, um contato pontual pode ser suficiente quando ele tiver por objetivo uma harmonização única da atuação no mercado relativamente a um único parâmetro da concorrência¹²⁸.

A decisão reduziu significativamente o nível em que a regra é aplicada, mas não deu critérios claros para uma empresa determinar a sua política de troca de informações. Isso vai trazer muitas dificuldades para as empresas nessa área muito relevante. Mas é, face aos problemas

122 BERND, Jan. Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Comentário ao GWB*, 2. ed., 2009, § 1, apartado 88.

123 A regra de presunção já era aplicada antes dessa decisão em casos julgados pelo TJUE.

124 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08, apartado 61.

125 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08, apartado 59-61.

126 BERND, Jan. Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Comentário ao GWB*, 2. ed., 2009, § 1, apartado 88.

127 BERND, Jan. Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, *Comentário ao GWB*, 2. ed., 2009, § 1, apartado 88.

128 Acórdão do TJUE de 04.06.2009, processo C-8/08, apartado 62.

na prática¹²⁹, uma necessidade política. No contexto constitucional, vai-se trazer o problema se essa regra cumpre as exigências nacionais do princípio *in dubio pro reo*. Segundo as regras nacionais alemãs, os indícios devem ser tão fortes que não exista uma outra explicação do comportamento, do que a prática concertada¹³⁰.

Nesse sentido, a decisão é de grande relevância prática e veio a aumentar o risco de que concorrentes, que trocam informações, sejam punidos. Certamente também irá aumentar ainda mais¹³¹ a importância do artigo 101, n. 1 TFUE no sistema comunitário de defesa da concorrência¹³².

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Protocolo de Fortaleza, ao criar um próprio procedimento de defesa da concorrência no Mercosul, preencheu uma necessidade proeminente do bloco. Esse, contudo, ainda precisa de mais harmonização para avançar rapidamente como um bloco coeso e harmônico e competitivo aos outros blocos econômicos. Os pontos fundamentais de crítica são que falta um tribunal para julgar os temas de concorrência e antidumping ao estilo do Tribunal da UE. Também falta no processo de integração uma regulamentação efetiva dos auxílios públicos e do controle de concentrações de empresas. Em um futuro protocolo, se deve estudar a inclusão de certa regra sobre os subsídios no Mercosul e definir instituições de aplicação mais autônomas nos Estados¹³³. A UE buscou inspiração, quanto à implementação e à normalização da concorrência, em ordenamentos jurídicos nacionais. Portanto, existe uma compenetração entre as duas ordens jurídicas, a nacional e a supranacional, que possibilita uma estreita colaboração entre os órgãos da UE e os dos seus Estados-membros¹³⁴. Esse desenvolvimento legislativo não existe no Mercosul¹³⁵. Por tal, trabalhar a defesa da concorrência no Mercosul significa contrapor um sistema consolidado a outros em consolidação, tendo por fundamento acordos de caráter intergovernamental ainda¹³⁶. Essa colaboração o Protocolo tenta alcançar através de deveres de informação. Mesmo que a finalidade do direito da concorrência esteja na defesa dos interesses da qualidade de vida dos consumidores - individualmente considerados, mediante a promoção da concorrência como força vital e motor principal do mercado¹³⁷ - o Protocolo não prevê nenhuma possibilidade de ação

129 DANNECKER, Gerhard/BIERMANN. In: Dannecker/Biermann/Immenga/Mestmäcker, *Comentário ao GWB*, 4. ed., 2007, § 81, apartado 60.

130 DANNECKER, Gerhard/BIERMANN. In: Dannecker/Biermann/Immenga/Mestmäcker, *Comentário ao GWB*, 4. ed., 2007, § 81, apartado 60.

131 DANNECKER, Gerhard/BIERMANN. In: Dannecker/Biermann/Immenga/Mestmäcker, *Comentário ao GWB*, 4. ed., 2007, § 81, apartado 60.

132 MURACH, Jens Oliver. *Zeitschrift für Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*, 2009, p. 175.

133 ESTOUP, L. A. *Construcción del derecho de Establecimiento*, p. 260.

134 FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Integração europeia e o Mercosul - confronto atual*, p. 94.

135 FLÓRES JUNIOR, Renato G. *Concorrência no Mercosul: Para um Protocolo de Fortaleza*, p. 2.

136 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência*, p. 360.

137 IBARRA, P. G. *Políticas de competencia en la Integración en América Latina, Integración latinoamericana*, septiembre de 1993, p. 45.

ou iniciativa - por meio da qual é possível se defender contra as práticas anticoncorrenciais - para os consumidores. Nisso reside, todavia, uma grande diferença entre o seu modelo e aquele da UE, que vê essa disciplina só como uma medida para criar regras abstratas de comportamento no mercado ou que cuidem da estrutura do mercado.

O Protocolo foi assinado pelos quatro Estados-partes do Mercosul. Só dois deles, até o dia de hoje, incorporaram o mesmo em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos. Eles são o Paraguai e o Brasil. Portanto, só existe uma tutela binacional de defesa da concorrência no âmbito do Mercosul¹³⁸. Mesmo assim, o Protocolo nunca foi aplicado.

Nesse sentido, “Dar aplicação concreta ao Tratado de Assunção é imperativo estratégico de sobrevivência econômica num mundo globalizado”¹³⁹. Isso também vale no caso particular da defesa da concorrência no âmbito do Mercosul. Enquanto não for aplicado o Protocolo, não se pode falar de uma cultura de concorrência. Somente a sua aplicação vai ajudar também a fortalecer a aceitação da criação e ajudar o estabelecimento de novos mecanismos necessários para tanto, como, por exemplo, um tribunal de justiça no processo de integração econômica¹⁴⁰.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTMeyer, Sabine. *Gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Beihilfen: Rückforderung und deren Durchsetzung im deutschen Recht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. 193 p.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1992. 361 p.

ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*. 4. ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999. 170 p.

BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*. 6. ed. Milão: Cedam, 2001. 700 p.

BARTOSCH, Andreas. 5 Jahre Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, eine Zwischenbilanz. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 15. Jahrgang, Heft 2, jan. 2004. p. 43-49.

BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, v. 50, a. 2008. p. 3612-3617.

BARTOSCH, Andreas. Von der Freistellung zur Legal Ausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine ‘neue Verordnung Nr. 17’. *Europäische Zeitschrift für*

138 MARQUES, Fernando de Oliveira. *A integração do Direito da Concorrência no Mercosul*, p. 74.

139 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Discurso proferido no dia 11.11.1999, sobre a defesa da concorrência no Mercosul, em evento organizado pelo CADE.

140 FLÓRES JUNIOR, Renato G. *Concorrência no Mercosul: Para um Protocolo de Fortaleza*, p. 2.

Wirtschaftsrecht. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 4, feb. 2001. p. 101-107.

BARTOSCH, Andreas. Von der Freistellung zur Legalausnahme: was geschieht mit der Rechtssicherheit? *Wirtschaft und Wettbewerb*. Düsseldorf: Handelsblatt, 50. Jahrgang, Heft 5, maio 2000. p. 462-473.

BELLAMY, Christopher. Some reflections on competition law in the global market. *New England Law Review*. Boston: New England School of Law, v. 34, n. 1, 1999. p. 15-20.

BERND, Jan. In: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff. *Comentário ao GWB*, Munique: Beck, 2. ed., 2009.

BIEBER, Roland; EPINEY, Astrid; HAAG, Marcel. *Die Europäische Union: Europarecht und Politik*. 9. ed. Nomos: Baden-Baden, 2009. 629 p.

BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, a. 2008. p. 1092-1094.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2001. 292 p.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Las Concentraciones de Empresas*. Madrid: Colex, 2006. 332 p.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2003. 1308 p.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; GOÑI URRIZA, Natividad. *El control de las concentraciones de empresas en Europa*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. 375 p.

CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 366 p.

CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994. 648 p.

CASPARI, Manfred. Die Beihilferegeln des EWG-Vertrags und ihre Anwendung. In: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). *Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. p. 69-91.

CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*. Torino: G. Giappichelli, 2002. 355 p.

CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 252 p.

CHOUKEA, Rosie. A small revolution. *New Law Journal*, v. 157, a. 2008. p. 1176.

COIMBRA, Guilermina Lavoiz. A política de defesa do direito de concorrência – a política brasileira, o Mercosul e a globalização da economia. *In: PROENÇA, Alencar Mello; BIOCCA, Stella Maris. La integración hacia el siglo XXI*. Pelotas: Educat, 1996. p. 436-457.

CRAIG, Paul; de BÚRCA, Gráinne. *EU law: text, cases, and materials*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. 1241 p.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*. Barueri: Manole, 2003. 368 p.

DANNECKER/BIERMANN/IMMENGA/MESTMÄCKER. *Comentário ao GWB*, Munique: Beck, 4. ed., 2007.

DE LEÓN, Ignacio. The role of competition policy in the promotion of competitiveness and development in Latin America. *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Bruxelas, dez. 2000, n. 11, p. 57-71.

DÍEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*. 4. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2006. 926 p.

DRUESNE, Gérard. *Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe*. Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1992. Heft 265. 11 p.

EHLERMANN, Claus-Dieter. Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts durch Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten. *In: RANDELZHOFFER, Albrecht; SCHOLZ, Rupert; WILKE, Dieter (Hrsg.). Gedächtnisschrift für Eberhard Grabütz*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995. p. 45-55.

EHLERMANN, Claus-Dieter. Les entreprises publiques et le contrôle des aides d'État. *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*. Paris: Éd. Techniques et Économiques, n. 360, jul./ago. 1992. p. 613-620.

EHLERMANN, Claus-Dieter. The contribution of EC competition policy to the single market. *Common Market Law Review*. The Hague: Kluwer Law International, v. 29, 1992. p. 257-282.

EHLERMANN, Claus-Dieter. Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt. *Recht der Internationalen Wirtschaft*. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 39. Jahrgang, Heft 10, okt. 1993. p. 793-797.

- EHRICKE, Ulrich. Gruppenfreistellungsverordnung. In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2008. Rn. 178.
- ESTOUP, Luis Alejandro. *Construcción del derecho de Establecimiento*. Revista de Derecho del Mercosur. Buenos Aires: La Ley, a. 4, n. 1, fevereiro 2000, p. 251-261.
- FARJAT, Gérard. Observation sur la dynamique du droit de la concurrence. In: CANIVET, Guy (dir.). *La modernisation du droit de la concurrence*. Paris: LGDJ, 2006. p. 3-29.
- FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maike. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000. 264 p.
- FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. 1400 p.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. El control de las ayudas financieras nacionales. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; GONZÁLES CAMPOS, Julio D.; MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo: Estudio sistemático desde el derecho español*. Madrid: Civitas, 1986. p. 619-647. t. 2.
- FIGUEREDO, Julio. Derecho de la competencia e integración económica: la situación en el Mercosur. In: *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 33-101.
- FLÔRES JUNIOR, Renato Galvão. *Concorrência no Mercosul: Para Além do Protocolo de Fortaleza*. EPGE / Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, janeiro 2001.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Integração europeia e o Mercosul - confronto atual. Direito da concorrência e integração em perspectiva comparatista*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, v. 31, ano 1999, p. 86-95.
- FRIEDEL-SOUCHE, Evelyne. *Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etat-Unis et dans la Communauté Européenne*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994. 494 p.
- GUAL, Jordi. Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Madrid: Cinsa, n. 206, mar./abr. 2000. p. 93-100.
- HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*. 3. ed. München: Franz Vahlen, 2003. 239 p.

HIRSBRUNNER, Simon. Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle im Jahr 2005. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Heft 23, a. 2006. p. 711-716.

IBARRA, Gabriel Pardo. *Políticas de competencia en la Integración en América Latina, Integración latinoamericana*. Estudios del instituto para la integración de America Latina y del Caribe, septiembre de 1993.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, 433 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006. 807 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Os critérios de mercado relevante e investidor privado no Direito Comunitário da Concorrência. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org). *Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI*. Londrina: UniFil, 2002. p. 187-191.

JAEGER JUNIOR, Augusto; NORDMEIER, Carl Friedrich. O Conceito de Empresa no Direito Comunitário da Concorrência: Subsídios para uma Definição no Mercosul. *Revista de Direito da Concorrência*. Brasília: IOB/CADE, v. 14, 2007. p. 11-43.

JESTAEDT, Thomas; MIEHLE, Andreas. Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten: Die neuen Leitlinien der Kommission. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 6. Jahrgang, Heft 19, out. 1995. p. 659-664.

KEPPENNE, Jean-Paul. (R)évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'État. *Revue du Marché Unique Européen*. Paris: Juglar, n. 1, 1998. p. 125-156.

KLEIN, Vinícius. *O direito da concorrência no MERCOSUL*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Porto Alegre: Síntese, v. 39, 2003, p. 191-200.

KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. 420 p.

KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen. Grundfragen des EG-Beihilfenrechts. *Neue Juristische Wochenschrift*. München: C. H. Beck, 53. Jahrgang, Heft 15, apr. 2000. p. 1065-1074.

KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen. Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 10. Jahrgang, Heft 17, sep. 1999. p. 517-523.

- MANCERO, Gabriela Bucheli. *Competition Law of Latin America and the European Union: A Comparison and Analysis*. New York: Juris Publishing, Inc., 2001. 204 p.
- MARQUES, Fernando de Oliveira. *A integração do Direito da Concorrência no Mercosul*. Revista de Direito Internacional e Econômico. Porto Alegre: Síntese/Ince, v. 2, n. 7, 2004. p. 66-75.
- MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. 432 p.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht: zur Bedeutung von Art. 90 EWGV. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 52. Jahrgang, 1988. p. 526-586.
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. 4. ed. Madrid: Díjusa, 2002. 1421 p.
- MORAIS, Luís. *O Mercado Comum e os auxílios públicos: novas perspectivas*. Coimbra: Almedina, 1993. 194 p.
- MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZEHETNER, Franz. *Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*. Linz: Institut für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften, 1991. 157 p.
- MURACH, Jens Oliver. *Zeitschrift für Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*. Munique, Beck, v. 7, 2009. p. 175.
- NORDMANN, Matthias Johannes. Die neue de-minimis Verordnung im EG-Beihilfenrecht. *Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht*, v. 24, 2007. p. 752-756.
- NOWAK, Carsten. Die Entwicklung des EG-Beihilfenkontrollrechts in den Jahren 1998, 1999 und 2000. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 12. Jahrgang, Heft 10, maio. 2001. p. 293-306.
- NYSENS, Harold. The General Block Exemption Regulation (GBER): bigger, simpler and more economic. *Competition Policy Newsletter*. Bruxelas: Comissão Europeia, n. 3, 2008. p. 12-18.
- OELGARTH, Achim. Brüssel aktuell – „Small Business Act“ für Europa. *Wertpapiermitteilungen*, v. 30, 2008. p. 1427-1428.
- PASCAR, Norma A. II parte: El derecho de la competencia en la Comunidad Europea. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 89-102.

- PASSOS, Fernando. O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 8, n. 32, jul./set. 2000. p. 19-48.
- PÜTTNER, Günter. Die Zukunft öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. Wien: Springer, Band 56, 2001. p. 227-242.
- RAWLINSON, Francis. Staaliche Beihilfen. In: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.). *EU- und EG-Vertrag: Kommentar*. 3. ed. Köln: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, 2003. p. 1036-1086.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Madrid: Cinsa, sep./oct. 2002. p. 59-75.
- ROWAT, M.; LUBRANO, M.; PORRATA JUNIOR, R. *Competition Policy in the MERCOSUL*. Washington: World Bank - Technical Papers, v. 38, 1997. 109 p.
- RUIZ-JARABO COLOMER, Damaso. *El juez nacional como juez comunitario*. Madrid: Civitas, 1993. 202 p.
- SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Direito comunitário da concorrência: perspectivas para o Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, out./dez. 1999. p. 74-109.
- SCHWARZE, Jürgen. Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 11. Jahrgang, Heft 20, out. 2000. p. 613-627.
- SCHINA, Despina. *State aids under the EEC treaty: Articles 92 to 94*. Oxford: ESC, 1987. 221 p.
- SEIDEL, Martin. *Das Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaft*. Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1984. Heft 26. 30 p.
- SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*. São Paulo: LTr, 1998. 317 p.
- SINNAEVE, Adinda. Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 3, feb. 2001. p. 69-77.
- SINNAEVE, Adinda. Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts. *Europäische Zeitschrift für*

Wirtschaftsrecht. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 10. Jahrgang, Heft 9, maio. 1999. p. 270-777.

SOLTÉSZ, Ulrich. Öffentliche Finanzierung von Infrastruktur- und Erschließungsmaßnahmen und das EG-Beihilferecht. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 4, fev. 2001. p. 107-111.

STEINDORFF, Ernst. Beihilfeverbote im Gemeinschaftsrecht und nationals Privatrecht. In: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebenzigsten Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. p. 497-519.

TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*. 5. ed. Madrid: Alianza, 1999. 847 p.

TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*. 3. ed. Milão: Cedam, 2003. 865 p.

VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François. *Droit de la concurrence de la Communauté Économique Européenne*. Bruxelles: Bruylant, 1990. 1284 p.

VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard. Reflexión sur l'application 'horizontale' des règles sur les aides d'État. In: DONY, Marianne (Coord.). *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*. Bruxelles: Bruylant, 1999. p. 1589-1627. v. II.

van KAPPEL, Antonio Pérez. Auf dem Weg zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG durch die nationalen Gerichte. *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 12. Jahrgang, Heft 5, 2001. p. 228-233.

von der GROEBEN, Hans. Die Rolle der Wettbewerbspolitik für die Entstehung des Gemeinsamen Marktes. In: HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg.). *40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. p. 171-173.

WEITBRECHT, Andreas. Das neue EG-Kartellverfahrensrecht. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 14. Jahrgang, Heft 3, fev. 2003. p. 69-73.

WEITBRECHT, Andreas. EU Merger Control in 2005 – An Overview. *European Competition Law Review*. London: Sweet and Maxwell, v. 27, n. 2, fev. 2006. p. 43-50.

ZINSMEISTER, Ute. Die dezentrale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts durch die nationalen Kartellbehörden in der Praxis. *Wirtschaft und Wettbewerb*. Düsseldorf: Handelsblatt, 49. Jahrgang, Heft 2, fev. 1999. p. 115-120.