

# O SURGIMENTO E O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO CONCORRENCIAL EUROPEU

Tiago Franco da Silva Gomes<sup>1</sup>

Sumário: 1. Estrutura de Concentração de Poder Econômico no Continente Europeu; 2. Nascimento do Direito Concorrencial Europeu; 3. Desenvolvimento do Direito Concorrencial Europeu.

## 1. ESTRUTURA DE CONCENTRAÇÃO DE PODER ECONÔMICO NA EUROPA



Direito regula a sociedade impingindo-lhe a sua marca e dando-lhe o seu contorno, mas é, antes de tudo, o reflexo dessa sociedade. Nesse sentido, o direito concorrencial é um instrumento estatal para regular a atividade econômica dos particulares e o fruto das práticas e da estrutura econômicas vigentes. Dessa forma, impossível estudar o nascimento e o desenvolvimento do direito concorrencial sem que tenhamos, ao menos, uma básica noção do contexto econômico em que foi pensado e inserido.

Desde a Idade Média, o poder econômico esteve sempre muito concentrado na Europa. Com a produção baseada na propriedade da terra, os senhores feudais gozaram, durante séculos, do monopólio da maior riqueza então existente – a terra e os demais meios de produção – e colheram os seus frutos, por meio da cobrança de taxas como a corveia ou as banalidades. Em função da abundância de terras, proporcionalmente

---

<sup>1</sup> Advogado no Brasil. Graduado, Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro coordenador do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial – IBRADEMP e Membro Acadêmico do European Corporate Governance Institute – ECGI.

à população da época, também puderam os senhores feudais valer-se da concessão do privilégio de sua utilização para a criação de laços de fidelidade. E, nessa sociedade, o excedente econômico era por si poupado<sup>2</sup>. Tal acúmulo de capital viria a ser utilizado em seguida tanto no Renascimento Cultural, com a dominação das cidades de Gênova e Veneza, quanto no desenvolvimento das grandes navegações que dariam início ao processo de conquista do Novo Mundo. Nesse ponto de rigor notar o aparecimento de grandes conglomerados econômicos, como o construído pela família Medici<sup>3</sup>, e tratado, como mencionado por P. A. FORGIONI<sup>4</sup>, com evidente apelo publicitário pela doutrina estadunidense, por *Medieval Super Companies*.

Concomitantemente, e, em razão do grande crescimento populacional resultante da melhoria das condições de vida durante o final da Alta Idade Média, o crescimento das cidades, habitadas pelos egressos do regime feudal, deu início ao amadurecimento de uma atividade urbana, o artesanato, cujo excedente era utilizado como moeda de troca por outros bens necessários para a subsistência dessa população urbana. Desenvolveu-se, então, o comércio baseado na produção artesanal dessas cidades.<sup>5</sup> Com a economia baseada no comércio, criaram-se as chamadas Corporações de Ofício, associações iniciadas espontaneamente pelos agentes econômicos e que tinham por finalidade impedir a concorrência entre os artesãos, tanto os locais como os de outras cidades, e adequar a produção ao consumo

---

<sup>2</sup> Cf. F. CÁCERES, *História Geral*, 4ª edição, São Paulo, Moderna, 1996, pp. 120-131.

<sup>3</sup> Para análise acurada das grandes empresas do período medieval, notadamente do Banco da Família Medici de Florença, conferir: F. K. COMPARATO, *Na proto-história das empresas multinacionais: o Banco Medici de Florença*, in F. K. COMPARATO, *Direito Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 1990.

<sup>4</sup> P. A. FORGIONI, *Os Fundamentos do Antitruste*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 38.

<sup>5</sup> Cf. L. HUBERMAN [W. DUTRA, trad.], *História da riqueza do homem*, 21ª edição, Rio de Janeiro, LTC, 1986, pp. 26-35.

local, evitando problemas de estocagem e controlando os preços.<sup>6</sup>

Ao passar do tempo, as Corporações de Ofício foram adquirindo mais e mais poder, passando também a determinar quais seriam os agentes que poderiam ou não exercer a atividade econômica desenvolvida pelos membros a si associados. Essa regulação da atividade econômica exercida pelas Corporações de Ofício adquiriu, no decorrer dos anos, requintes técnico-jurídicos que merecem ser destacados. As normas que pretendiam zelar pela inexistência de concorrência entre os produtores tornaram-se mais rigorosas, estabelecendo desde limitações à produção, por meio do controle de número de funcionários, horas trabalhadas, e quantidade de matéria prima adquirida, passando pela vedação à publicidade e a restrição geográfica da atividade econômica, chegando ao rigoroso controle dos preços praticados pelos membros da Corporação.

Por características estruturais e de especialização dos negócios – que são muito comuns até hoje – quase a totalidade dos estabelecimentos dedicados a uma determinada atividade concentravam-se em uma região geográfica bastante limitada, o que, somado à uniformização dos preços praticados, gerava a inexistência de qualquer diferenciação entre os produtos ofertados.<sup>7</sup> Além disso, o poder jurisdicional que detinham as Corporações de Ofício – era-lhes possível impor aos membros que descumprissem suas normas penalidades, como a suspensão ou a exclusão de seu quadro, e a proibição dos demais membros de negociarem com o membro faltoso – conferia ao sistema jurídico completude e possibilidade de atingir a finalidade à qual se destinava: o controle da atividade econômica desenvol-

---

<sup>6</sup> Cf. L. HUBERMAN [W. DUTRA, trad.], *História da riqueza do homem*, 21ª edição, Rio de Janeiro, LTC, 1986, pp. 53-68.

<sup>7</sup> Para análise acurada, conferir: F. CÁCERES, *História Geral*, 4ª edição, São Paulo, Moderna, 1996, pp. 152-153; e, P. A. FORGIONI, *Os Fundamentos do Antitruste*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp. 43-46.

vida por seus membros<sup>8</sup>.

Dessa forma, a principal atividade econômica da época se desenvolveu de forma concertada entre os agentes e, embora houvesse certa preocupação dos soberanos com as práticas das Corporações de Ofício, existindo, inclusive, regulamentações das monarquias no sentido de minimizar os efeitos indesejáveis dessas práticas, o poder das Corporações de Ofício perdurou até o final do século XVIII. Simultaneamente, também, à manutenção do poder exercido sobre a prática do comércio pelas Corporações de Ofício, a partir do século XVI, a política mercantilista deu início a um processo de monopolização de determinadas atividades sob a batuta e por outorga dos soberanos, objetivando o que se acreditava ser um bem comum. Nesse determinado momento histórico, o capital e as relações de fidelidade conquistadas pelos senhores feudais com a prática da vassalagem durante toda a Idade Média serviram para alavancar o desenvolvimento da política mercantilista. Estados como Portugal e Espanha, juntamente com a cidade italiana de Gênova, desenvolveram e monopolizaram o comércio marítimo e incentivaram a participação privada nessa atividade, concedendo a exclusividade de exploração do comércio com as colônias, em troca da cobrança de taxas que garantiam o ingresso de divisas para os cofres do soberano.

Posteriormente, companhias de capital privado e estatal de outros países – como Inglaterra e Holanda – ingressaram no lucrativo negócio do comércio marítimo. No que diz respeito à Holanda, possível afirmar que, em função da escassez de recursos de Portugal, que, ao contrário da Espanha, não encontrou no início da exploração de sua colônia na América metais preciosos que pudessem remunerar a dispendiosa atividade e a ocupação do imenso território, veio a participar, desde o financiamento até a distribuição e refino do principal produto agrí-

---

<sup>8</sup> Nesse sentido a conclusão de P. A. FORGIONI, *Os Fundamentos do Antitruste*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 45.

cola brasileiro, o açúcar, tomando para si a fatia mais lucrativa de todo o negócio<sup>9</sup>, e, portanto, acumulando ainda mais capital. Ao mesmo tempo, formavam-se, na Europa, os Estados absolutistas. Financiadas pelo rápido acúmulo de riqueza decorrente da descoberta da exploração colonial, as monarquias tornaram-se cada vez mais fortes e os Estados transformaram-se, muitas vezes, no reflexo pessoal de seu monarca. A redução das liberdades individuais, o aumento dos impostos e a insignificante participação efetiva da maior parte da população no processo político – características comuns a todos os regimes totalitários – levaram ao surgimento de ideais e pressões políticas que culminaram com as revoluções liberais ao final do século XVIII.

Nesse mesmo contexto ocorreu a Revolução Industrial, que se caracterizou por uma profunda transformação dos meios de produção<sup>10</sup>. O centro de produção desloca-se da oficina artesanal para a fábrica; as habilidades humanas são substituídas por dispositivos mecânicos; a força do vapor substitui a força animal; e, a relação mestre-aprendiz é substituída pela relação patrão-empregado. Nesse momento as regras rígidas das Corporações de Ofício perderam o sentido. Em verdade, o grande aumento da produção, provocado pelas alterações mencionadas, gerou a necessidade da busca de mercados consumidores, e tal só se poderia dar com a competição acirrada por esses mercados, então regras que restringissem a concorrência, ou limitassem os fatores de diferenciação dos produtos deveriam agora ser eliminadas. Nesse contexto, a busca por redução de

---

<sup>9</sup> Cf. N. DEER, *The History of Sugar*, tomo II, London, 1949, p. 453, citado por C. FURTADO, *Formação Econômica do Brasil*, 31ª ed., São Paulo, Nacional, 2002, p. 11.

<sup>10</sup> Para análise precisa dos fatores que levaram à ocorrência da Revolução Industrial inglesa, bem como dos progressos tecnológicos, recomenda-se a leitura de D. S. LANDES, *Prometeu desacorrentado Transformação tecnológica e desenvolvimento industrial na Europa ocidental, de 1750 até os dias de hoje*, tradução da 2ª edição, [MOTTA, Marisa Rocha, trad.], 2ª edição, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, pp. 1-130.

custos, aumento da produção e ampliação do mercado consumidor transformou, também, o meio social.<sup>11</sup>

Contudo, nesse ambiente de concorrência praticamente predatória, o que se verificou foi uma maior concentração do poder econômico, pois somente os agentes com muito poder poderiam manter-se em uma competição acirrada por tanto tempo. Dessa forma, o efeito sentido pela economia e pela população foi, na verdade, contrário ao pregado por A. Smith<sup>12</sup> de que o mercado se auto-regularia, e a concorrência selecionaria os melhores agentes, gerando bem estar e ganhos para toda a sociedade. De fato, notou-se que a tendência é que os agentes privados esforcem-se ao máximo para evitar a efetiva concorrência. O crescente tamanho e a dimensão geográfica cada vez mais abrangente da competição, por sua vez, transformaram os governos em importantes aliados dos agentes. Quanto maior o poder econômico do agente, maior o poder de influenciar o governo para alcançar os seus próprios fins. O sucesso, nessas condições, dependia cada vez menos de habilidades humanas, e cada vez mais das mais diversas formas de poder institucional.<sup>13</sup>

Nesse cenário, medidas estatais foram tomadas, sob influência do poder político de que gozavam as grandes empresas, no sentido de criar proteções alfandegárias para os produtos nacionais, desestimulando assim a possibilidade de concorrência internacional. E, quando, em função de uma crise institucional do capitalismo liberal<sup>14</sup>, uma grande depressão abateu

---

<sup>11</sup> A mão-de-obra passou a ser cada vez mais explorada, a duração das jornadas de trabalho era ampliada, os salários diminuídos, houve exploração de mão-de-obra infantil e feminina, e as condições de emprego eram cada vez mais reduzidas, o que gerou uma grande insatisfação social, de onde surgem os movimentos socialistas do século XIX.

<sup>12</sup> Em seu clássico *An Inquiry into the Nature of and causes of the Wealth of Nations*, Glasgow, Campbell & Skinner, 1976.

<sup>13</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, pp. 24-25.

<sup>14</sup> Em verdade, durante a década de 1860 houve uma grande bolha de consumo em

a totalidade dos países europeus industrializados durante as últimas décadas do século XIX, a saída encontrada pelos agentes econômicos foi a cooperação ao invés da competição acirrada.

Cartéis passaram a fazer parte do dia-a-dia das sociedades europeias, e, tal qual as Corporações de Ofício, passaram a controlar a produção e os preços praticados por seus membros, com o objetivo de evitar novas crises especulativas. Os efeitos nocivos desse comportamento não tardaram a ser sentidos por toda a sociedade. Essas transformações econômicas e sociais, ocorridas em um ambiente favorável para que os seus efeitos fossem sentidos de uma maneira muito ampla, por quase a totalidade da população, forçaram uma interpretação da necessidade da intervenção estatal no domínio econômico, solucionando os conflitos e zelando pela manutenção da ordem.<sup>15</sup> E, nesse contexto, insere-se o início da busca científica por um direito que pudesse regular a atuação dos agentes privados em concorrência, objetivando a preservação de um ambiente de concorrência possível.

## 2. NASCIMENTO DO DIREITO CONCORRENCIAL EUROPEU

Opta-se, ao contrário do elaborado no capítulo referente ao direito antitruste estadunidense, pela separação entre o seu surgimento e o seu desenvolvimento em função da conclusão equivocadamente<sup>16</sup> entoada por parte da doutrina afeita ao tema

---

toda a Europa. Como em todas as outras situações semelhantes, em 1873 houve a quebra da bolsa de Viena, e, conseqüentemente uma grande depressão devastou o continente e durou até meados da década de 1890.

<sup>15</sup> Cf. A. VENÂNCIO FILHO, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, Rio de Janeiro, Getúlio Vargas, 1968, pp. 9-10; e, G. C. VIDIGAL, *Teoria Geral do Direito Econômico*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, pp. 69-70.

<sup>16</sup> Para uma análise profunda da questão do surgimento do direito concorrencial na Europa, e as possíveis influências do direito antitruste americano, favor conferir: I. MAHER, *Re-imagining the Story of European Competition Law*, in Oxford Journal

de que o direito concorrencial europeu, em verdade, por ter surgido supostamente muitos anos após o seu surgimento no continente americano, teria sido influenciado de maneira decisiva por seu predecessor. O fato é que, embora não se tenha vislumbrado verdadeira legislação concorrencial no continente europeu até 1923, e, portanto, cerca de trinta anos após a edição do *Sherman Act* e cerca de uma década posterior à edição do *Clayton Act*, quando da criação na Alemanha da primeira legislação europeia cujo escopo fosse verdadeiramente a proteção do processo concorrencial, é possível identificar desde o final do século XIX no continente europeu preocupações doutrinárias e mesmo discussões legislativas acerca dos efeitos nocivos da concentração do poder econômico, e da necessidade de o Estado regulá-lo em prol do interesse coletivo.

Dois exemplos são característicos dessa pré-existência de um efetivo debate acerca da necessidade de uma legislação que regulasse e restringisse o abuso do poder econômico. São eles o da Alemanha e o da Áustria no final do século de XIX e início do século XX. Realmente, alguns fatores contribuíram em maior ou menor extensão para a articulação de uma série de ideias que se transformaram na base de todo o sistema de direito concorrencial europeu. Como características gerais<sup>17</sup> de am-

---

of Legal Studies, Vol. 20, n. 1, 2000, pp. 155-166; D. J. GERBER, *The origins of the European Competition Law Tradition in 'Fin-de-Siècle Austria'*, in *American Journal of Legal History*, v. 36, 1992, pp. 405-440; D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, pp. 43-164; F. BLAICH, *Die Rolle der Amerikanischen Antitrustgesetzgebung in der wirtschaftspolitische Diskussion Deutschlands Zwischen 1890 und 1914*, 22 *ORDO*, 1971, pp. 229-254; e, G. MAJONE, *The Rise of Statutory Regulation in Europe*, in G. MAJONE, *Regulating Europe*, London, 1996, pp. 35-67.

<sup>17</sup> Nesse ponto mister um desvio narrativo para esclarecer alguns pontos comuns dos contextos históricos de Alemanha e Áustria. Importante lembrar que até o século XIX não havia os Estados da Áustria e da Alemanha. De fato, ambos tem uma formação quase que concomitante e origem comum. Resumidamente, eis a história de formação dos referidos Estados: após a realização do Congresso de Viena, os estados de origem tedesca foram transformados em parte da chamada Confederação Germânica, presidida pela Áustria e vice-presidida pela Prússia. A Prússia tinha a



bos os países têm-se a formação tardia diante dos demais Estados europeus, e um conseqüente retardo no início do desenvolvimento industrial, o que explicará a maior sensibilidade de ambas as nações aos efeitos da Revolução Industrial e das crises sociais conseqüentes, em função do lapso temporal de sua ocorrência ser muito inferior ao dos demais países. Além disso, em função de sua origem comum, ambos os países tinham como característica uma burocracia estatal muito bem desenvolvida – uma herança do império austro-húngaro – e que explicará a opção pelo controle administrativo da concorrência.

## A) ÁUSTRIA

Particularmente na Áustria, uma série de fatores incentivou o desenvolvimento de uma ideia própria de direito concorrencial. Em um primeiro aspecto, o elevado grau de intelectualização da sociedade austríaca ao final do século XIX, em diversos campos das ciências humanas. Por outro lado, um latente conflito se abatia sobre aquela sociedade. Disputas étnicas, religiosas, conflitos de classes sociais armavam o estopim de uma grave crise social. Os grupos germânicos eram grande maioria da população austríaca no último quartel daquele século, e outras etnias como os Checos, Polacos e Eslovenos exigiam uma mudança no seu status social, que resultou em uma animosidade entre os grupos germânicos e os não germânicos.

A estratificação social também gerava discórdia. No topo da pirâmide encontravam-se as famílias nobres, que ainda viviam nas terras estatais, e a elite intelectual, composta de professores, profissionais liberais como médicos e advogados, além dos burocratas estatais de primeiro escalão. De outro lado, a

---

intenção da formação de um Estado alemão sem a participação da Áustria, e, a Áustria, por sua vez, intencionava a criação de um Estado alemão com sua participação e controle. Com o fracasso da revolução liberal de 1848, assumiu o cargo de chanceler o prussiano Otto von Bismarck, que promoveu a união da Alemanha, divorciada da Áustria, que restou vencida em Sadowa no ano de 1866.

maior parte da população, pobre e que exercia função essencial na produção econômica, ao final do século, incentivada pelos ideais socialistas, passou a questionar os privilégios das elites.<sup>18</sup> E, acrescentando um último ingrediente a tal cenário, uma grande população judaica exercia papel de grande influência na sociedade vienense, ocupando lugares de destaque em bancos e indústria, bem como na elite acadêmica, fator que geraria um violento sentimento antisemita durante a última década daquele século. Esse ressentimento com a classe média-alta tornou-se um importante combustível no desenvolvimento das ideias de direito concorrencial na Áustria, em função de ser composta essa classe, basicamente, de liberais. E, como se demonstrará, o destino dessa classe social esteve entrelaçado, diretamente, ao destino das ideias de direito concorrencial na Áustria.<sup>19</sup>

No aspecto econômico, ao final do século XIX, a Áustria apresentava mais de metade de sua população dedicada a atividades rurais. As poucas indústrias estavam concentradas na Boemia e ao redor de Viena e pertenciam quase que exclusivamente a famílias estrangeiras, judias, ou ambas. Além disso, havia uma grande dependência da indústria austríaca do financiamento bancário – o que era frequentemente alvo de críticas populares – e, os bancos, por sua vez, também pertenciam a estrangeiros, judeus, ou, judeus estrangeiros. Acrescente-se a isso o fato de que as indústrias austríacas eram, durante o século XIX, protegidas por tarifas alfandegárias que estimulavam o consumo dos produtos nacionais dentro do país e, conseqüentemente, desmotivavam a concorrência por mercados externos.

Por sua vez, no campo político, duas derrotas militares

---

<sup>18</sup> Para uma análise da situação social na Áustria do final do século XIX, confira-se D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, pp. 43-68.

<sup>19</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, pp. 47.

humilhantes<sup>20</sup> abalaram a confiança na liderança da aristocracia austríaca, e, como consequência, foi criada a democracia parlamentarista austríaca, ficando o poder político concentrado nas mãos dos liberais. Com isso, foi reduzida a intervenção estatal na economia, seguida de uma intensa melhoria nos resultados econômicos do país<sup>21</sup>, no período compreendido entre 1866 e 1873, o que deu créditos aos liberais. Mas, logo, em 1873, a mencionada depressão provocada pela quebra da Bolsa de Viena, abalou a confiança no governo liberal, que foi substituído por uma aliança de seus oponentes. A crise que se abateu sobre a economia austríaca durante toda a década seguinte transformou a concorrência em inimiga pública. Os negócios reagiram buscando ajuda governamental e na cooperação com os concorrentes.

As ideias de necessidade de um direito concorrencial começaram a nascer nesse cenário, contra uma específica forma de restrição à concorrência, os cartéis, que começaram a ser formados na Áustria ao final da década de 1870, em resposta à recessão e permaneceram aumentando em número e importância até o final da década de 1900. O ganho de poder dos cartéis aumentou sua capacidade de impor normas aos seus membros, tais como a imposição de preços. Os bancos também foram favorecidos pela formação dos cartéis e passaram a solicitar mais cartéis como medida de redução do risco nos empréstimos.<sup>22</sup> De início, a atividade dos cartéis não foi notada pela população, mesmo porque os seus membros preferiam evitar qualquer publicidade de sua formação e, mesmo quando havia

---

<sup>20</sup> Para a França, em 1859, e a retro-mencionada derrota para a Prússia, ocorrida, em 1866.

<sup>21</sup> GERBER dá a entender que os resultados obtidos eram mais devidos ao momento de euforia econômica caracterizado pela bolha de consumo, do que propriamente pelos efeitos positivos da política econômica liberal, cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 49.

<sup>22</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 51.

informação da existência dos cartéis, esses não eram vistos como um problema, mas como o fruto de uma situação emergencial, que servia para estabilizar a caótica situação econômica.

Contudo, com o aumento do poder dos cartéis, e os relatos da virulência de suas atividades, a atenção pública tornou-se mais crítica e, no início da década de 1890 cartéis tornaram-se os alvos prediletos da fúria popular, que gerou demandas por uma legislação contra cartéis.

Nesse ponto, mister destacar o fato de que na década de 1890 a Áustria era o único país europeu a efetivamente possuir uma legislação contra cartéis em geral<sup>23</sup>, que, no entanto, era absolutamente inefetiva. E foi essa inefetividade da legislação em vigor fez com que alguns buscassem uma alternativa para o combate aos cartéis. A primeira vez que esses pensamentos foram articulados deu-se durante o chamado “*Verein für Sozialpolitik*”, uma espécie de congresso que reunia os intelectuais de vanguarda das políticas econômicas e sociais da Alemanha e outros países de língua germânica<sup>24</sup>, ocorrido em 1894.

O tema central desse encontro foi o tratamento legal dos cartéis. Sobre isso, Adolf Menzel, um professor austríaco de Direito muito respeitado à época, apresentou o principal seminário<sup>25</sup>. Para ele, o problema dos cartéis e a razão para sua re-

---

<sup>23</sup> Uma revalidação de uma legislação de 1803, que tipificava como crime a celebração de acordos entre concorrentes com a finalidade de aumentar artificialmente o preço de um determinado bem. Em 1870, essa disposição deixou o campo do direito penal, objetivando que os empregados pudessem organizar-se em associações, mas para controlar acordos grevistas, e, também, proibir acordos entre agentes econômicos que tivessem por fim aumentar o preço de um produto injustamente.

<sup>24</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 54.

<sup>25</sup> O conteúdo do referido seminário ficou registrado nos anais do *Verein für Sozialpolitik*: A. MENZEL, *Referat über die wirtschaftlichen Kartelle und die Rechtsordnung*, 61 Schriften des Vereins für Sozialpolitik, 1895. Para uma análise recente, cf. K. HERRMANN, *Die Haltung der Nationalökonomie zu den Kartellen bis 1914*, in H. POHL, *Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und*

gulação residiam no fato de que eles eliminavam competição e podiam, assim, ser usados para aumentar preços.<sup>26</sup> Embora entendesse que, em alguns casos, os cartéis poderiam ser justificados, desde que produzissem benefícios tais a compensarem o potencial dano à sociedade. Em sua explanação, Menzel sustentou que as soluções dadas ao problema não eram eficazes, sendo necessária a formatação de um novo tipo de legislação contra cartéis.

Para ele, o direito penal não era hábil para tratar da questão, em função da generalidade e tipicidade que deveria ser empregue ao tratamento dos cartéis, tal qual as sanções civis, que, segundo ele, poderiam facilmente ser evitadas pela vontade das partes e só poderiam ser utilizadas por membros dos cartéis contra a organização. Por fim, Menzel rejeitou ainda a ideia de que o tratamento dos cartéis não necessitaria de qualquer legislação, alegando que nos Estados Unidos, sem qualquer regulação, setores inteiros da indústria e do comércio foram monopolizados. Sua conclusão foi, então, de que seria necessário o emprego de uma solução administrativa, pois seria a única forma de promover um mecanismo flexível o bastante para analisar e, se necessário, punir, o comportamento dos cartéis. Embora sem maior detalhamento, sua proposta sugeriu dois importantes pontos: i) era necessário ao Estado obter maiores informações sobre os cartéis, sugerindo então que todas as empresas que se associassem a alguma forma de cartel fornecessem tais informações ao Estado; e, ii) cartéis fossem considerados uma espécie de associação pública, sujeita a um diferente regime de normas específico para sua regulação.

Dessa forma, em seu entendimento, seria providenciado conhecimento suficiente para uma regulação efetiva com autoridade para invalidar determinadas atividades específicas dos

---

*Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, Stuttgart, 1985, pp. 42-48.

<sup>26</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 55.

cartéis.<sup>27</sup> Na esteira do pensamento de Menzel, o governo austríaco, em junho de 1897, propôs ao congresso um projeto de lei concorrencial, transferindo o foco da questão de uma mera discussão acadêmica para uma questão efetiva de política pública.<sup>28</sup> A proposta do governo ia além das sugestões acadêmicas de Menzel, pois pretendia impedir que concorrentes eliminassem a competição entre si. Assim, o foco central da legislação era a liberdade de concorrência. Houve grande discussão da proposta legislativa em toda a sociedade austríaca. No entanto, a situação política na Áustria impediu que a proposta de lei chegasse a ser votada pelo parlamento. Isso não nos impede de afirmar que dessa proposta surgiu um impulso para o surgimento de um modelo de direito concorrencial utilizado por quase todos os países da Europa. O padrão de legislação foi moldado pelas necessidades austríacas da época. Pretendia a regulação dos cartéis para evitar o abuso de poder econômico e a exploração dos fracos pelos mais fortes. Aproveitou-se de sua tradição de centralização burocrática, herança do Império Austro-Húngaro, para determinar um modelo de controle administrativo.

Por outro lado, o fato de a liderança intelectual austríaca ser adepta dos ideais liberais também influenciou o modelo de legislação concorrencial que se iria disseminar por todo o continente. A ideia de restrição aos abusos do poder também surgiu dessa proposta. Embora não houvesse uma cristalização da

---

<sup>27</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 55 -56.

<sup>28</sup> Nesse ponto, é importante mencionar que não só a exata noção de que a concentração de poder econômico, e, particularmente, os cartéis eram nocivos à sociedade. Existiu, também, uma situação política de derrota do partido do governo nas eleições municipais para os emergentes partidos Social Democrático e Socialista Cristão, assim, o receio do governo austríaco sobre os clamores populares contra os grandes negócios e a exploração dos trabalhadores, como forma de provocar a perda do poder político influenciou muito a proposta de uma legislação concorrencial. (Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 57.)

ideia de restrição ao abuso até a década de 1920, a proposta do governo austríaco previa a restrição a ‘*usos não justificados*’ do poder. Por fim, uma importante influência negativa ajudou a moldar o ideal de legislação concorrencial europeu. A experiência estadunidense no tratamento da matéria foi rejeitada nos debates austríacos, em função da falta de flexibilidade do tratamento aos cartéis e, principalmente, das restrições enxergadas pelos legisladores para o tratamento da matéria por tribunais convencionais, que, na concepção austríaca, teria influenciado e encorajado a formação dos *trusts* e, conseqüentemente, ampliado a concentração do poder econômico.<sup>29</sup>

## B) ALEMANHA

O trágico final do Império dos Habsburgo na Áustria levou as discussões sobre direito concorrencial naquele país ao ostracismo e dele não teriam saído não fosse o aproveitamento de grande parte delas pelos estudiosos alemães, durante o período que precedeu a Primeira Guerra Mundial. Três diferentes experiências vividas pela Alemanha durante o final do século XIX, e início do século XX foram essenciais para a formatação das ideias sobre como regular a concorrência: i) o modo especial como se deu a industrialização na Alemanha; ii) a experiência vivida durante os anos da depressão econômica; e, iii) a organização da concorrência<sup>30</sup>.

Primeiramente, o modo de crescimento incredivelmente rápido da indústria alemã gerou conseqüências sociais e econômicas abruptas<sup>31</sup>. A mesma sensação quanto à concorrên-

---

<sup>29</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, pp. 66-67; e, F. BLAICH, *Die Rolle der Amerikanischen Antitrustgesetzgebung in der wirtschaftspolitische Diskussion Deutschlands Zwischen 1890 und 1914*, 22 ORDO, 1971, pp. 229-254.

<sup>30</sup> Cf. Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, pp. 69-76.

<sup>31</sup> D. S. LANDES, *Prometeu desacorrentado Transformação tecnológica e desenvolvimento industrial na Europa ocidental, de 1750 até os dias de hoje*, tradução da

cia experimentada por todos os países durante os anos seguintes à Revolução Industrial, foi sentida de maneira mais amarga na Alemanha, em função da velocidade com que o processo de industrialização se deu naquele país. Além disso, a predominância da indústria pesada, que exigia muito capital em seu empreendimento, forçou a concentração de poder econômico, e, por fim, o elevado grau de verticalização da economia alemã – que concentrava a propriedade nas mãos de poucos não só das indústrias pesadas, mas de todo o complexo produtivo, até a venda dos produtos finais.

Tais fatores no modo de industrialização alemão geraram grande dependência dos negócios ao capital, e, com isso, incrementaram o poder econômico e político dos bancos, e de seus proprietários, geralmente judeus, acrescentando um fator étnico à questão. As consequências sociais do processo de industrialização alemã foram ainda somadas a grande depressão após a década de 1870. De fato, a depressão econômica decorrente da crise da bolsa de Viena, ocorrida em 1873 criou uma grande decepção na Alemanha sobre os efeitos da concorrência e o liberalismo econômico, que vinham gerando expectativas positivas na população e nos produtores, em função dos resultados de desenvolvimento dos anos anteriores. Por fim, a experiência de gerenciamento da concorrência também influenciou a forma alemã de pensar sobre a sua regulação. A decepção e os receios advindos dos dois primeiros fatores incentivaram a organização da economia. O crescimento público e privado de regulação à concorrência vivido no restante da Europa durante o final do século XIX foi particularmente mais escancarado na Alemanha.

A regulação governamental da economia foi muito influenciada pela tradição de controle burocrático dos estados germânicos, conforme já mencionado. Por sua vez, a regulação



privada da concorrência na Alemanha teve sua particular importância em função da duração, do poder e importância que atingiram os cartéis. Em 1900, havia aproximadamente 400 cartéis em toda a Alemanha. Além disso, a tendência natural de dissipação dos cartéis de crise, após o final das crises econômicas não vingou na Alemanha. Em verdade, os cartéis alemães mantinham-se estáveis mesmo após os finais das crises econômicas, e, à medida que dominavam os respectivos mercados de atuação, por longos anos, a influência política e econômica dos cartéis aumentava.

Contudo, durante a década anterior, os danos causados pelos cartéis tornaram-se cada vez mais objeto de preocupação pública, também em função de seu crescimento e fortalecimento. No início da década de 1890 as cortes alemãs deram algumas respostas iniciais às questões postas sobre a regulação estatal dos cartéis, decidindo como as normas então existentes deveriam se aplicar ao fenômeno. Como os primeiros conflitos a surgir envolviam basicamente disputas entre membros de cartéis e entre os cartéis e membros excluídos, a interpretação das cortes alemãs iniciou-se focando em uma questão contratual. Tratava-se, no entendimento das cortes, de assunto privado. Por isso, suas decisões apoiavam-se, basicamente, sobre a solução do conflito entre duas liberdades: a liberdade de contratar (*Vertragsfreiheit*), e a liberdade de empresa (*Gewerbefreiheit*).<sup>32</sup>

No entanto as variadas decisões nos muitos casos que se proliferaram nas cortes de primeira instância durante a década não conseguiram satisfazer aqueles que buscavam uma resposta aos abusos cometidos pelos cartéis. Era necessário, então um parâmetro das cortes superiores. Em 1897, o *Reichsgericht*, então o mais importante tribunal alemão, proferiu uma decisão em um caso muito importante que dirigiu decisões das cortes

---

<sup>32</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 90.

inferiores por mais de cinquenta anos. O caso envolvia um cartel de extração e revenda de polpa de madeira, na região da Saxônia. O caso tratava de uma questão de disputa interna, pois o acordo do cartel exigia que todos os extratores vendessem o seu produto por meio de um agente nomeado pela diretoria do cartel e, o descumprimento de tal regra, impunha ao infrator o pagamento de multa, que foi contestada por um dos membros do cartel que dizia que tal imposição violava o seu direito de liberdade de empresa. No caso, restou decidido que o acordo do cartel não violava a liberdade de empresa. Mas o mais importante foi a direção que tomou a decisão. Ao explicar o interesse público tutelado pela decisão, a corte alemã demonstrou que os cartéis deveriam ser reprimidos se e somente se os efeitos econômicos gerais por ele provocados fossem nocivos à sociedade.

Além disso, outro ponto da análise efetuada foi a de se os cartéis objetivassem a preservação dos seus membros, e não a exclusão do seu mercado dos agentes não membros, o cartel seria presumidamente lícito. Apesar de a decisão desse caso ter influenciado as decisões das cortes alemãs durante quase meio século, outros fatores subsequentes também tomaram papel decisivo ao influenciar as decisões tomadas pelos julgadores. O primeiro foi o princípio previsto no Código Civil Alemão, de 1900, de que os contratos que violassem os princípios morais comuns da sociedade alemã (*Sittenwidrigkeit*) eram ilegais, o que deu às cortes maior discricionariedade para decidir as causas propostas do que somente o conceito de monopólio. Ironicamente, porém a principal consequência da decisão do *Reichsgericht* foi que ela deslocou o tratamento da esfera judiciária para a esfera administrativa, pois, ao legalizar os cartéis, deu a muitos a certeza de que seria necessária a implementação de uma legislação específica sobre a matéria.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 95.

Somados tais fatores aos pensamentos que já haviam nascido na vizinha Áustria, estava a Alemanha no caminho para elaborar a sua inovadora legislação sobre cartéis. Nessa formação, exerceram papel importante as convenções de 1902 e 1904 da *Deutscher Juristentag*. A iniciar pelo tópico principal das discussões que era: “*Quais medidas são apropriadas para o tratamento legal dos cartéis industriais?*”. Em 1902, o centro das discussões era se deveriam ou não ser adotadas medidas padrão contra os cartéis, ou meramente requerer-lhes informações sobre suas operações. Quatro foram os principais oradores daquele encontro, dentre os quais destacou-se, novamente, Adolf Menzel, que fez uma dura explanação da necessidade de uma legislação que adotasse medidas coercitivas contra os cartéis.<sup>34</sup> Em 1904, embora todos os palestrantes tivessem defendido de maneira veemente os cartéis e a desnecessidade de qualquer legislação contrária a eles, o comentador, um ex-Ministro da Justiça austríaco e respeitado jurista, Franz Klein defendeu a necessidade de legislação contra os cartéis, sugerindo a criação de uma comissão administrativa para a investigação de desvios de conduta dos cartéis e a publicação de suas conclusões.

Ele também propôs a seguinte resolução: “*O Juristentag considera que as questões surgidas do processo de cartelização e as atividades dos cartéis devem ser reguladas primariamente por políticas administrativas e legislação econômica. Também considera rápida e efetiva proteção necessária contra os, exagerados, economicamente injustificados aumentos de preços, particularmente contra aqueles por meio dos quais os menos afortunados economicamente são afetados de maneira mais séria.*”<sup>35</sup> Além disso, durante a década de 1900, a questão

---

<sup>34</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 100.

<sup>35</sup> *IV Verhandlungen des 27. Deusthen Juristentages* 500 (Berlin, 1904). In Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 102.

de elaboração de uma legislação sobre cartéis se tornou o foco de muitas discussões legislativas. Tais discussões, somadas aos efeitos da cartelização sentidos pela população, despertaram uma consciência política em setores da população alemã que se assemelham com a pressão popular feita nos Estados Unidos quando da elaboração do *Sherman Act*.

No entanto, em função da relativa fraqueza das instituições democráticas na Alemanha durante a primeira década do século XX, os esforços legislativos para a concepção de uma legislação concorrencial foram paralisados. Contudo, em função de um pleito do Partido Central, para a instauração de uma investigação sobre os efeitos dos cartéis, foi apoiado pela maioria do parlamento em 1908, solicitando fosse instaurado um departamento na burocracia imperial responsável pela colheita e publicização das informações sobre cartéis. Em função do pouco poder de que dispunha o parlamento alemão, que não tinha poderes para determinar a criação de tal departamento, foram feitas diversas solicitações à burocracia estatal para que esse fosse criado. De início, os pedidos foram ignorados, contudo, com a repetição dos mesmos foi instaurado um departamento com tais funções, que não chegou a funcionar efetivamente, em função da eclosão da Primeira Guerra Mundial, em 1914.

A Primeira Guerra Mundial também desempenhou um papel fundamental no desenho da primeira legislação concorrencial europeia. O controle estatal sobre a produção foi mais desenvolvido, e até mesmo aceito, na Alemanha do que nos outros países europeus. E, nessa esteira, o governo alemão interpretou mais prático controlar um pequeno número de cartéis do que uma infinita gama de empresas independentes, vindo a não só legitimar os cartéis, mas transformá-los em uma ferramenta de governo. Ocorre que a humilhante derrota sofrida pela Alemanha na Primeira Guerra gerou uma série de dúvidas e incertezas que duraram toda a década subsequente. As pres-

sões e as medidas desesperadas tomadas para controlá-las são o cenário da implementação da primeira legislação concorrencial europeia. O final da guerra causou um período de instabilidade. Os líderes da chamada República de Weimar não inspiravam a confiança na classe política, embora contassem com o apoio dos operários e soldados que pretendiam romper com tudo o que havia anteriormente à Primeira Guerra. Além disso, a derrota também provocou incerteza econômica e o crescimento da inflação.

E, nesse cenário conturbado, a única instituição que inspirava confiança, que podia simbolizar ordem e estabilidade, e que efetivamente vinha contribuindo para a geração de ambos, era a burocracia estatal, o que contribuirá para o aspecto do controle administrativo implementado pela legislação alemã e copiado no restante da Europa. Então, em março de 1923, o parlamento alemão publicou um relatório de seu Comitê Econômico convocando o governo a adotar o mais rápido possível uma legislação sobre cartéis, por meio da qual os excessos na atividade dos cartéis seriam eliminados<sup>36</sup>. Não houve, no entanto, a adoção das medidas sugeridas pelo parlamento. Ocorre que, em meados de 1923, a inflação chegou a níveis assustadores e a pressão popular ameaçava o ainda frágil sistema de governo. Objetivando estabilizar a situação, o então presidente alemão Friedrich Ebert nomeou Gustav Stresemann o novo chanceler alemão em outubro daquele ano. No mês seguinte, Stresemann invocou poderes emergenciais ao promulgar o “*Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen*”<sup>37</sup> (algo como “*Regulação contra os Abusos*

---

<sup>36</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 122.

<sup>37</sup> Há uma versão inglesa do texto da Regulação em R. LIEFMANN, *Cartels, Concerns and Trusts* [MACGREGOR, D. H., trad.], London, Methuen, 1932, pp. 351-357. É possível, também, encontrar o texto original em alemão, bem como trechos da Regulação em língua inglesa no *site* da autoridade antitruste alemã [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

*de Poder Econômico*”).

Tal legislação era de emergência tanto no aspecto formal, como no aspecto prático. Formalmente, sua promulgação se deu de acordo com os poderes especiais outorgados ao Chanceler em casos de crise. Assim, a Regulação não foi debatida ou tampouco aprovada pelo parlamento alemão. Do ponto de vista prático, por ser interpretada como uma legislação de emergência, a Regulação era vista como algo provisório, que somente visava estancar o processo inflacionário.<sup>38</sup> No seu aspecto material, a Regulação baseou-se muito no pensamento pré-Primeira Guerra, evitando as propostas do parlamento emitidas naquele ano. Dessa forma, a Regulação adotou o controle administrativo dos abusos de poder praticados pelos cartéis.

De fato, a Regulação continha dois pontos centrais com relação aos cartéis: i) a provisão bastante ampla que dava poderes à autoridade governamental de tomar medidas contra condutas específicas dos cartéis que causassem danos ao interesse público; e, ii) a especificação das medidas que poderiam ser tomadas contra as condutas dos cartéis. Com relação ao primeiro ponto, releva notar que a Regulação utilizou-se do conceito de ‘abuso’ para referir-se ao uso do poder econômico de uma forma que pudesse causar danos ao interesse público, e, como veremos, tal conceito tornou-se central em todas as legislações concorrenciais europeias. Tal conceito de abuso também foi estendido além dos cartéis e se tornou aplicável a qualquer agente ou grupo de agentes que detivessem um monopólio em seu mercado relevante de atuação.<sup>39</sup>

No que diz respeito ao segundo ponto, por sua vez, a Regulação também se focava no poder econômico, mas aqui não no intuito de regulá-lo, mas de reduzi-lo. De fato, a Regulação

---

<sup>38</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 124.

<sup>39</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 127.

criou um mecanismo de repressão que era fundamentalmente administrativo e baseado em políticas de julgamento absolutamente discricionárias. O sistema operacional criado pela regulação foi posto em atividade rapidamente, e em pouco tempo a Comissão de Cartéis estava emitindo opiniões e realizando julgamentos, e exerceu um papel importante na sociedade alemã, notadamente no meio jurídico, o que perdurou até a eclosão da crise de 1929, e a reforma da Regulação em 1930, que também em caráter excepcional alterou substancialmente a estrutura do sistema. Apesar de tal alteração legislativa, e da consequente interrupção – temporária, como se verá oportunamente – de seu desenvolvimento na Alemanha, a sua pedra fundamental do direito concorrencial europeu estava consolidada, e, como demonstraremos a seguir, após o final da Segunda Guerra Mundial, estaria espalhada – e seria desenvolvida em cada um deles – por boa parte dos demais países do continente.

### 3. DESENVOLVIMENTO DO DIREITO CONCORRENCIAL EUROPEU

Como consequência da existência – pretérita à formação da União Europeia, ocorrida em 1957 – de ideias e legislações próprias no plano dos direitos internos dos Estados europeus, que viriam a moldar todo o pensamento do direito concorrencial daquele continente, antes de analisarmos o desenvolvimento do direito concorrencial na estrutura comunitária, faremos uma breve análise do surgimento e desenvolvimento dessas ideias nos direitos internos dos países para, posteriormente, inclusive, demonstrarmos se há e em que forma se dá a compatibilização da aplicação das normas internas e das normas comunitárias atinentes à matéria.

Por razões didáticas, escolhemos alguns determinados países que tenham contribuído para a caracterização do desenvolvimento de um modelo geral do direito concorrencial euro-

peu<sup>40</sup>. Nesse ponto, a análise da legislação de cada um dos países busca meramente demonstrar a existência de um alinhamento teórico, bem como a existência de um padrão comum de tratamento da matéria concorrencial pelos países europeus. Por isso, opta-se pela negativa de um maior detalhamento de cada uma das diversas legislações que vigoram em cada um dos países analisados<sup>41</sup>. Em verdade, exceção feita à Alemanha – último país a ser analisado individualmente no presente capítulo, e que apresentou um modelo de direito concorrencial um tanto quanto diferente, desde o seu início, do apresentado nos demais países europeus – o desenvolvimento do direito concorrencial nos direitos internos do continente europeu apresenta características muito semelhantes, basicamente iniciado por um controle administrativo concorrência, e, aos poucos, introduzindo certos elementos jurídicos.

Nesse sentido, é possível afirmar que, em todos os países individualmente analisados, qualquer que seja a importância hoje dada à aplicação do direito concorrencial, o escopo de sua aplicação foi ampliado e as instituições responsáveis por sua análise adquiriram maior importância política, estabilidade e status, além de angariarem maiores recursos humanos e econômicos, desde o seu surgimento. Os agentes responsáveis pelas decisões em matéria de direito concorrencial tornaram-se cada vez mais protegidos de influências e pressões políticas e

---

<sup>40</sup> Para discussão do desenvolvimento do direito concorrencial em outros países do continente europeu, D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, pp. 194-207, e C. A. C. SANTANA, *O abuso da posição dominante no Direito da Concorrência*, Lisboa, Cosmos, 1993, pp. 17-74.

<sup>41</sup> Para evitar a análise repetida de determinados fatores, considerando que todos os países individualmente analisados adotaram as alterações ao tratamento da matéria concorrencial em função do Regulamento nº 01/2003 da Comissão de Concorrência da Comissão Europeia, consigna-se que não serão analisadas no âmbito do estudo dos direitos pátrios as alterações legislativas decorrentes de tal normativa, pois visam apenas a uniformização do tratamento no âmbito comunitário e dos direitos internos, o que, julgamos, se encaixa mais ao estudo do tratamento comunitário da matéria.



econômicas. Proteção essa que só pode ser efetivada por meio da construção de um arcabouço jurídico articulado e sólido, com ênfase em um consistente tratamento de fatos similares, tornando o processo decisório mais transparente e menos subjetivo.<sup>42</sup> Particularmente o sucesso alcançado pelo direito concorrencial na Alemanha, como forma de estimular o desenvolvimento econômico, notado pelo incrível crescimento econômico daquele país, certamente o que teve sua estrutura econômica e política mais afetada pelas consequências da 2ª Guerra Mundial, nas décadas posteriores à Guerra e, a crescente importância política e econômica da União Europeia, e os motivos que tornam imprescindíveis a aplicação uniforme do direito concorrencial, inerentes à integração econômica entre estados, criaram bases experimentais para esse desenvolvimento do direito concorrencial, como se demonstrará.

#### A) FRANÇA

Optamos pela análise histórica do direito concorrencial francês<sup>43 44</sup> pela influência de certa forma exercida pelo desenvolvimento do estudo dos casos de *concorrência desleal*, característica presente em outros países, como Portugal, Itália e Espanha, bem como pela longa e bem sucedida experiência do dirigismo estatal francês sobre a economia e os preços. Apesar de tais ressalvas, é possível afirmar que uma das primeiras normas com preocupações concorrenciais do direito ocidental

---

<sup>42</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, pp. 229 e 230.

<sup>43</sup> Para discussão pormenorizada dos aspectos gerais e do desenvolvimento do direito concorrencial em França, veja-se J. AZEMA, *Le Droit Français de La Concurrence*, 2ª ed., Paris, PUF, 1989; J. BURST; R. KOVAR, *Droit de la Concurrence*, Paris, Economica, 2000; Y. SERRA, *Le Droit français de la concurrence*, Paris, 1993, e, V. G. VENTURINI, *Monopolies and Restrictive Trade Practices in France*, Leyden, 1971.

<sup>44</sup> Recomenda-se, também, o acesso ao *site* da autoridade de concorrência francesa na internet: [www.conseil-concurrence.fr](http://www.conseil-concurrence.fr).

contemporâneo foi editada em França, em 1791. De fato, a "*Loi Chapelier*", trazia em seu corpo dispositivo que proibia agentes em um mesmo segmento de mercado de associarem-se com o propósito de regular interesses comuns. Logo após, em 1810, em função de crises geradas pelas guerras napoleônicas, foi editado o artigo 419 do Código Penal francês que proibia, sob pena de prisão ou aplicação de multa, comportamento concertado entre agentes no mercado para a manipulação do preço de gêneros alimentícios ou outros bens fora dos padrões normalmente estipulados em situações de livre concorrência. Tal dispositivo, com algumas alterações, foi aplicado até 1986 com alguma constância pela cortes francesas.

No entanto, no campo da tutela estatal da concorrência, pouco foi produzido a partir da edição do mencionado artigo, até meados da década de 1960. Em verdade, até então, fora da alçada penal, como mencionado, desenvolveu-se a aplicação jurisprudencial de uma teoria privatista do direito da *concorrência desleal*, baseada em normas do Código Civil francês, que garantiam algum tipo de compensação à parte lesada pela parte que lhe causou a lesão. Tal interpretação tinha como foco principal a ideia de que a paz e a coesão exigiam padrões de justiça e lealdade entre os agentes no mercado. De certa forma, é compreensível que a aplicação rigorosa das cortes francesas tanto do dispositivo penal, quanto da teoria de direito civil, contribuíram em muito para o atraso no desenvolvimento de uma estrutura estatal de preservação da concorrência. Por outro lado, um aspecto estrutural da economia francesa merece ser destacado. O atraso no desenvolvimento industrial, se comparado ao encontrado em países como Alemanha e Inglaterra, fez com que praticamente inexistisse qualquer pressão social para o controle estatal do poder econômico da indústria até o final da Primeira Guerra Mundial.

No momento histórico imediatamente seguinte, o cenário de crise econômica experimentado com a reconstrução do pós-

guerra e a grande depressão da década de 1930, ao contrário de exigir do governo francês uma medida contra a concentração de poder econômico, o fez tomar para si as rédeas do desenvolvimento econômico, encorajando a concentração como forma de gerar crescimento. No entanto, posteriormente, durante a Segunda Guerra Mundial, a colaboração de alguns setores cartelizados da economia francesa com os invasores alemães gerou certo ressentimento estatal contra o grande capital, o que estimulou ainda mais o controle do domínio econômico pelo Estado francês, que passou a planificar a economia, incentivando a co-ordenação dos agentes privados, agora, contudo, sob o rigoroso controle estatal dos preços por eles praticados<sup>45</sup>.

Assim, como medida de combate à crescente inflação do período, o controle estatal dos preços estimulou a aplicação auxiliar de algumas sanções a condutas anticoncorrenciais cujos efeitos fossem diretamente refletidos nos preços praticados aos consumidores. Contudo, somente por força da assinatura do tratado de Roma, e das pressões externas para a adoção pela França, de uma legislação com o objetivo de preservação do ambiente concorrencial, durante a década de 1960, algumas medidas executivas foram tomadas, garantindo algum grau de controle administrativo sobre condutas contra a livre concorrência. Cumpre mencionar que dentre tais medidas executivas tomadas, encontra-se a reforma da legislação concorrencial de 1945, editada em 1963<sup>46</sup>, que, na linha das demais legislações concorrenciais europeias inseriu a proibição aos agentes detentores de uma posição dominante de certas práticas/condutas em seus respectivos mercados, criando, para tais agentes, uma espécie de responsabilidade especial, diferente da existente para

---

<sup>45</sup> Para estudo da experiência francesa sobre o controle de preços, veja-se: H. DU-MEZ; A. JEUNEMAITRE, *Diriger L'Économie: L'État et les Prix en France: 1936-1986*, Paris, L'Harmattan, 1989.

<sup>46</sup> Para uma visão detalhada da reforma à legislação editada em 1963, ver C. A. C. SANTANA, *O abuso da posição dominante no Direito da Concorrência*, Lisboa, Cosmos, 1993, pp. 85-88.

os que não detêm tal posição em seus respectivos mercados relevantes.

Ocorre que, muito embora dotada de mecanismos muito próximos dos adotados em países em que a legislação concorrencial foi efetivamente posta em prática, não perdeu o direito concorrencial, em França, a natureza de mera ferramenta auxiliar ao controle estatal de preços durou até o final da década de 1970. De fato, e, notadamente no que concerne ao controle estatal dos atos de concentração econômica, não houve, até o final daquela década, um verdadeiro sistema de direito concorrencial, que só veio a ser efetivamente posto em prática naquele país com a nomeação de Raymond Barre, um renomado acadêmico de economia, ao cargo de primeiro-ministro francês, e sua firme intenção de promover a redução do controle estatal sobre os preços e aprovar um sistema de regulação concorrencial mais efetivo, com disposições acerca do controle sobre atos de concentração.<sup>47</sup>

No entanto, a opinião pública não tardou a questionar a seriedade da nova lei quando a “*Commission de la Concurrence*” ousou tomar medidas mais severas na aplicação da legislação. Então, com a eleição do socialista François Mitterrand, em 1981, reduziu-se o apoio político à aplicação das normas de tutela da concorrência, que voltou às sombras naquele país. Tal postura, inclusive, justifica o posicionamento dos oficiais franceses ao tentar subordinar as normas concorrenciais da União Europeia a outros objetivos de política econômica. Em 1986 foi elaborada uma nova *ordonnance*<sup>48</sup> do poder executivo francês para tratar sobre a matéria. Além da criação do *Conseil de la concurrence*, referida legislação introduziu a ideia de maiores e mais severas punições aos agentes julgados culpados de condutas anticoncorrenciais, bem como a introdução de um processo

---

<sup>47</sup> H. DUMEZ; A. JEUNEMAITRE, *La Concurrence en Europe*, Paris, Seuil, 1991, pp. 76-77.

<sup>48</sup> L'ordonnance 86-1243, de dezembro de 1986.

que pudesse garantir o acesso ao contraditório dos interessados.

A última alteração da legislação concorrencial francesa veio em 2001, com as alterações previstas no Código Comercial. Referida legislação introduziu uma série de alterações, como um controle sistemático dos atos de concentração econômica. Mas, o mais importante dos aspectos tratados pela legislação em referência foi a separação dos poderes de investigação de práticas anticoncorrenciais e os poderes de julgamento da matéria. Além disso, outros três aspectos que merecem ser abordados são a expressa previsão de possibilidade de celebração de acordos de leniência para a investigação de práticas anticompetitivas, bem como a previsão de imposição de elevadas sanções pecuniárias, que podem chegar aos 10% (dez por cento) do faturamento bruto global da companhia.

## B) PORTUGAL

Como afirmado preteritamente, o desenvolvimento do direito concorrencial em Portugal apresenta muitas semelhanças ao encontrado em França, notadamente pela forte influência da disciplina privatista da concorrência desleal, bem como pela presença de normas de tutela de comportamentos de agentes econômicos em detrimento de seus concorrentes no campo do direito penal<sup>49 50</sup>. Mais uma vez cumpre efetuar uma análise da estrutura econômica para compreendermos a evolução do direi-

---

<sup>49</sup> Para análise do direito concorrencial português, veja-se C. A. C. SANTANA, *O abuso da posição dominante no Direito da Concorrência*, Lisboa, Cosmos, 1993; A. C. SANTOS; M. E. GONÇALVES; M. M. L. MARQUES, *Direito Económico*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, pp. 301-464; N. RUIZ, *A Aplicação do Direito Comunitário da Concorrência em Portugal*, in Documentação e Direito Comparado, Boletim do Ministério da Justiça de Portugal, nº 77/78, 1999, pp. 07-36; A. R. BANGY, *Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal*, in Revista do IBRAC, vol. 4, nº 6, 1997, pp. 43-57; e, L. S. C. MONCADA, *Direito económico*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

<sup>50</sup> Recomenda-se, também, para o acesso à legislação mencionada nesse item do trabalho, a visita ao endereço da Direcção-Geral de Concorrência portuguesa na internet: [www.autoridadedaconcorrencia.pt](http://www.autoridadedaconcorrencia.pt)

to concorrencial no país. A história econômica de Portugal demonstra uma série de opções equivocadas pela aliança com outras nações ao invés do empreendedorismo da nação. Assim, Portugal foi levado a uma incrível dependência econômica de seus parceiros, primeiro a Holanda, em função da cultura canavieira e, depois, a Inglaterra.

As consequências da segunda parceria foram ainda mais danosas a Portugal, em função do momento histórico em que essa se deu. A celebração do “*Tratado dos Panos e Vinhos*” estancou as possibilidades de desenvolvimento industrial do país, no momento em que ocorria a Revolução Industrial. Por isso, Portugal manteve-se um país de características agrícolas e assim permaneceu durante, inclusive, boa parte do século XX. O que interessa para o presente trabalho é que, ao contrário da experiência vivida nos países onde a Revolução Industrial foi efetiva, em Portugal não houve as consequências sociais e econômicas da Revolução Industrial. Não houve, como na Inglaterra ou em França, motivos para preocupação social com o aumento das jornadas de trabalho, ou a redução à condição servil da mão-de-obra, como, também, não foram sentidos os efeitos nocivos da concorrência predatória entre os agentes industrializados.

E, por isso, não havia motivos para uma preocupação efetiva com o direito concorrencial. Nessa linha, desenharam-se as bases para que o direito concorrencial fosse deixado para uma tutela de caráter privatista, ou, mesmo criminal. De fato, a primeira norma que objetivava a restrição de condutas de concorrência ilícita encontrava-se no Código Penal Português de 1852, que previa dentre os crimes contra a tranquilidade pública, o crime de monopólio, tipificado em práticas como o açambarcamento ou a alteração fraudulenta dos preços. Por outro lado, a grande influência do direito civil francês vivenciada em Portugal levou à aplicação, no campo do direito das obrigações, da teoria privatista da concorrência desleal.

A comodidade de aplicação da norma penal, e a aplicação costumeira de sanções civis, baseadas em condutas de concorrência desleal, somadas à questão estrutural da economia portuguesa contribuíram para que todas as tentativas de se aprovar uma legislação concorrencial, preocupada com o processo concorrencial em si, e, portanto, de caráter publicista, nunca fossem realmente efetivadas. Com efeito, houve algumas tentativas legislativas de implementar um sistema de controle concorrencial, no entanto, todas tiveram seu prosseguimento atravancado seja durante o processo regulamentar dentro das próprias casas legislativas, fosse pela ausência de aplicação das mesmas pelos órgãos competentes para tanto.

De fato, a primeira dessas tentativas se deu em 1936, com a publicação de uma legislação para controle de atos de concentração (Lei nº 1936, de 8/3/1936) não chegou a ser aplicada como medida para defesa da concorrência, nem, tampouco, pode-se afirmar que tenha influenciado a decisão de agentes econômicos em questões relativas à matéria por ela regulada. Outras tentativas de implementação de uma legislação concorrencial em Portugal, influenciadas pela assinatura por Portugal do tratado da EFTA, não tiveram melhor sorte. O Decreto-Lei nº 44.016 não chegou a ser regulamentado e a proposta de Lei nº 508/VIII foi retirada do processo legislativo antes mesmo de sua efetiva votação.

Posteriormente, com o ingresso português na então CEE, e a tentativa de modernização e liberalização econômica proposta na última fase do Estado Novo português, foi proposta a Lei nº 1/72, que também não chegou a ser regulamentada como previa o seu texto. Note-se, contudo, que tais tentativas legislativas estiveram sempre ligadas não ao interesse português na implementação de um sistema de direito concorrencial, mas ao exercício de pressões externas, notadamente o seu interesse de ingresso em blocos econômicos.

Finalmente, em 1982 foi criada a Direcção-Geral da

Concorrência e Preços e, em 1983, inspirado no modelo de direito concorrencial da União Europeia, que será analisado adiante, foi implementado o Decreto-Lei 422/83, que determinava a repressão de condutas anticoncorrenciais. Em seu corpo, já se encontravam dispositivos regulamentando a questão da posição dominante, existente quando uma empresa, ou um grupo de empresas, não enfrenta qualquer concorrência efetiva em seu mercado, também como uma situação não proibida *per se*, mas que imputava ao seu detentor uma responsabilidade especial, restringindo o abuso no seu exercício.

Em 1988 foi aprovado o Decreto-Lei 428/88, que previa o controle de atos de concentração econômica e, em 1993 a legislação concorrencial portuguesa foi alterada pela edição do Decreto-Lei 371/93. Essa legislação continha, basicamente, três vertentes<sup>51</sup>: i) restrição a comportamentos anticoncorrenciais dos agentes em seus mercados; ii) análise e controle de atos de concentração econômica; e, finalmente, iii) regras de intervenção estatal na economia. No que diz respeito às duas primeiras vertentes da referida legislação, de relevo notar que em que pese o caráter universal de sua aplicação, estão excluídas de seu alcance as concessionárias de serviços públicos, não restando então, em Portugal, qualquer espaço para a salutar discussão da aplicação, em nossa óptica imprescindível, de regras concorrenciais nos mercados regulados. Além disso, interessante notar que a própria legislação concorrencial portuguesa estipula o regime do direito da concorrência como um meio para alcançar políticas sociais e econômicas, como se vê na terceira vertente mencionada, a de intervenção do Estado na economia, por meio da concessão de isenções legais e subsídios em mercados que se considerem importantes para a consecução de algum objetivo político maior.

---

<sup>51</sup> Para uma análise acurada da atual legislação concorrencial portuguesa, confira-se A. R. BANGY, *Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal*, in Revista do IBRAC, vol. 4, nº 6, 1997, pp. 43-49.



Por fim, tal legislação impôs ainda regras processuais atinentes à tramitação dos processos perante a Directoria-Geral de Concorrência. Nessas regras, distingue-se o processo para a análise de atos de concentração do processo investigativo/punitivo de condutas anticoncorrenciais. O processo referente à análise de atos de concentração criou-se um processo administrativo puro, diferentemente do processo para análise de condutas anticoncorrenciais que é um verdadeiro híbrido de processo administrativo com processo criminal, baseado nos princípios da legalidade e do contraditório. Em 2003, Portugal modificou novamente sua legislação concorrencial, tendo sido editada a Lei nº 18/2003.

Tal legislação alterou substancialmente o caráter de sua aplicação, impondo o seu regime também às empresas detentoras de monopólios públicos e as chamadas concessionárias de serviços públicos. No mais, foram mantidos os poderes investigatórios da Direcção-Geral de Concorrência, bem como os trâmites processuais. Em verdade, referida legislação possui forte caráter de recepção do Regulamento nº 1/2003 da Comissão de Concorrência da União Europeia, que será objeto de análise a seguir.

### C) INGLATERRA

Apesar das peculiaridades em relação aos demais países europeus – a condição insular, a formação de um Estado com características hodiernas muito tempo antes dos demais países, e, principalmente, as tradições jurídicas da *Common Law* que em muito diferem das tradições do direito continental<sup>52</sup> – o desenvolvimento do direito concorrencial na Inglaterra apresenta muitas semelhanças com o padrão de desenvolvimento

---

<sup>52</sup> Para análise do sistema de direito inglês, e sua diferenciação do direito continental, cf. R. DAVID [CARVALHO, Hermínio A., trad.], *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 353-441.

encontrado na maioria dos países europeus, embora com algumas idiossincrasias<sup>53</sup>.

Até o início da Primeira Guerra Mundial, alguns fatores contribuíram para a quase absoluta inexistência de controle estatal da concorrência na Grã-Bretanha. Temos como primeiro fator a evolução da interpretação jurisprudencial das cláusulas contratuais de restrição comercial. Apesar da longa tradição em sua aplicação pelas cortes britânicas advir desde o século XIII, a grande mudança no cenário empresarial, com a substituição do negócio artesanal pelo negócio industrial em um curto lapso de tempo fez com que as cortes receassem aplicar as mesmas normas de maneira homogênea em condições tão diferentes. Além disso, desde a revolução industrial, até então, a história econômica da Inglaterra era de quase nenhuma intervenção estatal no domínio econômico.

Por fim, a condição de potência econômica dominante no cenário internacional forçando o apoio à política de ausência de restrições alfandegárias ao comércio internacional fez com que, ao menos por algum tempo, os opositores a uma regulação concorrencial arguissem, com sucesso, na defesa de seus interesses, que, sem barreiras alfandegárias não havia estímulo à cartelização, pois produtos estrangeiros poderiam ingressar no mercado, não havendo, então, necessidade de qualquer intervenção estatal<sup>54</sup>. Sem embargos, o longo período de regulação estatal da economia havido durante a Primeira Guerra Mundial, em favor do denominado ‘*esforço de guerra*’, demonstrou que tal intervenção estatal poderia ser efetivada com razoável sucesso, mesmo em países que a costumavam rechaçar, como era

---

<sup>53</sup> É possível obter-se bons materiais para análise histórica do desenvolvimento do direito concorrencial inglês por meio do *site* na internet do *Office of Fair Trading* ([www.offt.gov.uk](http://www.offt.gov.uk)). Nesse endereço também é possível encontrar links para todas a legislação mencionada neste item.

<sup>54</sup> Para uma visão mais profunda, veja-se: T. FREYER, *Regulating Big Business: Antitrust in Great Britain and America 1880-1990*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 70-75.

o caso da Inglaterra.

Além disso, a crise das décadas de 1920 e 1930, que se seguiu à Primeira Guerra, estimulou uma maior intervenção estatal no domínio econômico e, na esteira do ocorrido em quase todos os países da Europa ocidental, provocou a condescendência – se não o estímulo – do Estado para com a concentração do poder econômico. No caso Inglês, tal condescendência com o acúmulo de poder era ainda agravada pela crença na possibilidade de auto-regulação, sugestionada pela confiança, fruto de uma sociedade tradicionalista e monarquista, na nobreza de atitudes dos homens detentores do poder econômico.

Porém, ao final da Segunda Grande Guerra, o cenário de absoluta resignação estatal para com a concentração do poder econômico começou a mudar. Os efeitos ainda mais avassaladores do que os sofridos com a Primeira Guerra, como a destruição quase completa do parque fabril e a atrofia dos setores produtivos geraram uma grave crise de produção e, como efeito mediato, uma pobreza sem precedentes na Inglaterra. Sem recursos naturais, com dívidas de guerra que lhe impediam de reestruturar seu setor produtivo, foi necessário à Inglaterra importar produtos para sua sobrevivência, mas a escassez de recursos também não permitia grandes gastos. A resposta política para tal cenário foi a ascensão do Partido Trabalhista ao poder central, o que gerou um ambiente favorável para o estabelecimento de uma legislação concorrencial, pois para o governo trabalhista tal legislação era um instrumento para submeter os detentores de poder econômico às necessidades da sociedade e de proteger os trabalhadores e a pequena empresa dos efeitos nocivos do grande capital. Além disso, a pressão exercida pelos Estados Unidos pela adoção de alguma forma de legislação concorrencial também colaborou para o sancionamento, no Reino Unido, em 1948, do Ato de Investigação e Controle de Monopólios e Práticas Restritivas (*Monopoly and Restrictive*

*Practices (Inquiry and Control) Act*)<sup>55</sup>.

Primeiro passo para a construção do sistema concorrencial bretão, mencionado ato optou por um controle administrativo explícito, autorizando o órgão ministerial responsável pelo comércio e a indústria a proceder a investigação de práticas restritivas possivelmente praticadas em mercados em que 30% ou mais dos bens fossem controlados por um único agente. Com relação ao ato de 1948, embora seja possível afirmar que tal tenha exercido somente um papel educacional, com poucas investigações efetivas, e apenas duas sugestões de aplicação de sanção<sup>56</sup>, impende ressaltar sua aproximação ao modelo adotado em outros países da Europa – embora, como mencionado, os Estados Unidos tenham exercido papel decisivo ao pressionar a Inglaterra para a adoção de alguma forma de legislação concorrencial – e, ainda, pode-se notar um primeiro delineamento de um fator central que não se baseia na proibição do poder econômico, mas na responsabilidade especial do seu detentor, aproximando-se muito do conceito de posição dominante.

No entanto, essa função educacional do ato de 1948 não deve ser subestimada, pois influenciou uma guinada em prol da defesa da concorrência na Inglaterra<sup>57</sup>, já que mesmo o pequeno número de investigações realizado demonstrou que práticas restritivas à concorrência eram muito comuns em muitos mercados britânicos. Em 1955, a Comissão de Concorrência divulgou um relatório enfatizando o elevado grau de ocorrência de certas condutas anticoncorrenciais nos mercados britânicos, defendendo que tais práticas eram sempre nocivas ao interesse público. Tal relatório gerou pressões públicas para uma nova legislação que resolvesse ao menos parte dos problemas relata-

---

<sup>55</sup> Confira-se T. FREYER, *Regulating Big Business: Antitrust in Great Britain and America 1880-1990*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 261-267.

<sup>56</sup> Ver C. K. ROWLEY, *The British Monopolies Commission*, London, 1966, pp. 330-331.

<sup>57</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 216.

dos. O partido Conservador, então no poder, apoiado pelos interesses dos empresários, favoreceu a ideia da criação de um sistema mais “jurídico” para redução das incertezas e elementos políticos do sistema então em vigor<sup>58</sup>, o que gerou a criação de um sistema misto, que perdurou até 1980, quando um outro sistema foi adicionado.

De fato, em 1956, o “*Restrictive Trade Practices Act (RTPA)*”, deixou o tratamento das questões de monopólio para o antigo sistema (“sistema de monopólio”), criando para o controle das condutas anticoncorrenciais um sistema que, embora mantivesse a forma de controle administrativo, utilizava ferramentas e mecanismos legais para o seu combate. Alterava-se, então, com o RTPA, a ideia de neutralidade para com as práticas e condutas anticoncorrenciais, existente no ato de 1948 – e mantida para as questões envolvendo práticas de monopólio – para uma presunção de ilegalidade. O ato de 1956 referia-se a acordos ou contratos, deixando condutas praticadas por uma única empresa ao alvitre do sistema de monopólio.

O processo estabelecido pelo RTPA consistia na notificação e registro do acordo/contrato celebrado pelos agentes perante o “*Registrar’s Office*”. Se o Registrar’s Office entendesse relevante o acordo, esse deveria ser encaminhado à “*Restrictive Trade Practices Court (RTP Court)*” para julgamento. O julgamento consistia em analisar se o acordo se adequava a uma das causas de isenção, as chamadas *gateways*<sup>59</sup>. Se não isento o acordo/contrato poderia ser julgado inválido e se as empresas continuassem a cumpri-lo, poderiam sofrer sanções que poderi-

---

<sup>58</sup> Para uma análise do pano de fundo da discussão para elaboração do RTPA, confira-se R.B. STEVENS; B. S. YAMEY, *The Restrictive Practices Court: A Study of the Judicial Process and Economic Policy*, London, 1956, pp. 10-19.

<sup>59</sup> As *gateways* são cláusulas de isenção para os acordos/contratos, que partiam do pressuposto de que em determinadas situações o interesse público poderia estar de acordo com determinadas situações ou práticas anticoncorrenciais. Foi elaborado um rol extenso e detalhado de situações que poderiam justificar os contratos, para uma análise pormenorizada desse elenco de situações, ver L. WILBERFORCE, *The Law of Restrictive Trade Practices and Monopolies*, 2ª ed., London, 1966, pp. 379-403.

am incluir a aplicação de multas. Na sua primeira década de existência a *RTP Court* analisou mais de 4.000 (quatro mil) acordos/contratos e raramente concluiu por sua validade, como resultado, a grande maioria foi extinta ou modificada<sup>60</sup>. No entanto, essa intensa atividade criou um grande elenco de precedentes, de modo a permitir que as empresas bem orientadas juridicamente pudessem cumprir apenas as formalidades sistêmicas e não serem apanhadas em suas práticas anticoncorrenciais.

No final da década de 1970 houve muitas críticas à eficiência do sistema, baseadas na dificuldade criada para o cumprimento do interesse público. Mas, em 1979, uma revisão interdepartamental do governo britânico concluiu que eventuais melhorias advindas de uma possível reforma não compensariam os riscos de mudança de um padrão que tal reforma provocaria. Assim, apesar das críticas perdurarem, o sistema prevalece na Grã-Bretanha até hoje. Por sua vez, no que diz respeito ao controle de atos de concentração, pouco foi feito pela Inglaterra até 1965. Em verdade, entre 1956 e 1965, a então esvaziada *Monopoly Commission*, seguindo a orientação de política econômica adotada à época, favoreceu a criação de grandes empresas por meio de atos de concentração econômica, partindo do pressuposto de que quanto maiores as empresas mais capazes elas seriam de enfrentar a concorrência internacional, deixando, contudo, de investigar potenciais abusos dentro da Inglaterra. Em 1965, o partido Trabalhista, então no poder, editou o “*Monopolies and Mergers Act*”, mas sua efetividade pode ser considerada nula. A começar pelo fato de que o governo britânico continuou a estimular fusões entre agentes, e chegando ao caráter de presunção de sua beneficência emprestado pela legislação aos atos de concentração econômica. Na prática, poucas vezes algum ato de concentração recebeu qual-

---

<sup>60</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 219.

quer oposição governamental, até o começo da década de 1970.

De fato, em 1973, com a edição do “*Fair Trading Act*” e a criação do “*Office of Fair Trading (OFT)*” – que deveria ser dirigido por alguém com notório conhecimento em regulação econômica – buscou-se criar um sistema mais efetivo e menos suscetível a influências políticas e empresariais e reduziu-se o percentual mínimo para que fosse obrigatória a análise concorrencial de atos de concentração de 33%, para 25% da participação no mercado relevante envolvido. Essa estrutura do sistema perdurou até 1998, quando ocorreu a segunda das duas alterações substanciais na legislação concorrencial do Reino Unido existente até então.

A primeira delas ocorreu em 1980, como um resultado de uma análise da política concorrencial, em função da crescente importância da União Europeia (então Comunidade Europeia) e, também, da política econômica de Margareth Thatcher. A lei de 1980, no entanto, não substituiu nenhum dos dois sistemas preteritamente analisados, mas incluiu um terceiro sistema que visava reprimir condutas anticoncorrenciais não apreciadas pelos outros dois sistemas. Ao contrário do sistema regulado pelo *RTPA*, o critério de antijuridicidade das condutas por ele reguladas não estava em sua forma, mas em seus efeitos para a concorrência. Mas, apesar da possibilidade de um controle mais vigoroso e direto, nem os órgãos responsáveis, tampouco partes possivelmente interessadas, demonstraram vontade no efetivo controle dessas condutas, o que tornou, na prática, o sistema pouco eficaz e merecedor de muitas críticas<sup>61</sup>.

Em 1998, adveio a segunda das grandes modificações mencionadas, e que veio a inserir o modelo concorrencial hoje vigente no Reino Unido. O *Competition Act 1998*, entrou em vigor em 1º de Março de 2000. As modificações por ela introduzidas visaram à união dos sistemas concorrenciais então vi-

---

<sup>61</sup> Para uma análise mais profunda das críticas a que fazemos menção, R. WHISH; B. SUFRIN, *Competition Law*, 3ª ed., London, 1993.

gentes. Os dois principais grupos de restrição inseridos pela referida legislação foram inspiradas nos atuais artigos 81 e 82 do Tratado de Roma, e visam a proibição de: i) acordos e/ou contratos anticoncorrenciais; e, ii) o abuso de posição dominante. Entre os principais tópicos da referida legislação podemos destacar: a concessão de maiores poderes investigatórios aos órgãos antitruste; a previsão expressa de possibilidade de celebração de acordos de leniência para a investigação de cartéis; a possibilidade de imposição de multas aos infratores da legislação que podem chegar a até 10% do faturamento dentro do Reino Unido, por até três anos seguidos; e, a possibilidade assegurada a concorrentes e consumidores dos agentes infratores de buscarem recompensação financeira pelos danos sofridos em virtude da prática anticoncorrencial punida.

Em 2002, foi introduzida alteração legislativa no que diz respeito ao controle de atos de concentração. O *Enterprise Act 2002* alterou substancialmente o tratamento dos atos de concentração de uma análise do enquadramento do ato com o interesse público para uma série de estudos econométricos. Embora haja um modelo claramente distinto do modelo existente nos Estados Unidos, no Reino Unido, como nos outros países até agora estudados, a tendência da aplicação das normas concorrenciais tem sido simplificadora, aproximando-se muito da aplicação atual das cortes americanas à matéria<sup>62</sup>. Em 2003, uma nova série de alterações legislativas foi efetuada, tendo-se em vista as determinações do Regulamento nº 01/2003 da Comissão de Concorrência da União Europeia, que será objeto de análise adequada quando do estudo do direito concorrencial comunitário.

## D) ALEMANHA

---

<sup>62</sup> Para estudo das decisões do órgão concorrencial inglês, confira-se o endereço na internet do *Office of Fair Trading*: [www.oft.gov.uk](http://www.oft.gov.uk) e o da *Competition Commission*: [www.competitioncommission.gov.uk](http://www.competitioncommission.gov.uk).



Voltamos a analisar o plano concorrencial da Alemanha<sup>63</sup>.  
64. Conforme mencionado anteriormente, a Alemanha<sup>65</sup> foi o primeiro país europeu a possuir uma legislação, modificada pela ascensão Nazista ao poder naquele país. Contudo, nesse ínterim, surgiu uma nova perspectiva intelectual que viria a modificar o cenário alemão, introduzindo novas ideias e sugerindo soluções para os problemas enfrentados pela República de Weimar e que culminaram na ascensão Hitlerista ao poder.

Trata-se das ideias ordoliberais de um grupo de estudiosos, das ciências jurídica e econômica, que encontraram em Freiburg o ambiente propício para o desenvolvimento de seus pensamentos. A chamada escola ordoliberal de Freiburg viria a contribuir com uma série de novas propostas sobre a concorrência e o seu fundamental papel para o estabelecimento de uma sociedade de economia de mercado, se transformando na base de trabalho para o desenvolvimento do direito concorrencial alemão no pós-guerra<sup>66</sup>. Procurando um meio termo entre o liberalismo exacerbado do final do século XIX, e a intervenção absoluta do Estado na esfera de interesses dos cidadãos, procu-

---

<sup>63</sup> Para análise acurada do desenvolvimento do direito concorrencial na Alemanha, confira-se ; D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, pp. 266-333; C. SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial: as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 58-63.

<sup>64</sup> Recomenda-se, também, a visita ao *site* da autoridade concorrencial alemã: [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de).

<sup>65</sup> Cumpre, embora pareça bastante evidente, ressaltar que, ao referir-nos a Alemanha, no contexto pós-guerra, referimo-nos à parcela do território alemão vulgarmente denominada Alemanha Ocidental (República Federal Alemã), e que esteve submetida ao regime capitalista, ao contrário da parcela oriental, submetida ao regime socialista.

<sup>66</sup> Para uma análise aprofundada sobre a Escola Ordoliberal de Freiburg, confira-se: A. HEINERMANN, *Die Freiburger Schule und ihre geistigen Wurzeln*, Munich, 1989; D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, pp. 232-265; e, C. SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial: as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 21-24.

raram os ordoliberais imaginar uma sociedade na qual os indivíduos seriam tão livres quanto lhes fosse possível da interferência estatal e na qual as instituições democráticas dispersam o poder político pela maximização da participação na produção de políticas públicas. Ainda, tendo presenciado a utilização do poder econômico para a destruição de instituições políticas e sociais durante a República de Weimar, os ordoliberais enfatizaram a necessidade de proteção da sociedade dos abusos desse poder.<sup>67</sup>

A proposta ordoliberal para alcançar tais fins passava por uma nova relação entre o direito e a economia. A competição econômica criaria as condições para o estabelecimento de uma sociedade como eles anteviam, mas era necessário que o direito pudesse dar condições de que a competição existisse e funcionasse perfeitamente<sup>68</sup>. Para a Escola de Freiburg a economia de mercado deveria se basear na concorrência. Mas não em uma concorrência no seu sentido amplo. Tal concorrência deveria ser completa<sup>69</sup>, um conceito que se transformou em um guia

---

<sup>67</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 240.

<sup>68</sup> Para tanto, deveria o direito estabelecer o que seria o conjunto de preceitos e elementos jurídicos que garantiriam a definição do sistema econômico, organizando e determinando sua forma de funcionamento, a chamada constituição econômica. Distingue-se o emprego do termo para os teóricos do direito econômico e os teóricos de Freiburg, para os primeiros o termo é utilizado no seu sentido formal, para os segundos, o termo é empregado em seu sentido material, podendo estar ou não na Constituição. Confirma-se, nesse sentido, C. SALMOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial: as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 15-16. Para uma precisa distinção entre os caracteres formal e material do termo, veja-se E. R. GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 9ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 70-72.

<sup>69</sup> Cumpre aqui notar, de acordo com D. J. GERBER (in *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 245), e W. MÖSCHEL (in *Competition Policy from an Ordo Point of View*, in A. T. PEACOCK; H. WILLGERODT [eds.], *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, New York, 1989, p. 157), que o termo alemão ‘*vollständiger Wettbewerb*’ é comumente traduzido para os outros idiomas como ‘*concorrência perfeita*’. No entanto, para o principal teórico econômico de Freiburg, o que contava não era o conteúdo neo-liberal comumente empregado à expressão de concorrência

para a política governamental alemã. Para o estabelecimento de uma sociedade mais equilibrada, os ordoliberais tinham o conceito de que a legislação concorrencial deveria modelar a concorrência criando e mantendo as bases sobre as quais poderia ser desenvolvida. O chamado modelo de concorrência completa estabeleceria os princípios gerais e um órgão independente dedicado ao controle concorrencial cuidaria de sua aplicabilidade.

A impressão, para os seus economistas, de que todo monopólio gerava mais desvantagens do que vantagens, fez florescer a ideia de que todo monopólio deveria ser regulado, de modo que agisse como se estivesse a desenvolver sua atividade em um ambiente de concorrência completa. E foi justamente essa ideia que viria a influenciar o conceito de restrição ao abuso de uma posição dominante, como se verá oportunamente. Outro ponto importante das ideias lançadas pelos teóricos de Freiburg diz respeito à independência e caráter quase que jurisdicionais do órgão concorrencial. Para eles, a possibilidade de sua captura<sup>70</sup> pelo poder político e econômico possivelmente exercido por grandes empresas punha em perigo o sistema con-

---

perfeita, que é aquela situação hipotética na qual, em explicação sintética e simplificadora, os produtos são vendidos pelo preço marginal, pois não existe poder no mercado, mas, sim, a inexistência de coerção por parte de quaisquer dos agentes no mercado para a adoção de determinada prática por seus concorrentes.

<sup>70</sup> Embora a chamada “*Teoria da captura*”, que se refere basicamente a todas as agências estatais responsáveis por regulação econômica (nesse caso, inclusas as autoridades responsáveis pelo controle concorrencial, que são autoridades de regulação econômica), e a possibilidade de exercício de poder político e econômico sobre os seus membros, por parte de agentes privados, só viesse ganhar corpo e destaque na década de 1970 por conta do estudo pioneiro de G. STIGLER (para aprofundamento da matéria, ver G. J. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economics*, n. 02, Chicago, 1971, pp. 03-21; S. PELTZMAN, *Toward a more general theory of Regulation*, *Journal of Law and Economics*, n. 19, Chicago, 1976, pp. 211-240; e, W. K. VISCUSI; J. M. VERNON; J. E. HARRINGTON JR., *Economics of Regulation and Antitrust*, 2nd edition, Cambridge, MIT, 1996, pp. 38-39) utilizamos tal nomenclatura, por acreditarmos tratar-se de análises do mesmo fenômeno, embora sem o mesmo aprofundamento por parte dos teóricos ordoliberais.

correncial. Portanto, o órgão deveria ser tão independente do poder executivo, quanto detentor de poderes jurisdicionais para a aplicação do direito ao caso concreto<sup>71</sup>, o que será útil quando analisarmos as perspectivas para o caso brasileiro.

Fato é que, enquanto grande parte dos países europeus, após o final da 2ª Guerra Mundial, desenvolvia legislações concorrenciais que viriam a desempenhar papéis inicialmente secundários, a Alemanha, em função da influência ordoliberal, acrescida de outros fatores<sup>72</sup>, viria a desenvolver um regime concorrenciais que se transformaria no modelo a ser seguido por quase a totalidade dos países europeus ocidentais, e, também, a União Europeia. A legislação concorrenciais alemã (GWB<sup>73</sup>) foi promulgada em 1957, entrando em vigor em 01 de janeiro de 1958, tendo de duas fontes básicas: i) a solicitação oficial dos ocupantes estadunidenses do pós-guerra, como requisito para a reconquista da soberania por parte da Alemanha; e, ii) o reconhecimento político de que uma legislação semelhante era necessária para a consolidação de uma economia de mercado.

Tal legislação estabeleceu um sistema híbrido de controle administrativo-jurisdicional. O papel da chamada *Bundeskartellamt* (algo como “*Tribunal Federal da Concorrência*”) era mais do que executar decisões políticas, mas aplicar e interpretar o texto legal existente. As decisões do *Bundeskartellamt* poderiam ser revistas pela corte de apelações de Berlin (*Kammergericht*), de cujas decisões caberia recurso para a câmara de

---

<sup>71</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 255.

<sup>72</sup> Pode-se enumerar dentre tais fatores o continuísmo na liderança econômica da RFA, que permaneceu sob o controle dos partidos Cristãos, e a ocupação americana e o início da Guerra-Fria, que estimulou o desenvolvimento de uma economia de mercado, e o fortalecimento das bases capitalistas, sob o receio da possibilidade de domínio soviético.

<sup>73</sup> Para análise das discussões travadas para o editamento da legislação concorrenciais alemã em 1957, ver R. ROBERT, *Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik – Das Beispiel der Entstehung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Berlin, 1972.

concorrência (*Kartellsenat*) da Suprema Corte Alemanha. Além disso, era previsto também um sistema de autorização ministerial (*Ministererlaubnis*) para os casos em que a autoridade concorrencial tivesse negado permissão a determinada conduta, em prol de interesses sociais e econômicos. No que atine ao aspecto material da legislação o *GWB* continha originalmente três grupos de normas substanciais, que se referiam a: i) restrições horizontais à concorrência; ii) restrições verticais à concorrência; e, iii) abuso de uma posição dominante. Um quarto grupo de normas, referente ao controle de atos de concentração econômica, foi adicionado posteriormente ao *GWB*<sup>74</sup>, em 1973.

Para efeitos do presente trabalho, importa destacar o conteúdo do terceiro grupo de normas<sup>75</sup> mencionado, que diz respeito ao controle dos abusos de posição dominante. Na mesma linha das outras legislações europeias estudadas (embora, em tempo, anterior na sua edição) a legislação concorrencial alemã também não proíbe a existência de uma posição dominante, mas autoriza, contudo, o *Bundeskartellamt* a tomar medidas para evitar que agentes detentores de um determinado grau de poder econômico em seu específico mercado de praticar condutas que possam causar danos ao processo concorrencial como um todo. Originalmente, o conceito de abuso de posição dominante não estava definido no *GWB*. De acordo com sua redação, estudos econômicos deveriam indicar, de acordo com a teoria ordoliberal, qual seria o comportamento adequado do agente em condições de competição completa, e, assim o *Bundeskartellamt* teria poderes e conhecimento suficientes para

---

<sup>74</sup> Originalmente, também, o *GWB* não era aplicável a todo um conjunto de importantes setores da economia, como, por exemplo, agricultura e seguros, o que só veio a ser modificado na década de 1990.

<sup>75</sup> Para o estudo dos outros tipos específicos, recomenda-se a leitura de J. MAXEINER, *Policy and Methods in German and American Antitrust Law: A Comparative Study*, New York, Greenwood, 1986, além das outras obras sugeridas, bem como do próprio texto legal, que pode ser encontrado no *site* da internet do *Bundeskartellamt*.

determinar que se cessasse determinada prática, em abuso de uma posição dominante.

Com o intuito de impedir que o conceito fosse aplicado de maneira muito ampla, foi determinado que somente haveria abuso de uma posição dominante, no caso de existentes uma das três práticas: i) venda casada; ii) restrições ou recusas de contratar; e, iii) fixação de preços. Embora tenha havido muitas restrições por parte da comunidade jurídica alemã – que tende a rechaçar a possibilidade de aplicação de uma norma de conteúdo programático, que obrigue o seu aplicador a fazer a lei do caso concreto, e não apenas interpretá-la – em 1965, foi expandido o escopo de aplicação do conceito de abuso. Foram eliminadas as referências a tipos específicos de abusos e autorizou-se o *Bundeskartellamt* a tomar medidas restritivas a quaisquer medidas que pudessem significar o abuso de uma posição dominante.

As discussões que se seguiram à ampliação legislativa de seu escopo de aplicação incentivaram discussões acadêmicas acerca do tema que clarearam alguns pontos controversos e fizeram sua aplicação mais efetiva pela autoridade concorrencial alemã<sup>76</sup>. Em meados da década de 1970, doutrina e jurisprudência haviam chegado a uma série de lugares comuns sobre os contornos do conceito de abuso de posição dominante. De acordo com esse pensamento, inicialmente, o conceito não deveria ser utilizado para proteger o interesse público, mas para proteger o processo de concorrência como um todo. Assim, a pedra angular de tal conceito residiria na liberdade de empresa e na maximização do acesso aos mercados para a totalidade dos agentes.

Um segundo ponto: nem o motivo, nem tampouco a intenção do agente no exercício de sua conduta deveriam ser levados em consideração pelo julgador quando da análise do

---

<sup>76</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, pp. 308-309.

abuso de uma posição dominante. Além disso, o conceito de abuso de uma posição dominante não envolvia aspectos ou valores morais ou éticos. Sua interpretação deveria se dar tão somente de acordo com aspectos jurídicos e econômicos. Por fim, para ser abusiva, determinada conduta deveria estar intrinsecamente ligada ao poder econômico do agente. Tal poder deveria tornar possível ao seu detentor que a conduta por ele praticada causasse danos à concorrência. Nesse sentido, tal poder econômico deveria criar condições ao agente de agir com independência em relação à sua concorrência, e, assim, deter um determinado grau de influência sobre o processo competitivo em si. Eis, então, o conceito de posição dominante para o direito alemão. No desenvolvimento de tais ideias, tanto a jurisprudência quanto a doutrina alemãs elaboraram uma espécie de distinção entre dois tipos de abuso. O primeiro é o chamado *abuso de exploração (Ausbeutungsmisbrauch)*, que diz respeito ao dano àqueles que negociam, à montante, ou à jusante, com a empresa detentora de uma posição dominante. Por sua vez, o segundo tipo é o *abuso de impedimento (Behinderungsmisbrauch)*, que se refere aos danos causados aos concorrentes do agente detentor de uma posição dominante.

O primeiro conceito deveria ser utilizado para evitar a exploração daqueles que negociam diretamente com o agente em uma posição dominante. Para muitos, a restrição a esse tipo de abuso de posição dominante seria útil para o combate à inflação que crescia assustadoramente durante a década de 1970 na Alemanha, por meio da determinação aos detentores de posição dominante da obrigação de contratar nas condições de competição completa. Diante disso, o direito concorrencial alemão encontrou-se diante de um dilema que deveria ser resolvido. Se fossem tomadas medidas contra agentes por praticar, por exemplo, um preço acima do preço em condições de competição, tal poderia ser enxergado como dirigismo de preços, no entanto, era necessário que medidas fossem tomadas

contra tal espécie de práticas. A interpretação do *Bundeskartellamt* foi, justamente, de que as medidas deveriam ser tomadas. No caso da vitamina B-12, o órgão concorrencial alemão determinou, por meio de estudos econômicos, os preços praticados em condições de concorrência, e estipulou, assim, o preço que deveria ser cobrado por seu fabricante.<sup>77</sup>

Na sequência, no entanto, no caso do medicamento *Valium*, embora tenha o órgão concorrencial alemão determinado, por meio da comparação de mercados, que o fabricante praticasse um preço semelhante, a Suprema Corte alemã entendeu ser de difícil aplicação a comparação de mercados, o que se tornou uma tônica na aplicação do conceito de *abuso de exploração*. Por isso, em 1980, foi elaborada uma alteração legislativa que determinava que haveria abuso de exploração quando um agente em posição dominante praticasse “*preços que desviassem daqueles que, com razoável grau de probabilidade, seriam cobrados se houvesse competição efetiva no mercado relevante*”.

Sem embargos, e apesar do esforço das autoridades concorrenciais alemãs de tornar exequíveis tais provimentos, desde a década de 1970 poucos casos foram julgados, havendo um conceito bastante difundido de que o abuso de exploração não se adapta a uma aplicação jurídica. Diante disso, o foco de interesses do controle sobre o abuso de posição dominante voltou-se para o segundo tipo, o chamado *abuso de impedimento*, objetivando evitar que os agentes detentores de uma posição dominante possam causar danos aos seus concorrentes e à competição como um todo.

Trata-se de uma questão bastante delicada, posto que é sempre muito difícil identificar uma conduta lesiva, de uma atitude de competitividade acirrada, já que sempre se espera que os agentes, em um sistema de concorrência completa, bus-

---

<sup>77</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 311.



quem ganhar o “jogo” que se põe contra os seus concorrentes. Nesse ponto, a teoria de P. Ulmer<sup>78</sup> veio a garantir uma nova base teórica sobre a qual se desenvolveria a aplicação do conceito de abuso de posição dominante pelas cortes concorrenciais alemãs, de onde se espalharia para o restante da Europa. Tal teoria baseava-se nas ideias do direito de concorrência desleal alemão, datado da década de 1930. Segundo essa teoria, a conduta de um agente com posição dominante constituiria abuso quando cerceasse oportunidades competitivas de um outro agente e não pudesse ser justificada por melhorias no bem estar do consumidor ou na intensidade da concorrência no mercado.

Dessa forma, criava-se a expectativa de que um agente em posição dominante deveria ter um padrão de conduta frente à concorrência no mercado dominado superior ao dos demais concorrentes. Criou-se, assim, o conceito da responsabilidade especial para o detentor de uma posição dominante. Em abril de 1980, essa interpretação foi inserida na legislação concorrencial alemã, que passou a prever o abuso de uma posição dominante quando “*um agente detentor de uma posição dominante impedir, sem uma justificativa razoável, oportunidades competitivas de seus concorrentes de uma forma que seja significativa para a concorrência no mercado.*”<sup>79</sup> Outro ponto importante para a análise objeto do presente trabalho diz respeito ao controle de atos de concentração, que, em última análise, visa a controlar formas artificiais de aquisição de uma posição dominante em um determinado mercado<sup>80</sup>. De fato, o §24 do

---

<sup>78</sup> Cf. P. Ulmer, *Kartellrechtwidrige Konkurrentenbehinderung durch Leistungsfremdes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen*, in *Recht und Wirtschaft Heute: Festschrift für Max Kummer*, Bern, 1980, pp. 565-596.

<sup>79</sup> Cf. *Viertes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, BGBl. I 458, 26 de abril de 1980.

<sup>80</sup> Isso porque, como é unânime na doutrina afeita ao tema, é absolutamente normal e aceitável a existência de uma posição dominante dentro de um determinado mercado. Ocorre que quando se é possível atingir tal posição por meio da celebração de um determinado negócio jurídico, tenha ele a roupagem ou denominação que tiver, está-se a atingi-la de uma maneira não natural, e, portanto, artificial.

*GWB*, adicionado, como afirmado anteriormente, na reforma legislativa de 1973, prevê a possibilidade de proibição de um negócio jurídico objetivando a concentração econômica (tenha ele a forma jurídica que tiver – fusão, aquisição, *joint venture*, etc.) quando tal gerar a possibilidade de surgimento de uma posição dominante ou fortalecimento de uma posição dominante já existente. Nesse ponto, o conceito de posição dominante permanece intacto, ou seja, existe posição dominante quando um agente tem o poder de agir de maneira independente a seus concorrentes. Há, contudo, a possibilidade de restrição por parte do órgão concorrencial dos negócios jurídicos aptos a criar tal posição. Na análise de um ato de concentração, a verificação da saúde financeira do agente resultante do ato dava a tônica para a averiguação da adequação ou não do ato à legislação concorrencial alemã. De fato, importa mais ao órgão concorrencial verificar se a companhia resultante dispõe de meios efetivos para dificultar, ou melhor, amedrontar potenciais e efetivos concorrentes. Resta ai, também, presente a preocupação não com a concorrência efetiva, mas com a possibilidade de concorrência. Se não houver barreiras à entrada suficientemente fortes (naturais ou provocadas pelo ato de concentração) para impedir ou desincentivar, de maneira razoável, a entrada de novos concorrentes, não há, sob esse prisma, motivos para a proibição do ato de concentração. Apesar dessa impressão de permissibilidade com tais atos, de acordo com números apresentados por D. GERBER, até o final de 1996, o *Bundeskartellamt* havia proibido um total de 115 atos de concentração, enquanto outros 280 sofreram algum tipo de restrição, seja por iniciativa dos apresentantes, seja por determinação do órgão concorrencial, o que demonstra atuação bastante rigorosa do órgão se comparados os números com outros órgãos europeus, ou mesmo a atividade da Comissão Europeia<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 327.

De fato, quer nos parecer que nesse ponto acerta a legislação alemã, pois com relação às posições dominantes já existentes e frutos da grande concentração econômica – que no caso alemão, como no brasileiro, é um fato praticamente imutável com que os idealizadores das políticas são obrigados a lidar – nada é possível fazer, a não ser restringir o abuso dessa situação. No entanto, é lícito e está dentro desse escopo, evitar que uma concentração econômica já bastante preocupante seja ampliada por situações que possam ser evitadas dentro do próprio mercado. Cumpre, finalmente, mencionar que por ocasião do Regulamento nº 01/2003 da Comissão Europeia de Concorrência, novamente foi alterado o panorama legislativo concorrencial alemão, devendo, a partir de então ser aplicadas as regras do Tratado de Roma por parte das autoridades concorrenciais alemãs, em caso de possibilidade de afetação da concorrência no mercado da União Europeia, como será objeto de análise mais aprofundada no item seguinte.

## E) UNIÃO EUROPEIA

Por razões intrínsecas ao próprio processo de integração econômica<sup>82</sup>, o Direito da Concorrência exerceu, e ainda exerce, um papel central, chegando muito além do que lhe seria esperado. De fato, no caso da União Europeia<sup>83</sup>, o direito concorrencial não só se transformou em um aspecto muito importante para a tomada de decisões econômicas, como também influenciou as legislações de muitos países membros e daque-

---

<sup>82</sup> Para uma visão geral sobre o papel exercido por normas concorrenciais no processo de integração econômica, v. J. M. CAMPOS, *Direito Comunitário*, vol I, 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbekian, 1989; e, A. Z. CASTEDO [coord.], *Derecho de la integración económica regional – Lecturas seleccionadas*, V. 1, Buenos Aires, INTAL – BID, 1989.

<sup>83</sup> A denominação do bloco econômico foi alterada do inicial “*Comunidade Econômica Europeia*” diversas vezes, para todos os efeitos, empregaremos, durante todo o estudo a denominação atual “União Europeia” a despeito dos momentos históricos narrados e as diferentes denominações que o bloco apresentasse às épocas.

les que pretendiam tornar-se membros da União Europeia.<sup>84</sup> De modo geral, a legislação concorrencial da União Europeia pode ser encarada como um típico produto do pensamento europeu acerca do tema, e, dessa forma, é influenciada por muitos dos ideais pretéritos à sua formação e debatidos à exaustão nos itens anteriores. Contudo, como apontado anteriormente, a legislação concorrencial europeia também pode ser considerada um importante ponto de partida para o que chamamos de um processo de revigoração da tradição concorrencial europeia nos ordenamentos jurídicos internos.

Outro importante aspecto geral a ser destacado reside no fato de que, embora como nos casos dos países estudados até aqui a legislação concorrencial no âmbito comunitário europeu também vise à proteção contra restrições à concorrência, seu objetivo primário não estava associado à obtenção dos benefícios comumente imputados ao direito da concorrência, tais como o bem estar do consumidor ou a melhoria tecnológica. No caso comunitário, o direito concorrencial foi utilizado primariamente como um mecanismo para se alcançar o objetivo específico de unificar o mercado europeu. Também em função dessa especificidade do direito concorrencial no âmbito da União Europeia reside um importante aspecto de seu estudo: como um mecanismo que foi desenhado com o específico propósito de alcançar determinado objetivo – no caso, a integração do mercado europeu – deve atuar após a consecução de seus objetivos?

---

<sup>84</sup> Para estudo detalhado do direito concorrencial no âmbito comunitário europeu, confira-se G. AMATO, *Antitrust and the bounds of power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart, Oxford, 1997; G. CHILD; C. BELLAMY, *Derecho de la competencia en el mercado común*, E. PICAÑOL [coord.], Madrid, Civitas, 1992; D. G. GOYDER, *EC Competition Law*, Oxford, Clarendon Press, 2<sup>nd</sup> edition, 1993; F. JACOBS; C. BELLAMY; M. CASPARI, *EEC enforcement policy and practice: panel discussion*, *Antitrust Law Journal*, Chicago, American Bar Association, v. 54, p. 611-624, 1985; V. KORAH, *An introductory guide to EC competition law and practice*, London, Sweet & Maxwell, 1994; e, V. KORAH, *Cases and materials on EC competition law*, London, Sweet & Maxwell, 1996.

Feita essa breve introdução, passa-se à análise do direito concorrencial no âmbito da União Europeia. As primeiras regras de concorrência no âmbito da União Europeia surgiram juntamente com sua constituição, pelo Tratado de Roma, em 1957<sup>85</sup>. De fato, uma dos objetivos do Tratado, insculpido em seu artigo 3º, item f, é a instituição de um sistema que garanta que a concorrência dentro do mercado comum não é distorcida.

O final da Segunda Guerra Mundial gerou resultados catastróficos para toda a Europa. Em função de sua maior duração, do maior potencial bélico do armamento utilizado em relação à Primeira Guerra, os efeitos destrutivos foram muito maiores. Além disso, os resultados humanos foram ainda piores e talvez tenham sido o grande incentivo de um processo de integração europeu, que era enxergado à época como a única forma de evitar novas guerras<sup>86</sup>. Dessa forma, a primeira minuta do que viria a ser o Tratado de Roma tinha dois escopos. O primeiro, político, derivava justamente desse ímpeto europeu pela unificação. Ao criar um mercado comum, os países europeus estariam unidos economicamente de uma forma tal que impediria quaisquer possibilidades de conflitos ou guerras. O segundo escopo era econômico e objetivava, simplificadaamente, o aumento da prosperidade econômica europeia pela redução das barreiras comerciais entre os países membros, o que não seria um benefício em si mesmo, mas serviria aos interesses de consumidores e empresas.

O Tratado de Roma seguiu, basicamente, a mesma linha. Como se vê, portanto, desde o seu nascimento, parece que nunca houve dúvidas de que o Tratado deveria incluir provisões

---

<sup>85</sup> Alguns autores apontam os aspectos atinentes às regras concorrenciais da “Comunidade Europeia do Carvão e do Aço”, como progenitoras das normas concorrenciais da União Europeia (nesse sentido, ver D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, pp. 335-342; e C. A. C. SANTANA, *O abuso da posição dominante no Direito da Concorrência*, Lisboa, Cosmos, 1993, p. 71).

<sup>86</sup> Cf. B. E. HAWK, *Antitrust in the EEC – The First Decade*, in *Fordham Law Review*, n. 41, New York, 1972, pp. 229-231.

objetivando impedir restrições à concorrência. E, não somente tais provisões fizeram parte do Tratado, como também parecia haver total concordância de que a eliminação de barreiras alfandegárias não atingiria os seus objetivos se acordos privados e/ou agentes detentores de poder econômico não fossem impedidos de manipular a fluência do comércio. Havendo consenso a respeito da necessidade de normas que impedissem restrições privadas à concorrência dentro do mercado comum, houve, contudo, discrepância sobre o tipo de normas e qual o modelo deveria ser adotado. Basicamente, alemães e franceses pretendiam transferir importantes elementos de seus modelos jurídicos ao do mercado comum<sup>87</sup>. Os negociadores alemães, imbuídos dos princípios ordoliberais, buscavam implementar um modelo jurisdicional de regras concorrenciais, enquanto os negociadores franceses tendiam mais a interpretar as normas concorrenciais como uma questão de política administrativa<sup>88</sup>. As regras adotadas acabaram ficando no meio termo. De fato, os artigos 85 e 86<sup>89</sup> têm função constitucional, no sentido de

---

<sup>87</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 343.

<sup>88</sup> Cf. D. G. GOYDER, *EC Competition Law*, Oxford, Clarendon Press, 2<sup>nd</sup> edition, 1993, p. 65.

<sup>89</sup> Numeração original dos atuais artigos 81 e 82, cuja redação permanece inalterada, *verbis*:

“Art. 81

1. *The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which:*

(a) *directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;*

(b) *limit or control production, markets, technical development, or investment;*

(c) *share markets or sources of supply;*

(d) *apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;*

(e) *make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.*

que seu conteúdo deveria ser empregado pela prática. O Tratado não elaborou como eles deveriam ser aplicados, tampouco criou um específico modelo institucional ou de procedimentos para o desenvolvimento do sistema concorrencial.

Os países membros e as instituições comunitárias foram deixados então com a tarefa de construir o sistema de direito concorrencial da União Europeia. E o fizeram gradualmente, guiados por percepções que se alteraram no curso do tempo sobre as necessidades e interesses tanto da União Europeia, como dos países membros. As diferentes visões de como deveria ser aplicado o modelo unionista de concorrência causaram diferentes interpretações sobre as quais decisões deveriam ser tomadas. A primeira dizia respeito a serem as normas concor-

2. *Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.*

3. *The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:*

*- any agreement or category of agreements between undertakings;*

*- any decision or category of decisions by associations of undertakings;*

*- any concerted practice or category of concerted practices,*

*which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:*

*(a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;*

*(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.*

Art. 82

*Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market insofar as it may affect trade between Member States.*

*Such abuse may, in particular, consist in:*

*(a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;*

*(b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;*

*(c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;*

*(d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.”*

renciais interpretadas como leis ou meramente como diretivas para a tomada de decisões. Dada a falta de experiência da maioria dos países membros com questões afeitas ao direito concorrencial, e a presunção para tais países de que no plano comunitário as normas concorrenciais também ocupariam um papel secundário, tal qual em seus direitos internos, havia pouco interesse político da maioria dos governos dos países em desenvolver um padrão estrutural para a aplicação das normas relativas à concorrência, tendo sido deixada tal tarefa pelo Conselho – o órgão representativo da vontade política dos países membros e tem a última palavra em matéria legislativa – à Comissão de Concorrência, que agarrou tal oportunidade. A preparação de um plano de fundo institucional para a aplicação dos artigos 85 e 86, dessa forma, tomou da Comissão Europeia de Concorrência ao menos cinco anos de trabalho, que culminou na edição do Regulamento nº 17, baseado na experiência alemã<sup>90</sup>, que deu ao sistema maior importância e uma aparência mais jurídica, e que criou um sistema de direito concorrencial no qual o poder para a aplicação das normas, bem como para a tomada de decisões políticas, foi centralizado na Comissão, marginalizando o papel dos países membros.

A intenção era evitar que as diferentes visões para o direito concorrencial dos países membros pudesse criar um sistema disforme na aplicação das normas concorrenciais no âmbito comunitário, o que era, inclusive, visto como um grande óbice ao sucesso efetivo da União Europeia como bloco econômico. O Regulamento nº 17 ainda determinou que somente a Comissão poderia conceder isenções na aplicação do artigo 85, o que desincentivou a apresentação de atos de concentração às autoridades concorrenciais locais. A centralização da autoridade da Comissão Europeia foi ainda incrementada pela introdução do sistema de notificação obrigatória que de-

---

<sup>90</sup> Sem dúvidas, em função da influência de seu relator, o advogado alemão Arvid Deringer.



terminava a necessidade de apresentação à Comissão de toda espécie de acordo que pudesse violar o artigo 85 do Tratado de Roma.

Finalmente, o Regulamento nº 17 forneceu ainda à Comissão extensivos poderes de investigação e sancionamento. Em 1965, o Conselho endossou os poderes conferidos à Comissão de Concorrência, ao conceder-lhe poderes para legislar em matéria de concorrência sem a necessária aprovação do Conselho. Em função do procedimento previsto no Regulamento nº 17, a então pequena agência que era a Comissão recebeu uma quantidade muito grande de notificações de atos ou contratos que poderiam violar os termos do artigo 85 do Tratado. Para evitar trabalho desnecessário, era necessário que fossem concedidas isenções a blocos de acordos. Como tal não era possível sem a autorização do Conselho, foi concedida a licença para legislar na matéria. O que surgiu como um meio de livrar-se de trabalho desnecessário foi o que daria, posteriormente, à Comissão Europeia a necessária blindagem contra as pressões políticas que certamente exerceriam os países membros por meio do Conselho nas tomadas de decisões.

Outra instituição que não teve o seu papel definido pelo processo político foi a Corte de Justiça. A Corte teve que definir o seu papel, e nas palavras de D. GERBER, preferiu colocar-se em um papel de destaque. Enxergando em seu papel como o principal motor da integração, a Corte aproveitou-se das circunstâncias postas em função da legislação concorrencial e tornou o sistema um importante veículo da integração, cuja força iria, em troca, ampliar os poderes da Corte de Justiça.<sup>91</sup> Como os primeiros casos concorrenciais chegaram à Corte de Justiça em meados da década de 1960, época em que boa parte das instituições políticas da União Europeia estava fragilizada em função das demandas do general francês Charles De Gaulle,

---

<sup>91</sup> D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 351.

que exigiu que todas as deliberações do Conselho fossem aprovadas por unanimidade. Assim, nesse período, a Corte era uma das instituições capazes de manterem-se distantes das pressões políticas e utilizou-se das normas concorrenciais para exercer seu importante papel no processo de integração europeia. A Corte de Justiça desempenhou um papel importante na solidificação do papel da Comissão de Concorrência no desenvolvimento das políticas concorrenciais, o que se diferiu de todos os casos em que houve influência dos tribunais sobre as decisões administrativas sobre a concorrência nos países membros. A Corte entendia que uma Comissão forte era essencial para alcançar-se as metas de integração, e, assim, moldou suas decisões para fortalecer os poderes da Comissão em relação aos poderes das autoridades nacionais. Um exemplo gritante foi a interpretação cada vez crescente do estudo geográfico do alcance dos atos de concentração. O efeito, de acordo com D. GOYDER, foi ampliar os poderes jurisdicionais da Comissão e reduzir os das autoridades nacionais.<sup>92</sup>

Por sua vez, a importância dada pela Corte de Justiça e a Comissão de Concorrência aos fundamentos de integração empregados às normas de concorrência, moldou a interpretação dessas normas por ambas. A interpretação do artigo 85, atual artigo 81, do Tratado de Roma, contou sempre com mais ênfase, ao contrário dos direitos nacionais, às integrações verticais do que às horizontais, por serem os acordos verticais o mais óbvio obstáculo ao mercado transfronteiriço<sup>93</sup>. Essa preocupação levou a Comissão a coibir uma variedade de acordos entre produtores e distribuidores que estavam sendo usados para separar e proteger os mercados nacionais. Onde, por exemplo,

---

<sup>92</sup> D. G. GOYDER, *EC Competition Law*, Oxford, Clarendon Press, 2<sup>nd</sup> edition, 1993, pp. 96-105.

<sup>93</sup> Nesse sentido, confira-se G. AMATO, *Antitrust and the bounds of power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart, Oxford, 1997, pp. 47-54; e, S. W. WALLER, *Understanding and Appreciating EC Competition Law*, in *Antitrust Law Journal*, v. 61, 1992, pp. 66-67.

produtores pudessem utilizar exclusividade de distribuição para proteger-se de importações paralelas, lhes seria possível reerguer por meio de barreiras privadas ao comércio, aquelas barreiras que a União Europeia pretendia derrubar.

No que diz respeito aos acordos horizontais pode-se dizer que ao menos durante os seus quinze primeiros anos de existência, a Comissão tenha dado menor atenção aos casos que lhe foram postos à apreciação. Como um primeiro motivo tem-se o fato de que tais acordos implicavam muito pouco em restrições à integração. Além disso, a punição de tais tipos de acordo poderia implicar em conflito com outras políticas da União Europeia. Nesse sentido, pode-se afirmar que a Comissão estivesse, por exemplo, preocupada em garantir a competitividade dos agentes europeus frente aos seus concorrentes americanos. Como não há discussões quanto ao fato de que os cartéis eram genericamente proibidos pelo artigo 85, a Comissão, nesse período, passou a balancear os efeitos de distorção da concorrência dos acordos entre concorrentes e a necessidade de proteger outros interesses Comunitários, como progresso econômico, por exemplo. A comissão focou-se, por exemplo, em distinguir entre acordos pesados que eram basicamente anticompetitivos e acordos leves, que eram basicamente desenhados para aumentar a competitividade. Além disso, a Comissão tendia a permitir acordos entre pequenas e médias empresas, e a restringi-los quando realizados por grandes agentes. O mesmo pode-se afirmar com relação à utilização do artigo 86<sup>94</sup>, atual artigo 82 do Tratado de Roma pela Comissão Europeia durante a sua primeira década de existência. O conceito de abuso era vago e a maioria dos membros da Comissão havia sido acostumada aos critérios do direito romano-germânico, o que causava certo desconforto na aplicação de um princípio tão vago. Além disso, novamente estava em jogo o conflito entre o interesse político

---

<sup>94</sup> Cf. V. KORAH, *Concept of a Dominant Position within the Meaning of Article 86*, in *Common Market Law Review*, vol. 17, n. 3, 1980, pp. 17-395.

de criar empresas competitivas para rivalizar com empresas estadunidenses e japonesas e o interesse de preservação da concorrência por si só. Durante esse período, contudo, a Comissão buscou criar uma base teórica para a interpretação do conceito de abuso. Foi criado um grupo de acessória, formado basicamente de professores de Direito que ficou encarregado de trabalhar os critérios básicos de interpretação e supressão do conceito de abuso. As conclusões finais desse grupo foram publicadas em 1966, como o primeiro trabalho da Comissão sobre a interpretação do conceito de abuso.<sup>95</sup>

O memorando continha dois princípios básicos sobre o conceito de abuso: i) haveria abuso se um agente detentor de uma posição dominante utilizasse as possibilidades inerentes à sua posição privilegiada para obter benefícios que não poderiam ser obtidos se o agente estivesse submetido a uma concorrência efetiva; e, ii) se a conduta do agente detentor de uma posição dominante for errada de acordo com os princípios que norteiam o Tratado de Roma. Contudo, as crises do petróleo ocorridas na década de 1970 modificaram profundamente o contexto político e econômico de aplicação das regras Comunitárias de concorrência. Os problemas de emprego criaram um certo desânimo nos países membros quanto ao efetivo sucesso de abrir mão de sua independência em prol de um objetivo conjunto. Nesse cenário, a Corte Europeia teve de exercer novamente um papel fundamental no processo de integração econômica. E a força desse objetivo pró-integração acabaria mudando o rumo de suas decisões. O caso *Continental Can* revelou o quanto a Comissão estava disposta a seguir nesse caminho.<sup>96</sup>

Nesse caso, a Comissão buscou impedir uma aquisição,

---

<sup>95</sup> Comissão Europeia de Concorrência, *Memorandum sur le Probleme de la Concentration dans le Marché Commun*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1966, pp. 651-677.

<sup>96</sup> Caso 6/72, *Europemballage Corporation x Comissão* [1973] ECR 215 (*Continental Can*).

alegando que tal aquisição indicaria mudança na estrutura daquele mercado relevante que aumentaria a dominância da empresa adquirente e, assim, constituiria um abuso de sua posição dominante no sentido do artigo 86 do Tratado de Roma. Apesar de toda a discussão a respeito da possibilidade de utilização do artigo 86 do Tratado para o controle de atos de concentração, a Comissão sustentou sua posição e acabou vencedora, passando a aplicar o texto do artigo 86, atual artigo 82 do Tratado de Roma no controle de atos de concentração econômica. E esse foi justamente o conceito mais desenvolvido tanto pela Corte quanto pela Comissão durante esse período<sup>97</sup>. Tendo estabelecido no caso *Continental Can* que a real eliminação de um concorrente por meio de sua aquisição poderia ser também encarada como uma conduta abusiva, pois destruiria a habilidade de um real concorrente de competir em um dado mercado, Corte de Justiça e Comissão de Concorrência deram o tom de aplicação do então artigo 86 do Tratado.

A partir daí houve diversos casos envolvendo condutas concorrenciais típicas – e não atos de concentração econômica – para cuja aplicação do artigo 86 do Tratado foi utilizada tal interpretação. Dentre eles pode-se destacar como clássicos os casos *Commercial Solvents Corp*<sup>98</sup> e o da *United Brands*<sup>99</sup>, ambos casos em que houve condenação em função de prática de recusa de contratar por agentes em posição dominante, sob a alegação de que a recusa de contratação efetivamente excluiria concorrentes do mercado, o que poderia ser qualificado como abuso de posição dominante. A relação entre Comissão e a Corte de Justiça também se alterou. A Corte de Justiça passou a exigir maior detalhamento teórico e comprovação científica

---

<sup>97</sup> Cf. E. FOX, *Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity, and Fairness*, Notre Dame Law Review, n. 61, 1985, p. 981.

<sup>98</sup> Casos 6 e 7/73, *Istituto Chimioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corp.* x Comissão Europeia [1973] ECR 357.

<sup>99</sup> Caso 27/76, *United Brands* x Comissão Europeia [1978] 1 ECR 207.

dos potenciais danos econômicos dos casos analisados. Sob essa óptica, a Corte de Justiça anulou, entre meados da década de 1970 e meados da década de 1980, uma série de penalidades impostas pela Comissão de Concorrência.<sup>100</sup>

A pressão por um endurecimento da posição dos órgãos concorrenciais, em função da crise econômica que se instaurara, somada à necessidade de maior rigor técnico na aplicação das normas cuidadosamente elaboradas durante a década anterior fez com que a Comissão durante esse período estivesse mais vigorosa e aplicasse multas vultosas por violações aos artigos 85 e 86 do Tratado<sup>101</sup>. E, com o crescimento da importância, a Comissão de Concorrência passou a exercer também um papel educacional, no sentido de conscientizar agentes dos novos países membros, pouco aptos a lidar com matérias concorrenciais, a mudar determinadas práticas, como, por exemplo, a celebração de acordos com concorrentes, que eram muito comuns nesses países.

A atenção para os acordos horizontais possivelmente contrários aos termos do artigo 85 do Tratado, também aumentou nesse período<sup>102</sup>. Ao aplicar multas elevadas em casos de cartéis – muito bem divulgados – envolvendo grandes empresas, os órgãos concorrenciais europeus estavam enviando uma mensagem ao mercado de que estariam mais atentos aos possíveis acordos horizontais e as restrições à concorrência deles advindas. Em meados da década de 1980 estabeleceu-se um programa para que o mercado comum estivesse consubstanciado, sem nenhuma barreira legal ao comércio entre os países membros, em 1º de janeiro de 1993. Nesse contexto, foi ema-

---

<sup>100</sup> Cf. G. SLYNN, *EEC Competition Law from the Perspective of the Court of Justice*, in Fordham Corporate Law Institute, anuário de 1984, New York, 1985, pp. 383-408.

<sup>101</sup> Nesse período se insere a decisão do caso do cartel de Quinino, primeira multa aplicada pela Comissão. Ver OJ L192/5.

<sup>102</sup> Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 365.

nado o Ato Único Europeu de 1986, que introduziu algumas importantes mudanças no cenário institucional de aplicação da legislação concorrencial da Comunidade Europeia.<sup>103</sup>

Em 1989, por exemplo, foi criada a Corte de Justiça de Primeira Instância (CJPI), em função de uma alteração no padrão de análise das condutas de uma inicialmente formal apreciação para a avaliação dos critérios técnico-econômicos de cada um dos casos. Como a Corte de Justiça não tinha originalmente condições de formular tal apreciação, esse papel foi deixado à Comissão de Concorrência, passando a ser função da Corte apenas apreciar quesitos de legalidade da investigação procedida pela Comissão. Nesse sentido, parecia sem propósito que a Corte de Justiça, órgão judicial máximo da Comunidade Europeia estivesse à disposição para apreciar esse tipo de casos como sua competência originária. Dessa forma, criou-se a CJPI passando a Corte de Justiça a apenas ter função de julgar eventuais recursos oriundos de decisões proferidas pela CJPI.

Não é preciso dizer, portanto, que nesse período o papel da Comissão de Concorrência se fortaleceu na aplicação da legislação concorrencial. Mas é preciso destacar dois pontos. O ingresso de países que acrescentaram uma população de aproximadamente 80 (oitenta) milhões de pessoas à União Europeia em 1986 e 1990, somado ao fato de que na maioria desses países não se havia dado muita importância a normas concorrenciais, representou um incremento na função educacional da Comissão. Foi necessário que a Comissão redobrasse as suas atenções nesse sentido para dar consciência a agentes que estavam pouco acostumados a dar atenção às questões concorrenciais nas tomadas de suas decisões estratégicas, o que parece ter muito a ver com o efetivo cumprimento das regras concorrenciais.

---

<sup>103</sup> Para discussão dessas mudanças, ver G. A. BERMAN, *The Single European Act: A New Constitution for the Community?*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1989, n. 27, pp. 529-532.

Outro fator, e talvez a mais importante alteração nas normas concorrenciais da Comunidade desde a sua criação, foi a edição do Regulamento de Fusões (Regulamento 4064/1989). Tal Regulamento prevê, sinteticamente que todos os atos de concentração econômica, sob quaisquer formas, que tenham dimensão geográfica comunitária<sup>104</sup> estão sujeitas à apreciação da regulação Comunitária e removidas da jurisdição das autoridades concorrenciais locais. Tais atos de concentração devem, nos termos do Regulamento 4064/1989 ser notificados previamente à sua conclusão à Comissão, que poderá proibi-los se verificado que deles pode resultar a criação ou o fortalecimento de uma posição dominante da qual resulte o impedimento de efetiva concorrência no Mercado Comum, ou em parte dele.<sup>105</sup>

Na prática, o Regulamento 4064/1989 alterou em muito o cenário concorrencial europeu, ao centralizar nas mãos da Comissão o poder para regulamentar os grandes atos de concentração, concedendo-lhe poderes políticos maiores até do que os seus poderes jurídicos. Poderes esses que foram ampliados ainda mais com a edição do Tratado da União Europeia, em 1992, que deixava explícito o reconhecimento de que a política industrial era uma meta Comunitária. De fato, uma verificação pode ser feita com a observação do papel do direito concorrencial na União Europeia nos últimos anos. Com o sucesso na integração, um tipo de legislação cujo principal objetivo – a integração – foi alcançado deve agora encontrar o seu foco de atuação.

A questão da centralização do controle concorrencial na esfera Comunitária, por exemplo. O Regulamento 4064/1989

---

<sup>104</sup><sup>104</sup> Por dimensão geográfica comunitária entende-se que o faturamento global das empresas concentrantes deve superar €5 bilhões, sendo que desses no mínimo €250 milhões devem advir de vendas dentro da Comunidade, exceto se dois terços desse faturamento for obtido dentro de apenas um país membro. Cf. D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, p. 379.

<sup>105</sup> Artigo 2 (2) do Regulamento 4064/1989.



aparentava dar a dimensão de que todo o controle concorrencial seria deixado para a esfera supranacional, enquanto as autoridades concorrenciais locais seriam legadas ao esquecimento. No entanto a perspectiva de que a Comissão de Concorrência não poderia efetivamente proteger o processo concorrencial de toda a Europa em função de fatores econômicos e políticos levaram a um dilema que se direcionou, na verdade, para a descentralização do controle concorrencial.

E tal descentralização se deu basicamente incentivando cortes e autoridades concorrenciais nacionais a aplicarem as normas concorrenciais. Ao incentivá-las dessa forma, a Comissão de Concorrência buscava uma maior coesão entre os pensamentos e um maior grau de segurança de que, basicamente, havia respeito às regras concorrenciais, principalmente naqueles países em que não havia tradição de cumprimento de tais regras. Tal processo culminou, em 2003, com o Regulamento nº 01/2003, da Comissão de Concorrência da União Europeia, que veio encerrar com uma antiga discussão acerca da aplicação da norma concorrencial pelas cortes e autoridades nacionais.<sup>106</sup>

Dessa forma, restou determinado que tanto as cortes quanto as autoridades nacionais deveriam utilizar as normas concorrenciais da União Europeia na apreciação dos casos envolvendo a matéria que chegarem ao seu conhecimento, deixando a Comissão com os casos mais sérios e o papel de elaboração de política concorrencial. Há, ainda, previsão de estabelecimento de isenções em bloco pelas autoridades locais, nos termos do que era elaborado pela Comissão Europeia durante a década de 1990, criando condições para determinados grupos de condutas serem praticadas com isenção legal, desde que

---

<sup>106</sup> Para análise, confira-se D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, 2ª ed., New York, Oxford, 2001, pp. 400-401; e, P. BOS, *Towards a Clear Distribution of Competence between EC and National Competition Authorities*, in *European Competition Law Review*, 1995, v. 16, pp. 410-416.

preenchidos determinados requisitos técnicos previamente estabelecidos, e consultadas as autoridades concorrenciais necessárias.

