

Os Auxílios Estatais e o Sistema de Concorrência: A Experiência da União Européia

Fernando Passos¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Do Sistema de Concorrência na União Européia. 2.1 Da Coexistência do Direito Comunitário com os Direitos Nacionais. 2.2 Dos Dispositivos do Tratado de Roma. 2.3 Do Regulamento 17/62 e os Conflitos de Jurisdicionalidade. 2.4 Da Relação da Política de Concorrência com as Políticas de Natureza Comercial e Externa. 2.5. Das Concentrações e o Regulamento 4.064/89. 3. Das Ajudas Públicas. 4. Conclusões.

1. Introdução

A defesa de um sistema de livre concorrência pressupõe, conforme se verá, intrincada sistemática onde os mais amplos e diversos aspectos econômicos, sociais e jurídicos devam ser completamente observados. Porém, o presente trabalho pretenderá deter-se pormenorizadamente na sistemática denominada “Auxílios Estatais”. O seu conceito, as experiências práticas de sua adoção, as previsões nos tratados e regulamentos posteriores, análise de jurisprudência recente, enfim, *o estabelecimento de quando é que um auxílio estatal pode falsear a concorrência em prejuízo de toda a sociedade.*

Importante desde já ressaltar que a análise do tema proposto, levar-nos-á a importante reflexão sobre o quanto a temática interfere no conceito de soberania dos Estados, que já foi em boa parte transferido para o Direito Comunitário. Porém, a sistemática adotada expõe frontalmente o quanto esta soberania esteve limitada e em alguns casos quase que inteiramente transferida para a Comunidade.

2. Do Sistema de Concorrência na União Européia

Antes de adentrarmos ao tema proposto especificamente, “auxílios estatais”, importante resumir o todo do sistema de concorrência idealizado na União Européia a fim de contextualizá-lo.

¹ Advogado, Professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Araraquara, Conselheiro do Conselho Jurídico da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e mes-trando da Faculdade de Direito da UNESP de Franca/SP.

O objetivo maior do sistema idealizado sempre foi a busca de um “Sistema econômico com concorrência, sem distorção.”² A propósito, leia-se o art. n° 3 do Tratado de Roma, que no campo ainda dos princípios, assim dispôs:

Para alcançar os fins enunciados no art. 2º, a ação da comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente tratado:

...

g) Um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno;

...

l) O reforço da capacidade concorrencial da indústria da comunidade;

Veja-se que ao lado do princípio de concorrência livre e “leal”, perfilou-se a determinação de que houvesse um incentivo para que a indústria ampliasse a sua capacidade de concorrer, tanto interna, quanto externamente, conforme se verá, quando da análise da exceção aposta no n° 3 do art. n° 85, do referido tratado. O sistema idealizado tem, na Comissão Européia, a guardiã da concorrência. Esta Comissão é uma espécie de governo europeu, uma “Eurocracia Tecnocrática”³ embora Rometsch⁴ conteste estes estereótipos, afirmando que a Comissão desempenha o seu papel em constante contato com “*os representantes das associações, regiões e administrações nacionais no processo de decisão*”. De toda forma, a Comissão é formada por 20 comissários, que são técnicos indicados pelos Países-Membros da Comunidade, *ad referendum* do Parlamento Europeu para um mandato de 5 anos. Na atualidade, a Comissão emprega cerca de 15.500 pessoas, em postos permanentes e temporários, que entre outras tantas funções — quase um governo europeu — também regula a concorrência no mercado comum.

Das decisões da Comissão, todos os Países-Membros e empresas que atuem no mercado comum estão obrigados a subordinarem-se. É, porém, cabível recurso destas decisões ao Tribunal de Justiça Europeu, órgão supranacional, cujas decisões obrigam a todos os Estados-Membros e seus Poderes Judiciários nacionais. A partir de 1988, o Conselho Europeu, composto pelos chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros, bem como o presidente da

2 Conforme o livro “A Europa de A a Z, documento especial, emitido pela Comissão Européia, sendo uma espécie de “Guia da Integração Européia”. Bruxelas, 1997.

3 Expressões muito utilizadas para referir-se à Comissão.

4 ROMETSCH, Dietrich. “Europa de A a Z”, *op. cit.*, p. 46.

Comissão Européia, decidiu associar ao Tribunal de Justiça, um Tribunal de Primeira Instância (TPI), que sob a “*autoridade do Tribunal de Justiça, tem competências para conhecer, entre outras, das questões relativas a concorrência.*”⁵

Portanto, em nível comunitário, tem-se a Comissão Européia, como a responsável pela regulação da concorrência e aplicação das normas relativas ao tema, que constem dos tratados e diretivas que a todos obrigam. A possibilidade de recurso ao Tribunal de Justiça, propicia um maior controle social sobre os atos da Comissão “eurocrática”.

2.1 Da Coexistência do Direito Comunitário com os Direitos Nacionais

Evidente que a Comissão não interfere nos órgãos regulatórios de cada Estado-Membro, que continuam ativos e autônomos, nas políticas de concorrência internas de cada um de seus Estados. Quando um ato de concentração ou uma ação anticompetitiva extrapola o âmbito do Estado onde é praticada, a agência interna perde a sua jurisdição para a Comissão.

Porém, modernamente, tendo em vista o princípio da aplicação descentralizada do direito da concorrência adotado por alguns Países-Membros, estimulados pela própria Comissão, muitas das regras previstas no Tratado de Roma e normativas posteriores, têm sido aplicados diretamente no seio do Estado-Membro, pelo pressuposto de que conhecem a dimensão comunitária do ato analisado. Decidem em consonância com a vasta jurisprudência quer da Comissão, quer do Tribunal de Justiça relativa ao tema. Tenho que este princípio somente pode desenvolver-se na medida em que a jurisprudência vai se formando de forma comunitária a partir dos órgãos de visão e abrangência comunitários. E isto de fato ocorreu na Europa, pois conforme se verá, até hoje, alguns Estados-Membros não aplicam diretamente os arts. 85 e 86 do Tratado, por falta de previsão legal em seus ordenamentos internos.⁶ Na Finlândia, no final de 1995, um grupo de trabalho foi instituído para propor alterações à lei de concorrência. Entre as propostas surgidas, figura uma disposição que permite a aplicação direta do n° 1 do art. 85° e do art. n° 86. Ademais, a própria Comissão estabeleceu os limites desta transferência parcial de “jurisdição comunitária” para a “nacional”, como uma espécie de delegação-restrita. Mesmo com estas limitações, a aplicação direta dos arts. 85 e 86 do Tratado de Roma,

5 “Europa de A a Z, *op. cit.*, p. 222.

6 Atualmente, em oito Estados-Membros a autoridade em matéria de concorrência não tem esses poderes de aplicação direta do n° 1 dos arts. n° 85 e 86, a saber: Áustria, Dinamarca, Finlândia, Irlanda, Luxemburgo, Países Baixos, Reino Unido e Suécia.

tornou-se absolutamente possível, tendo em vista que estes atos econômicos impugnados podem ter reflexos muito negativos no seio da comunidade. Uma agência interna (do Estado-Membro), ao certificar-se de uma ação concorrencial danosa, estaria impedida de atuar por ter o ato dimensão comunitária? Penso que não, pelos motivos relatados. Por isso mesmo, radicalizo minha visão, de ser até mesmo desnecessária legislação autorizativa na forma proposta na Finlândia ou nos outros sete países que ainda não aplicam diretamente o Tratado. Tenhamos como exemplo a decisão do Tribunal de Segunda Instância de Berlim que *confirmou a decisão de proibição, baseada no art. 1º da GWB e no nº 1 do art. 85 do TCE, tomada pelo Serviço Federal da Concorrência, relativamente à aplicação do contrato de sociedade da Carpartner Autovermietung GmbH e dos acordos de cooperação concluídos entre esta última e 42 empresas de seguro automóvel. O Tribunal confirmou a infração à GWB, mas deixou em aberto a questão de saber se existia igualmente infração do art.85 devido ao fato de ser pouco provável que o comércio entre os Estados-Membros no domínio da locação de veículos automóveis fosse no caso em apreço sensivelmente afetado.*⁷ Mesmo assim continuo considerando que na verdade houve a aplicação do art. nº 85, I, do Tratado e isso é o que importa para a eficiência do sistema pretendido. Neste diapasão, relativo aos auxílios estatais em 23 de novembro de 1995, a Comissão publicou uma comunicação em que incentivava os tribunais nacionais a utilizarem os seus poderes em matéria de auxílios estatais e os convidava a cooperar com a Comissão para o bom cumprimento da sua missão.

Diante do que se afirmou, importante ressaltar que os países adotam o controle dos atos de concentração e as práticas anticoncorrenciais internamente e a Comissão controla os atos de dimensão comunitária, tendo sido adotada na expressão de Campos⁸, a solução da “coexistência do Direito Comunitário e dos Direitos Nacionais da Concorrência”. O espantoso é detectar que esta convivência não somente foi possível, como em quase sua totalidade, os direitos nacionais foram incrementados com novas leis relativas à concorrência, visando dois campos de ação: (i) adaptem-se ao Direito Comunitário composto de tratados-diretivas-regulamentos-jurisprudência e (ii) desenvolvimento de uma cultura de concorrência interna a partir do estímulo comunitário. Muitos países despertam para a importância da regulação via leis de concorrência, somente após a consolidação do “Sistema” em nível comunitário.

7 XXVI Relatório sobre a Política de Concorrência de 1996, da Comissão Europeia, publicado conjuntamente com o Relatório Geral sobre a Atividade da União Europeia de 1996, p. 354.

8 CAMPOS, João Mota de. *op. cit.*

Destas afirmações surge invariavelmente uma questão: se o direito da concorrência comunitário está tão desenvolvido, com consolidada jurisprudência e normas já modificadas e adaptadas às práticas históricas, qual o motivo da aplicação de leis nacionais? Por que não adotar-se uma única lei para toda a União Européia? Não encontro respostas conclusivas a esta instigante indagação. Não basta a afirmação de que são necessários direitos nacionais da concorrência, para os atos não-comunitários. Isto porque uma lei comum poderia muito bem ser adotada para atos internos, sendo o problema da dimensão do ato, se comunitário ou nacional, mera questão de competência jurisdicional. Sendo um ato com reflexos exclusivamente internos, o controle será exercido pela agência nacional; havendo reflexos comunitários, a Comissão exercerá tal controle, sendo que ambos aplicarão a norma comum.

Porém, diferentemente da hipótese acima mencionada, o que se tem é verdadeiramente uma efervescência de direitos nacionais da concorrência. O princípio básico a ser observado é o de que não podem colidir com as normas comunitárias. Nem mesmo na aplicação doméstica, sem reflexos externos? Penso que sim, poderia haver decisão colidente neste caso, sendo admissível a divergência, estando a Comissão proibida de interferir. Por isso mesmo é que pensei no modelo idealizado no parágrafo anterior, justamente para evitar-se tal ordem de conflitos. Ora, se o mercado comunitário é o mesmo, as regras devem ser claras e devem guardar similitude entre si. Mesmo que os atos tenham dimensão regional, em certo tempo, haverá de propiciar dimensão comunitária. Por que a França deve continuar tratando o sistema de concorrência diferentemente da Espanha? Não há mais fronteiras, é um mercado só. Veja, não digo da necessidade de um governo único europeu, com extinção total de soberania de cada Estado, mas forçoso reconhecer que, para as questões da concorrência, pelo fato do mercado ser único, dever-se-iam existir regras mais comuns. Ademais, no capítulo *Evolução legislativa*⁹, relativa ao ano de 1996, poder-se-á colher exemplos muito significativos de que esta tese venha um dia a ser adotada, senão vejamos. Já na exposição inicial há o relato de que *o movimento de aproximação dos direitos nacionais com o direito comunitário prosseguiu em 1996*. Como exemplos demonstra: a Áustria alterou a legislação que dispunha sobre a aplicabilidade do n° 3 do art. n° 85, *a fim de ter em conta a publicação, em 29 de junho de 1995, do regulamento da Comissão*, relativo ao tema. Em maio de 1996, o Ministério da Economia da Alemanha apresentou um documento intitulado *Pontos de referência para a alteração da GWB*.¹⁰ Na exposição de motivos, justificou: *Trata-se de harmonizar, na medida do necessário, a legislação alemã com a legislação co-*

9 Relatório, *op. cit.*, pp. 345/349.

10 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Lei alemã relativa às restrições de concorrência.

munitária. Na Irlanda, nova lei de concorrência entrou em vigor na data de 3 de julho de 1996, em substituição à legislação de 1991, estabelecendo delitos civis e penais definidos em *termos quase idênticos aos utilizados nos artigos 85 e 86 do Tratado*, aliás como já era adotado na legislação de 1991. Finalmente, nos Países Baixos, encontra-se em análise no Parlamento projeto de nova legislação sobre a concorrência, que, *se adotado sem alteração, entrará em vigor um novo regime de concorrência, fortemente inspirado no da Comunidade*. Voltei ao tema indevidamente, pois empolga-me a sua defesa. Como se disse, em posição oposta, proliferam e modernizam-se as legislações internas, embora esses exemplos sirvam para demonstrar que todas, na verdade, seguem ou pretendem seguir as estipulações comunitárias.

A Alemanha editou a *Lei contra Limitações da Concorrência* em 20 de fevereiro de 1990, em alteração à Lei de 27 de julho de 1957, que reinou tantos anos como a reguladora das práticas anticompetitivas. Na França, vigora a *Ordonnance* de 1º de dezembro de 1986; já a Bélgica adota a *Lei de Proteção de Concorrência Econômica* que data de 5 de agosto de 1991, em substituição à lei de 1960. A Espanha adota a Lei de 1989; Portugal o Decreto-Lei nº 371, de 1993, que substituiu o Decreto-Lei nº 422/83 e a Holanda adota a Lei de 1956. Este mero relato basta para verificar-se que a maioria das leis em vigor é recente, já adaptada às normas comunitárias, sendo possível provocativamente voltar à questão: por que esta adaptação? Não teria sido melhor uma única legislação, inclusive para o direito interno? É bom lembrar que o direito interno já analisa diversas questões de âmbito comunitário, sendo a prejudicialidade expediente somente utilizada quando uma decisão nacional puder interferir no âmbito comunitário. O contrário não está proibido, ou seja, que se aplique a norma comunitária internamente.

Relativo a eventual dificuldade de estabelecer-se quando é que um ato é estritamente nacional e quando é comunitário, fato muito observado quando da análise dos auxílios estatais, tanto a Comissão, quanto o Tribunal de Justiça adotam o critério da “territorialidade objetiva”, onde o que importa é a territorialidade comunitária afetada (o mercado comunitário), independentemente de quem o afeta.

O caso Zoja¹¹ evidenciou que dificilmente uma empresa disporá de uma posição dominante no conjunto do Mercado Comum ou mesmo em parte substancial deste. No caso Gema¹², a Comissão decidiu que o conjunto do território alemão constituiria parte substancial do Mercado Comum. As decisões desde

11 Ac. do TCE de 6/3/74, proc. 6 e 7/73.

12 Decisão de 2/6/1971.

então multiplicaram-se neste sentido, ressaltando que, muitas vezes, o que parece ser meramente direito interno de um Estado-Membro não o é diante do reflexo que haverá no seio da comunidade toda, a ação analisada.

Outro fato relevante a ser descrito é o caráter de colaboração existente entre as autoridades nacionais e a Comissão. Muitas vezes, esta última precisa de informações e estudos da agência nacional para verificar-se o grau de afetação de seu mercado interno por determinada prática. Esse parecer requisitado pode ser fundamental para a tomada de decisão da Comissão. O inverso também é absolutamente verdadeiro, quando a autoridade nacional é que precisa de informações da Comissão, para verificar-se, entre outros, os graus de reflexo de sua decisão, junto ao mercado comunitário. Corroborando a assertiva, em 1995 e 1996, a Comissão respondeu a sete questões ou grupo de questões formuladas por tribunais nacionais *relativa à cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais para a aplicação dos artigos 85 e 86*.¹³ Esta colaboração evidencia-se ainda mais quando da observação dos auxílios estatais, quase impossível de serem analisados, sem que se tenha uma perfeita contribuição do Estado-Membro que subvencionou tal auxílio para com a Comissão.

2.2 Dos Dispositivos do Tratado de Roma

Importante analisarmos os artigos mencionados do Tratado de Roma, que direcionam a política da concorrência na União Européia. Primeiramente, verificaremos as formas de caráter geral e, posteriormente, as regras específicas dos auxílios estatais. Vejamos:

Artigo 85

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

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

13 Cf. XXVI Relatório, *op. cit.*, p. 367.

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

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

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

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

— a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas;

— a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas; e

— a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso econômico, contanto que, aos utilizadores, se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

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

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

Artigo 86

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

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não-equitativas;

b) limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

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

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

Veja-se que o art. n° 85 dispõe sobre a regra geral proibitiva das práticas anticompetitivas, que têm por objeto e por efeito impedir, restringir ou falsear as regras da concorrência. Não se pode repartir geograficamente o mercado e assim por diante. Já o art. n° 86 proíbe o abuso da posição dominante. Dominar com eficiência poderá ser permitido, o que não se admite é abusar-se desta posição de domínio. Como se disse, as regras da concorrência foram estabelecidas no Tratado de Roma, nos arts. 85 ao 94. Não os reproduzirei na íntegra, ressaltando apenas algumas das características principais destes dispositivos. O art. n° 90 estabelece a igualdade econômica entre a empresa pública e a empresa privada, inclusive exigindo transparência nas relações financeiras entre os Estados-Membros e empresas públicas. Já os importantíssimos arts. 2°, 93 e 94, lutam contra o neoprotecionismo, impondo verdadeiro controle das “ajudas públicas”, estabelecendo serem incompatíveis com o Mercado Comum as ajudas públicas que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, estes, os veremos de forma mais precisa.

As estatísticas demonstram ser crescente a análise dos casos relativos a empresas, corroborando ainda mais a assertiva de que a globalização pressupõe a aplicação ainda mais rígida das normas concorrenciais. Durante o ano de 1996, foi dado início a 471 novos processos de aplicação dos arts. 85 e 86 do Tratado CE, entre os quais 209 notificações, 168 denúncias e 94 processos oficiosos. Igualmente, foi dado início a 10 novos processos de aplicação dos arts. 65 e 66 do Tratado CECA (10 notificações). Além disso, a Comissão recebeu 131 notificações e tomou 125 decisões ao abrigo do regulamento das concentrações Regulamento (CEE) n° 4.064/89. Por fim, a Comissão tomou sete decisões em conformidade com o art. 66 do Tratado CECA.¹⁴

2.3 Do Regulamento 17/62 e os Conflitos de Jurisdicionalidade

Embora já haja referência, ressalte-se que o *caput* do art. n° 85 visa proteger a concorrência no Mercado Comum, evidenciando assim a sua aplicabilidade direta quando haja prejuízo à comunidade, a relações entre Estados-Membros. Houve desde já a delimitação da aplicabilidade das normas comunitárias e as de natureza interna. Porém, conforme também amplamente explorado, a jurisprudência do Tribunal e da Comissão consolidou-se no sentido de que as jurisdições nacionais deveriam ser exercidas em sintonia com a jurisdição comunitária. Mesmo antes de consolidar-se tal jurisprudência, o Regulamento n° 17/62 evidenciou a questão.

O n° 3 do art. n° 9 do regulamento acima mencionado, tratou de evitar que as decisões nacionais fossem contraditórias com as de âmbito comunitário.

14 XXVI Relatório, *op. cit.*, p. 73.

Adotou o critério de prevalência desta última sempre; a primazia do direito comunitário que também se opera em tantas outras faces. O referido artigo dispõe das competências exclusivas e concorrentes da Comissão e das autoridades nacionais. Nas competências exclusivas da Comissão, ter-se-á a análise do nº 3 do art. nº 85 do Tratado de Roma, que trata das exceções, ou da existência do “cartel autorizado”, conforme se verá mais adiante. Já o disposto no nº 1 do art. nº 85 e no art. nº 86 do Tratado de Roma, encontra competência concorrente entre a Comissão e as autoridades nacionais. Aplicar-se-á aqui a tese da territorialidade atingida pelo ato, ou seja, se a prática a ser observada atingir parte substancial do Mercado Comum, independe de que tenha sido praticada exclusivamente em um Estado-Membro, pois a competência de sua análise será da Comissão. O contrário, sem reflexos negativos no Mercado Comum ou mesmo em parte substancial deste, a autoridade nacional tem competência para o exame da questão. Importante observar-se as ressalvas já efetuadas neste texto relativo à definição de “parte substancial de mercado afetado”.

Acresça-se a este resumo do Regulamento nº 17/62, a previsão estampada em seu art. nº 9, de que as autoridades nacionais, nos casos de competência concorrente, deverão suspender a análise de qualquer processo, se a Comissão estiver concorrentemente analisando a mesma prática eventualmente anticompetitiva. Como a prevalência será sempre da decisão da Comissão, para evitar decisões colidentes e conflitos desnecessários, a suspensão do processo pela autoridade nacional é medida de bom senso que se impõe.

2.4 Da Relação da Política da Concorrência com as Políticas de Natureza Comercial e Externa

Outra questão crucial para o direito da concorrência é o que reside na relação entre as políticas públicas de concorrência, comércio, indústria e comércio exterior. Não há entendimento sobre estas questões. Os departamentos de comércio exterior de cada país vivem à busca de novos mercados e, em função disto, negociam a abertura ou o fechamento de seus mercados internos. Não se preocupam primordialmente com os reflexos concorrenciais de suas políticas. As autoridades de política da concorrência raramente são chamadas para opinarem sobre determinada política de comércio exterior. Esse fato esteve ressaltado no III Seminário Internacional de Direito da Concorrência, *competition policy and economic reform*¹⁵, quando no documento-síntese do encontro como uma das primeiras conclusões “verificou-se a necessidade de coopera-

15 Promovido pelo CADE, Banco Mundial, OCDE, IBRAC, FGV, SDE e SEAE, realizado na cidade do Rio de Janeiro, em julho de 1997.

ção mais estreita entre os órgãos de defesa da concorrência e os de defesa comercial e de política de comércio exterior”.

Esta desconexão justifica-se tanto na defesa de concentrações internas para o enfrentamento externo, como para aumento de alíquotas de importação, favorecendo o mercado interno (política comercial) em prejuízo à política de concorrência, centrada na inexistência de barreiras à entrada. A inclusão indevida deveria ser pensada conjuntamente com as autoridades de concorrência de cada Estado.

Jürgen¹⁶ analisa na ótica europeia os motivos destes confrontos a que se requer diminuição, afirmando que *a formação de oligopólios ou monopólios pode conduzir ao desenvolvimento de mercados imperfeitos em nível mundial, que inibem a livre concorrência entre as empresas. A fim de evitar esse tipo de evolução, recorre-se muitas vezes à regulamentação em nível nacional por meio de instrumentos de política industrial e comercial, procurando desse modo proteger os mercados nacionais da agressiva concorrência internacional. ...*

Enquanto as políticas comercial e industrial se orientam para otimização dos resultados, a política de concorrência, por seu turno, visa sobretudo a otimização do funcionamento dos mercados.

Esta anunciada otimização de resultados, muitas vezes adotada por políticas emergenciais, acarreta os prejuízos anunciados, tornando as autoridades de concorrência extremamente vulneráveis. No Mercado Comum, o problema se amplia, quando da análise das ajudas públicas, pois porquanto o mercado seja livre e único e a política de auxílios pode falsear amplamente a concorrência. Há enorme preocupação de melhor sintonia destas políticas no seio da União Européia, de modo comunitário e não simplesmente interno. Uma das formas de intervenção mais conhecida é a adoção do art. nº 93 do Tratado de Roma, que permite à Comissão decidir que o *Estado deverá suprir ou modificar o auxílio concedido*, como forma de desvirtuamento da concorrência. Quando a Comissão anula uma ajuda pública, ela simplesmente destrói a política comercial ou industrial adotada pelo Estado-Membro. Porém, reconhece-se a legitimidade da Comissão para estas questões, pois está em nível superior. O problema é conseguir essa integração em níveis de poder interno. Por isso mesmo, é que já no art. nº 3 do Tratado de Roma, estabeleceu-se a política comercial comum como uma das políticas de competência exclusiva do direito comunitário. Houve a tentativa de imposição de política comunitária e não harmonização de políticas comuns.

16 JÜRGEN, Turek. “A Europa de A a Z”, *op. cit.*, p. 155.

2.5 Das Concentrações e o Regulamento nº 4.064/89

Muito comum a leitura de que o Regulamento nº 4.064/89, de 21 de dezembro de 1989, é a peça mais importante produzida no direito comunitário europeu relativo a concorrência. Trata-se do diploma que disciplina a concentração entre as empresas. Muito recentemente foi o mesmo alterado pelo Regulamento nº 1.310/97, a fim de atualizá-lo aos tempos modernos. Porém, a análise de importantes artigos deste regulamento de 1989 servirá como base de exposição da solução encontrada na Europa para os casos de concentração. Faço este registro, para uma vez mais contextualizar o estudo das ajudas públicas na sistemática maior do sistema concorrencial europeu.

É correta a afirmação de que o exame das concentrações perfaz a parte mais importante do sistema, uma vez na economia globalizada, as fusões tendem-se a aumentar em número extremamente substancial, o que poderá causar um domínio econômico excessivo.

3. Das Ajudas Públicas

As ajudas públicas, também conhecidas como auxílios estatais, é matéria tão instigante no direito da concorrência, que merece esse destaque em separado. Conforme o art. nº 92, do Tratado de Roma, dispôs ser incompatível com o Mercado Comum, o auxílio público a empresas que possam falsear a concorrência. Para que uma medida seja considerada como um auxílio abrangido pelo princípio da incompatibilidade com o Mercado Comum, referido no nº 1 do art. 92 do Tratado CE, tem de satisfazer quatro critérios, a saber: (i) deve conferir uma vantagem à empresa; (ii) deve ser concedido pelo Estado ou ser proveniente de recursos estatais; (iii) deve ter um caráter específico, isto é, deve favorecer apenas certas empresas ou certas produções; por último, (iv) deve afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Estas quatro condições são cumulativas, pelo que a ausência de qualquer uma delas exclui a aplicação do art. 92.

O que ressalta de importância é que a possibilidade da Comissão anular um auxílio concedido por determinado Estado-Membro constitui consagração máxima da supranacionalidade eficiente. Trata-se da soberania transferida quase que em sua totalidade. A Comissão proíbe e determina o cancelamento de tal auxílio. E o Estado respeita. Em não o fazendo, a própria Comissão ou outro Estado pode litigar diretamente no Tribunal de Justiça da União Europeia. A jurisprudência é vastíssima quanto a esses cancelamentos das ajudas públicas, que são respeitados pelos Estados-Membros, não sem conflitos imagináveis. Como a final o Estado tem que cumprir ou apresentar justificativas plausíveis para a não-observação da decisão da Comissão, tem-se assim a con-

firmação de que um sistema eficaz de concorrência pressupõe a supranacionalidade. Vejamos na íntegra os dispositivos mencionados:

Art. 92

1. Salvo disposição em contrário do presente tratado, são incompatíveis com o Mercado Comum, na medida em que afectam as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

2. São compatíveis com o Mercado Comum:

a) Os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais, com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos;

b) os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários;

c) os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens econômicas causadas por esta divisão;

3. Podem ser considerados compatíveis com o Mercado Comum:

a) Os auxílios destinados a promover o desenvolvimento econômico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego;

b) os auxílios destinados a fomentar a realização de um projecto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro;

c) os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais, de maneira que contrariem o interesse comum. Todavia, os auxílios à construção naval existentes em 1º de janeiro de 1957, na medida em que apenas sirvam de compensação à ausência de proteção aduaneira, serão progressivamente reduzidos nas mesmas condições que as aplicáveis à eliminação dos direitos aduaneiros, sem prejuízo do disposto no presente tratado no que respeita à política comercial comum em relação a países terceiros;

d) Os auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do patrimônio, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na comunidade num sentido contrário ao interesse comum.

e) As outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão.

Art. 93

1. A Comissão procederá, em cooperação com os Estados-Membros, ao exame permanente dos regimes de auxílios existentes nesses Estados. A Comissão proporá também aos Estados-Membros as medidas adequadas que sejam exigidas pelo desenvolvimento progressivo ou pelo funcionamento do Mercado Comum.

2. Se a Comissão, depois de ter notificado os interessados para apresentarem as suas observações, verificar que um auxílio concedido por um Estado ou proveniente de recursos estatais não é compatível com o Mercado Comum nos termos do art. 92, ou que esse auxílio está a ser aplicado de forma abusiva, decidirá que o Estado em causa deve suprimir ou modificar esse auxílio no prazo que ela fixar.

Se o Estado em causa não der cumprimento a esta decisão no prazo fixado, a Comissão ou qualquer outro Estado interessado pode recorrer directamente ao Tribunal de Justiça, em derrogação do disposto nos arts. 169 e 170.

Da clarividência do texto, extrai-se: para que uma medida seja considerada como um auxílio abrangido pelo princípio da incompatibilidade com o Mercado Comum, referido no nº 1 do art. 92 do Tratado CE, tem de satisfazer os quatro critérios já informados. Independentemente da forma que assuma, uma medida deve ser considerada um auxílio estatal na aceção do tratado se permitir à empresa em causa obter uma vantagem económica ou financeira que não obteria normalmente da sua atividade e se reduzir os encargos que oneram normalmente o seu orçamento.

Igualmente, a Comissão confirmou a sua posição, segundo a qual o financiamento público de infra-estruturas — no caso de transporte, distribuição de energia ou água — a favor de determinadas zonas industriais na Áustria não incluía qualquer elemento de auxílio se todas as empresas instaladas nessas zonas tivessem acesso à utilização dessas infra-estruturas sem discriminação.

Efetivamente, o Tribunal de Justiça, no seu acórdão proferido no processo *Syndicat français de l'Express international (SFEI)/La Poste*, considerou que a prestação de apoio logístico e comercial sem contrapartida adequada por uma empresa pública a uma filial, constituída como empresa de direito pri-

vado e com uma atividade sujeita à livre concorrência, é suscetível de constituir auxílio estatal na acepção do nº 1 do art. 92 do Tratado CE.

No que diz respeito ao impacto das medidas sobre o comércio intracomunitário, nos processos *Zona Franca Córsega* e "*Pacte de relance pour la ville*", a Comissão considerou, em parte, que o comércio intracomunitário não era afetado, na medida em que as isenções fiscais a favor das empresas existentes eram limitadas às pequenas empresas que exerciam atividades puramente locais ou se situavam abaixo do limiar *de minimis*.¹⁷

Como o fundamento lógico é o estrito cumprimento das decisões da Comissão, sem o que os auxílios estatais falseariam a concorrência, durante o ano de 1996, a Comissão continuou a impor uma disciplina rigorosa, assegurando, no entanto, o equilíbrio entre o respeito das regras e dos princípios em matéria de auxílios estatais, por um lado, e a tomada em conta da contribuição de certos auxílios para os objetivos de outras políticas comunitárias, por outro. Esta ação articulou-se globalmente em torno de três grandes eixos.¹⁸

A. A prossecução de um controle rigoroso dos auxílios a determinados setores

Assim, devido à existência de excessos de capacidade nesses setores declarou incompatíveis com o Mercado Comum os auxílios a favor de um aumento das capacidades de produção no caso *Volkswagen Sachsen*. Em contrapartida, a Comissão autorizou auxílios acompanhados de uma redução das capacidades produtivas, como nos casos *Santana Motor AS* (automóveis Suzuki, Espanha), *Mercedes-Benz Ludwigsfelde*, (Brandeburgo), *Ford Motor* (Birmingham/Midlands Oeste), *La Seda de Barcelona* e *Allied Signal Polymers GmbH* (Turíngia).

B. A clarificação das regras

Um enquadramento dos auxílios estatais às empresas nos bairros urbanos desfavorecidos que exprime uma posição favorável relativamente a certos auxílios destinados a promover o investimento e o emprego através da instalação de pequenas empresas nos bairros desfavorecidos;

Uma comunicação sobre os elementos de auxílio no âmbito da venda de terrenos por autoridades públicas, que descreve uma série de princípios destinados a determinar rapidamente se a venda de um terreno público a uma empresa contém elementos de auxílio.

17 Cf. XXVI Relatório sobre a Política de Concorrência, 1996.

18 Cf. o relatório já mencionado.

C. Aplicação de medidas destinadas a garantir a eficácia das regras existentes

O aumento do número de decisões finais negativas ou parcialmente negativas, exigindo o reembolso de auxílios ilegalmente concedidos e incompatíveis, confirma a determinação da Comissão em exigir o respeito das regras e princípios em matéria de auxílios estatais. De fato, as estatísticas revelam que, em 1996, registrou-se um aumento sensível do número de decisões finais negativas (ou parcialmente negativas) nos processos que relevam do Tratado CE (12 decisões, contra 6 em 1995) e do Tratado CECA (12, contra 3 em 1995). Além disso, o número de decisões que exigem o reembolso de auxílios concedidos em violação do tratado registrou, por seu lado, um forte aumento em 1996. A Comissão considera, aliás, que a execução das suas decisões não pode ser entravada por disposições legislativas ou regulamentares nacionais. Por isso, tomou uma decisão final negativa relativamente a um diploma italiano que alargava o benefício da lei relativa à administração extraordinária das empresas em dificuldade às empresas cuja insolvência decorre da obrigação de reembolsar auxílios recebidos ilegalmente.

Como já afirmado, é fundamental que as políticas de comércio estejam atreladas às políticas da concorrência. Em 14 de novembro de 1995, o Conselho de Indústria, que reúne os responsáveis pela política industrial de cada Estado-Membro, procedeu assim a um debate sobre os auxílios estatais com base num documento da presidência irlandesa e num documento de reflexão da Comissão sobre o art. 94 do Tratado CE. O Conselho concluiu unanimemente que o controle dos auxílios estatais exige um esforço contínuo no sentido de melhorar a segurança jurídica, a previsibilidade e a coerência das decisões da Comissão e, nesta perspectiva, convidou esta instituição a apresentar-lhe propostas ao abrigo do art. 94, de acordo com as orientações estabelecidas no documento de reflexão.

Veja-se então, ser já uma preocupação constante a busca de uma identidade absoluta e única relativa à problemática dos auxílios estatais. Pela análise de alguns casos, poder-se-á verificar a exatidão destes conceitos e a admissão das “ajudas”, quando estas não falseiem a concorrência livre. Vejamos:

a) *Caso alemão: ajudas à parte oriental de Berlim.* Ao final de 1995, apenas as ajudas concedidas pelo Estado alemão aos novos *Länder* da parte oriental de Berlim receberam aprovação da Comissão. Estes auxílios beneficiavam o regime de amortizações especiais e do prêmio fiscal ao investimento. A Comissão formulou reservas quanto à extensão destes dois regimes à parte ocidental de Berlim, na medida em que podem beneficiar de auxílios a investimentos de substituição. Ora, a Comissão só aceita auxílio ao investimento de

substituição em regiões particularmente desfavorecidas em nível europeu, em que o PIB por habitante em paridade de poder de compra seja inferior a 75% da média comunitária. A parte ocidental de Berlim não se encontra nesta situação.

b) *Caso Alti Forni e Ferriere di Servola*. Em março de 1996, a Comissão decidiu adotar uma decisão final negativa que exigia às autoridades italianas a recuperação dos auxílios ilegais e incompatíveis concedidos pelo Governo italiano à *Alti Forni e Ferrieri di Servola* (AFS), uma empresa siderúrgica situada em Trieste. O Governo italiano reconheceu que, apesar de não ter sido mobilizada, fora concedida uma garantia estatal sobre créditos concedidos por alguns bancos italianos à AFS, ao abrigo da lei "Prodi". À luz da prática da Comissão e da jurisprudência do Tribunal de Justiça, a intervenção pública acima referida constituía um auxílio estatal independentemente de a garantia estatal ter sido ou não exigida; deste modo, antes da sua concessão, o auxílio devia ter sido notificado e autorizado pela Comissão.

À luz das informações recolhidas, a Comissão concluiu que no presente caso, a concessão da garantia estatal sem o pagamento de qualquer comissão constituía de fato um auxílio estatal, uma vez que a AFS não poderia obter esta garantia no mercado em condições equivalentes. A comissão, tendo em conta as informações disponíveis e, em especial, as relativas às condições financeiras em que foi concedida à AFS uma garantia privada depois de a garantia pública caducar, concluiu que no presente caso a garantia estatal por si só não constituía um auxílio na medida em que certos bancos privados concederam uma garantia semelhante em condições normais de mercado. Desta forma, o auxílio equivalente à comissão que a AFS deveria ter pago em condições normais de mercado para obter uma garantia equivalente à concedida pelo Estado.

c) *Caso dos matadouros italianos*. A comissão tomou ainda uma decisão final negativa no caso italiano respeitante à concessão de um auxílio a dois matadouros na região da Sardenha. Os auxílios cobriam os custos de funcionamento das duas empresas e a reestruturação das respectivas instalações e não estavam em conformidade com as regras aplicáveis às empresas em dificuldade, nem aplicáveis à transformação e comercialização de produtos agrícolas. A Comissão exigiu das autoridades italianas a recuperação do auxílio concedido e a apresentação de provas dessa recuperação.

d) *Auxílios à empresa EF. Bestwood Kynder GmbH*. Em dezembro, a Comissão decidiu encerrar, com uma decisão negativa, o processo que havia iniciado nos termos do nº 2 do art. 93 do Tratado CE relativamente aos auxílios concedidos à empresa *EF. Bestwood Kynder GmbH*, situada no *Land* de Mecklemburgo — Pomerânia Ocidental e produtora de painéis de contraplacado e de painéis de fibras. Os auxílios, concedidos para permitir à empresa manter-se

em atividade, consistem num empréstimo bonificado de 5 milhões de marcos e numa garantia estatal a um empréstimo de 25 milhões de marcos. A Comissão considerou que estes auxílios não respeitavam as condições impostas pelas orientações comunitárias dos auxílios estatais de emergência e à reestruturação de empresas em dificuldade e, apesar de a Bestwood ter sido declarada em falência, ordenou que os auxílios recebidos fossem recuperados quando da liquidação da empresa.

4. Conclusões

1. Diante do exposto, evidente apresentar como conclusão, ser a experiência europeia extremamente fascinante para a busca de uma identidade concorrencial, inclusive para servir como parâmetro para o Mercosul;
2. Os desafios enfrentados na Europa demonstram a complexidade da adoção exata de um modelo unificador;
3. A maturação das questões complexas concorrenciais não é imposta unicamente por tratados, senão que pelo desenvolvimento cultural que caminha conjuntamente com o próprio desenvolvimento da comunidade;
4. A União Europeia não atingiu o modelo ideal em poucos anos; conforme pode-se verificar, o sistema foi moldado pela conjunção eficiente, porém bastante longa das relações, tratados e jurisprudências, quer estas últimas no âmbito administrativo e judicial supranacional;
5. O princípio da soberania cada vez é mais transferido para a comunidade como forma de eficiência na obtenção de sua cultura própria;
6. Embora a Europa tenha estimulado as legislações nacionais, muito se viu, que em determinados momentos, torna-se prejudicial essa *inflação legislativa* que considero dispensável;
7. A conclusão exposta no item anterior é ressaltada no caso dos auxílios estatais, uma vez que a sistemática adotada é quase que puramente comunitária, corroborando minha percepção de que a propalada *inflação legislativa* é desnecessária;
8. Portanto, considero a uniformização muito mais adequada do que a simples harmonização;
9. Por final, quando a Comissão determina que um Estado-Membro cancele um auxílio estatal, determinando inclusive a devolução de tais recursos, tem-se a consagração máxima do princípio da supranacionalidade, cuja observância torna-se fatal para a consecução dos objetivos comuns comunitários. Apesar do afirmado, neste curso, pelo ilustre professor François

d'Arcy, de que *quarenta anos depois, a construção europeia ainda está cheia de incertezas*, pelo exemplo demonstrado relativo aos auxílios estatais é de observar-se que essas incertezas estão sendo bastante diminuídas em virtude da fortíssima gestão da Comissão Europeia.

Bibliografia

- ANTUNES, Luís Miguel Pais. *Direito da Concorrência: Os Poderes de Investigação da Comissão Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 1995.
- CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário. O ordenamento económico, v. III*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- COSTA, Ligia Maura. *OMC Manual Prático da Rodada Uruguai*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FARIA, Werter Rotunno. *Estudos da Integração: Disciplina da Concorrência e Controle das Concentrações de Empresas no Mercosul*. Porto Alegre: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1993.
- FIGUEIRAS, Marcos Simão. *Mercosul no Contexto Latino-Americano*. São Paulo: Atlas, 1996.
- LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- LANGLOIS, José Miguel Ibañez. *Doutrina Social da Igreja*. Lisboa: Ed. Rei dos Livros, 1990.
- LÓPEZ, Juan Torres. *Análisis Económico Del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1987.
- MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Defesa da Concorrência, Supranacionalidade e Mercosul. *Revista de Direito do Mercosul*, nº 1, p. 180, 1998.
- TUREK, Jürgen. *A Europa de A a Z*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais, 1997.
- VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria Geral do Direito Económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- _____. A concorrência no Mercosul: Reflexões finais. *Revista de Direito Económico — Cade*, nº 25, 10 de setembro de 1997, pp. 50-51-111, 1997.
- _____. Cade — 35 Anos: Os desafios à frente. *Revista de Direito Económico — Cade*, nº 26, agosto/dezembro de 1997, p. 143, 1997.
- _____. *Revista de Direito Económico — Cade*, nº 22, 1996.

. *Estudos de Integração: A defesa contra as práticas desleais na Europa: Um exemplo a seguir?* Brasília: Senado Federal, 1992.

. XXVI Relatório sobre a Política de Concorrência de 1996. Bruxelas: Comissão Européia, 1997.