

A regulação do mercado: aspectos essenciais

Ana Roque¹

Parte integrante do direito económico, o chamado direito do mercado mais não é do que a criação e aplicação de formas e métodos regulatórios por parte do Estado, com vista a garantir o bom funcionamento do mercado.

No início do século XX, uma vez abandonada a miragem liberal e posta em causa a crença na “mão invisível”, símbolo último de uma idealizada pujança auto-suficiente da correlação de forças entre a oferta e a procura, face ao esforço requerido pela I Guerra Mundial e à recorrência das crises cíclicas do capitalismo, tão marcantes quanto imprevisíveis, o Estado chamou a si a tarefa de regular o mercado. Acresce que, em paralelo, a partir de 1917, surgiu e se desenvolveu um outro Direito da economia, destinado a assegurar a planificação, recurso essencial da direcção central exercida por um Estado onipotente que se substituiu à iniciativa privada e elimina a lei da oferta e da procura. Ao contrário do que tinha sucedido desde o advento da revolução industrial², o Estado deixa a postura de distanciamento face ao processo produtivo e, quer a inspiração do regime venha do sistema capitalista, quer seja expressão do modelo socialista da sociedade sem classes, passa a intervir na vida económica. É o momento em que surge uma ordem jurídica da economia, plasmada no novel direito económico.

A forma e a intensidade dos instrumentos para tal intervenção foi variando ao longo do tempo, desde o predomínio da intervenção directa, em que o Estado produzia para compensar as falhas de mercado³, até à fase actual, visível na economia

¹ Doutora em Direito. Professora Associada da Universidade Autónoma de Lisboa.

² Se, até ao fim do liberalismo, o Estado não intervinha na ordem económica, concentrava-se na manutenção criteriosa da ordem social através da protecção das instituições fundamentais, visível na criação e aplicação de um direito essencialmente negativo, no sentido de se expressar sobretudo através de proibições. A crença no mercado, nas suas virtudes essenciais, no seu poder de regulação e de regeneração, encontrava tradução nas liberdades económicas e nos direitos reais. Ao Estado e ao Direito cabe a abstenção face à pujança das liberdades de iniciativa e de empresa e aos direitos de propriedade privada e de estabelecimento, salvo para os proteger face a eventuais violações da respectiva integridade.

³ V. Leite, António Nogueira, Funcionamento dos mercados e regulação, *in* A regulação em Portugal, Lisboa, ERSE, 2000: “durante muitos anos, nomeadamente na Europa Ocidental, a filosofia dominante era a seguinte: se o mercado falha, então o Estado intervém. Como? Produzindo. À luz das ideias então prevalecentes, ao produzir o Estado superava as deficiências do lado da oferta, assegurando a provisão adequada de bens e serviços. Mais: o Estado funcionava produzindo e funcionava regulando-se a si próprio, uma vez que não tinha uma perspectiva meramente empresarial”.

dos Estados-membros da UE, que, embora em moldes algo diversos entre si, praticam uma economia de mercado intervencionado, mas que o é sobretudo indirectamente (ou seja, de mercado regulado).

Ora, querendo regular o mercado com o objectivo de evitar crises e de remediar falhas, o Estado elege determinadas zonas privilegiadas para a intervenção indirecta, onde a regulação económica, em sentido estrito – isto é, exercida por entidades específicas e operando segundo vertentes regulamentadoras, fiscalizadoras, sancionatórias e prudenciais – não diminui a importância de utilização do poder de autoridade, traçando um quadro legislativo eficaz, onde se configure o próprio desenho regulatório escolhido e o estatuto da entidade chamada a exercê-lo⁴.

Ora, só uma visão de conjunto pode dar a noção do espaço em que este se inscreve. Aí, ressalta que muito do sucesso e da competitividade da UE é resultado do desenvolvimento do Mercado Único (1992) e da utilização de uma unidade monetária comum (2002)⁵. Esta visão europeia assenta no mercado livre entre Estados-membros, como expressão de um pleno reconhecimento recíproco. Bens, serviços, pessoas e capitais circulam livremente no seio dos 15 Estados-membros, o que proporcionou competitividade e dinamismo à economia europeia, mau grado as dificuldades associadas à contracção da economia mundial, registada em particular a partir da crise de 11 de Setembro de 2001.

A difusão das tecnologias de informação tem sido uma prioridade na UE, onde o comércio electrónico tem procurado expandir-se, a par da divulgação do acesso barato à Internet, tanto para cidadãos como para instituições, uma vez garantida a protecção de dados e a fiabilidade das transacções efectuadas por via electrónica.

Também a defesa da concorrência tem que ser vista como trave mestra da economia europeia, avultando entre as respectivas normas a proibição de acordos entre empresas contrários ao bom funcionamento e à transparência do mercado, bem como a proibição de abusos de posição dominante e de auxílios de Estado que o distorçam. Desde 1989, a Comissão tem ainda deliberado sobre fusões e concentrações de dimensão

4 Isto não significa, contudo, que em certos momentos não tenha coexistido uma estratégia desreguladora (em particular nos países anglo-saxónicos, nos anos oitenta do século XX) com a manutenção de uma prática reguladora, única forma, aliás, de travar uma liberalização excessiva para o bom funcionamento do mercado.

5 O Euro foi lançado em 1 de Janeiro de 1999, tendo a circulação da moeda sido iniciada em 1 de Janeiro de 2002, nos 12 países da UE que aderiram à moeda única, restando fora do sistema o Reino Unido, a Suécia e a Dinamarca. A adopção do Euro introduziu maior transparência nos preços e beneficiou as trocas comerciais, quer intra, quer extra comunitárias, simplificando e diminuindo os custos de transacção. Como curiosidade, refira-se a rapidez da sua implementação comparada com a história do dólar norte-americano; este foi criado em 1787, mas só existiu em papel moeda em 1840, tendo a Reserva Federal surgido apenas em 1913, ou seja, 126 anos após a consagração da Constituição americana.

relevante no mercado europeu, desde que afectem mais de um Estado-membro, punindo violações com sanções pesadas⁶.

De qualquer forma, a liberalização do mercado e a respectiva aplicação de soluções regulatórias precisam de ser postas em prática por políticas e leis da concorrência que sejam sólidas e eficazes, uma vez que são os instrumentos essenciais de que os Estados se socorrem para intervir sobre a actividade económica, procurando assegurar o bom funcionamento do mercado e a protecção dos consumidores⁷.

Se a política de defesa da concorrência é um dos eixos essenciais da economia de mercado⁸, é lógica a sua importância para a realização do Mercado Único, uma vez que este existe para possibilitar a concorrência entre as empresas de todos os Estados-Membros e alargar o leque de escolhas possíveis para os consumidores. A política comunitária relativa à concorrência visa, pois, favorecer a eficácia económica, criando uma oportunidade crescente à inovação e ao progresso tecnológico, ao mesmo tempo que evita ou restringe eventuais práticas anti-concorrenciais que possam afectar a transparência e a fluidez das trocas entre agentes económicos.

De modo mais detalhado, podemos dizer que a política europeia da concorrência deve garantir a unidade do mercado interno e evitar a monopolização de quaisquer sectores, bem como acordos proteccionistas entre empresas⁹. Por último, a política europeia da concorrência procura impedir que os Governos dos Estados-Membros falseiem as regras do mercado mediante auxílios estatais¹⁰.

6 A nacionalidade das empresas envolvidas é irrelevante, pelo que a UE, o Departamento de Justiça dos EUA e a Federal Trade Commission (FTC) têm mantido uma cooperação regular, visível em casos que requeiram clarificação regulatória nos dois lados do Atlântico, como sucedeu em casos envolvendo empresas norte-americanas de renome internacional (por exemplo, o caso Boeing – McDonnell Douglas, aprovado com condições em 1997, o caso WorldCom – Sprint, inicialmente proibido em 2000, e, já em 2001, o caso GE – Honeywell, proibido).

7 De sublinhar, neste campo, que as leis de defesa da concorrência não são úteis apenas para os países com economias desenvolvidas, mas também para o conjunto crescente dos países em desenvolvimento que as adoptam, dada a globalização económica e financeira.

8 V., sobre todo este ponto, Leite, António Nogueira, ob. citada:“(…) no essencial, a concorrência é condição necessária para assegurar a eficiência do funcionamento do mercado. Eficiência na produção e eficiência na afectação de recursos. Em segundo lugar, a concorrência disciplina a oferta e permite uma repartição mais justa dos benefícios gerados. Aqui reside a missão do Estado: introduzir mecanismos de regulação naqueles sectores em que, por razões organizacionais ou tecnológicas, ainda persista um desequilíbrio substancial entre procura e oferta (decorrente da dimensão dos actores em cada um dos lados), de maneira que, directa ou indirectamente, o equilíbrio gerado se aproxime tanto quanto possível da solução concorrencial. Com efeito, é essa solução que melhor garante eficiência produtiva e eficiência de afectação, assegurando assim uma repartição mais justa dos benefícios entre os produtores e os consumidores”.

9 A monopolização do mercado pode materializar-se de diversas formas, designadamente através de acordos, decisões ou práticas concertadas entre empresas, ou ainda mediante operações de concentração.

10 Podem incluir-se aqui tanto as discriminações em favor de empresas públicas como os auxílios concedidos a empresas do sector privado.

Vejamos agora, ainda que de modo necessariamente breve, alguns dos aspectos previstos no articulado.

A este respeito, o nº1 do artigo 81^o do Tratado CE proíbe os acordos e as práticas concertadas¹² entre empresas que “sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou como efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum”. Esta proibição é aplicável tanto a acordos horizontais (entre empresas no mesmo estágio de produção, de transformação ou de comercialização) como verticais (entre empresas situadas em estádios diferentes do processo produtivo). Acresce que alguns tipos de acordos são proibidos de forma directa, como sucede nos casos seguintes¹³:

- 1) acordos horizontais ou verticais que fixam directa ou indirectamente os preços;
- 2) acordos sobre as condições de venda;
- 3) acordos destinados a isolar segmentos do mercado, designadamente no que se refere a reduções de preços,
- 4) acordos sobre quotas de produção ou de fornecimento;
- 5) acordos relativos a investimentos;
- 6) estabelecimentos de venda comuns;
- 7) acordos de repartição do mercado;
- 8) mercados colectivos exclusivos;
- 9) acordos que implicam discriminações de parceiros comerciais;
- 10) boicote colectivo;
- 11) acordos de auto-limitação cuja finalidade consiste em renunciar a determinados actos de concorrência.

Quanto aos abusos de posição dominante, o artigo 82º (ex-artigo 86º) do Tratado declara “incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste”. Ora, podemos definir posição dominante como uma

11 Nº1 do ex-artigo 85º.

12 A prática concertada situa-se a um nível inferior ao do acordo, uma vez que consiste numa coordenação prática entre empresas sem qualquer acto formal que a consubstancie.

13 O nº3 do artigo 81º (nº3 do ex-artigo 85º) do Tratado prevê, no entanto, a possibilidade de autorizar acordos proibidos pelo nº1 do mesmo artigo, uma vez que certos tipos de cooperação poderão ser considerados positivos; é o caso de acordos que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição, bem como o progresso técnico ou económico. São exemplos de eventuais isenções alguns acordos de exclusividade, acordos de licença para transferência de tecnologia, acordos de especialização, de investigação e de desenvolvimento, acordos de franquia e acordos no sector de seguros.

situação de supremacia económica de determinada empresa, situação decisiva para lhe permitir alterar a concorrência efectiva no mercado em causa. Por outras palavras, essa empresa tem condições para influenciar de modo significativo os moldes em que tal concorrência se desenvolverá e de agir sem ter em conta essa concorrência.

No entanto, cabe sublinhar que só há abuso de posição dominante quando o comportamento de determinada empresa é susceptível de efectivamente influenciar o mercado em apreço. De acordo com o dispositivo legal, são exemplos deste tipo de abusos¹⁴:

- 1) impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;
- 2) limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- 3) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais face a prestações equivalentes;
- 4) subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos contraentes, de prestações suplementares que não têm ligação com o objecto desses contratos.

A política de concorrência tem sido um dos principais campos de actuação da União Europeia (UE), quer através da produção legislativa comunitária, quer mediante a actuação da Comissão. Esta intervenção é verificável em qualquer dos domínios estruturais da defesa da concorrência (práticas concertadas lesivas do bom funcionamento do mercado, controlo das operações de concentração e filtragem dos auxílios do Estado).

Após a fase final de introdução do euro, iniciada em 1 de Janeiro de 2002, e tendo em conta o alargamento em grande escala da UE, que toma corpo efectivo a partir de 2004, a aplicação das regras em matéria de concorrência tornou-se a linha essencial de intervenção da Comissão face à necessidade incontornável de garantir o bom funcionamento do Mercado Único. A modernização das regras em matéria de acordos, decisões de associação e práticas concertadas entre empresas, concentrações e auxílios estatais tornou-se indispensável, dada a rápida evolução de uma economia aberta e sujeita a um registo global.

Acresce que o domínio da concentração veio a tornar-se o mais saliente, apresentando um grau crescente de complexidade, ditado em grande parte pela internacionalização; o teor pluri-jurisdicional trazido pelas concentrações de dimensão

¹⁴ Contrariamente ao artigo 81º do Tratado, o artigo 82º não prevê qualquer possibilidade de derrogação individual ou de isenção por categoria.

mundial obrigam a novas formas de cooperação internacional, de que é exemplo a recente Rede Internacional de Concorrência (International Competition Network - ICN)¹⁵. A nível intracomunitário, a Comissão tem procurado ter em conta as novas realidades, revendo o Regulamento das Concentrações da Comunidade Europeia¹⁶.

Contudo, no contexto da política de concorrência comunitária, a grande novidade consiste na modernização das regras de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE¹⁷, sobre práticas concertadas, decisões de associação e acordos entre empresas, e abusos de posição dominante, respectivamente, iniciada em 27 de Setembro de 2000, quando a Comissão adoptou uma proposta de regulamento que introduz um novo sistema de aplicação daqueles preceitos, substituindo o Regulamento nº 17 de 1962, bem como as regras processuais contidas nos Regulamentos (CEE) nºs. 1017/68, 4056/86 e 3975/87, relativos aos transportes¹⁸. A modificação em causa consiste na transição de um regime de monopólio da Comissão face à aplicação do nº 3 do artigo 81º para um sistema de excepção legal; em bom rigor, pode dizer-se que, de um monopólio de isenção, se passa para um sistema de aplicação directa da excepção, nos termos da qual todos os acordos que não violem o nº 1 do artigo 81º ou que preencham as condições do nº 3 do mesmo preceito legal são automaticamente considerados lícitos, enquanto que os acordos que infrinjam o nº 1 do artigo 81º e que não preencham as condições do citado nº 3 são automaticamente considerados ilícitos. A proposta do novo regulamento¹⁹ foi elaborada na sequência do livro branco da Comissão sobre a modernização das regras de aplicação dos artigos 81º e 82º (ex-artigos 85º e 86º) do Tratado CE, que permitiu lançar uma discussão ampla e aprofundada, onde revestiram particular relevo as opiniões manifestadas pelo Parlamento Europeu e pelo Comité Económico e Social²⁰.

15 Ver <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>; ver também <http://www.ftc.gov/opa/2001/10/icn.htm>.

16 Regulamento (CEE) nº 4064/89 e artigo 66º Tratado CECA; em Dezembro de 2001, foi publicado um livro verde que abrange questões jurisdicionais, processuais e materiais. Existe uma proposta de Regulamento relativo ao controlo das concentrações de empresas, apresentada pela Comissão (COM (2002) 711 final, 2002/0296 (CNS), Bruxelas, 11.12.2002).

17 Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81º e 82º do Tratado.

18 A aplicação das regras de concorrência no sector agrícola deverá continuar a basear-se no Regulamento nº 26 de 1962. Quanto às isenções por categoria, o considerando (10) do novo Regulamento esclarece que "a Comissão aprovou e pode continuar a aprovar os chamados regulamentos de isenção por categoria, segundo os quais declara que o nº 1 do artigo 81º do Tratado não é aplicável a categorias de acordos, decisões ou práticas concertadas"; contudo, quando tais comportamentos tiverem efeitos incompatíveis com o nº 3 do artigo 81º do Tratado, a Comissão e as autoridades responsáveis em matéria de concorrência dos Estados-Membros poderão retirar o benefício de isenção por categoria.

19 Regulamento CE nº 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002.

20 Resoluções de 18 de Janeiro de 2000 e de 8 de Dezembro de 1999, respectivamente. Ambas as instituições insistiram na importância de assegurar uma aplicação coerente do direito comunitário da concorrência face a um sistema de poderes paralelos, bem como na necessidade de manter um grau adequado de segurança jurídica.

Em virtude deste novo regime, as autoridades nacionais encontram-se face a um reforço significativo das suas competências²¹. O essencial trazido pelo novo regulamento é, no fundo, a aplicabilidade directa do artigo 81º no seu conjunto, tendo por adquirido que o sistema de notificação e autorização previsto no Regulamento nº 17 não revestia a eficácia desejável para a protecção da concorrência na UE. O modo de efectuar a transição resulta dos artigos 1º e 6º do novo regulamento: o artigo 1º estabelece o princípio da aplicabilidade directa do artigo 81º no seu conjunto e o artigo 6º confere aos tribunais nacionais poderes para aplicarem a norma contida no nº3 do artigo 81º sempre que for invocado o nº1 do mesmo preceito.

As vantagens da mudança de regime são sobretudo as decorrentes de um número maior de entidades se encontrar envolvido na aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, uma vez que, além da Comissão, as autoridades nacionais de concorrência e os tribunais nacionais também o podem fazer na íntegra.

No caso português, esta mudança surge em plena conformidade com o perfil funcional de que é dotada a Autoridade da Concorrência (AC), pessoa colectiva de direito público de carácter institucional criada pelo Decreto-Lei nº10/2003, de 18 de Janeiro.

Três linhas de força do novo regulamento de aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE se destacam:

- 1) Aumento da eficiência na aplicação em causa:
 - adaptação dos poderes atribuídos aos funcionários da Comissão no âmbito da realização de inspecções;
 - codificação das regras que regulam as decisões judiciais a nível nacional, clarificando o âmbito de intervenção dos tribunais nacionais;
 - adaptação das coimas aplicáveis em caso de infracção através de um sistema baseado nos dados relativos ao volume de negócios.
- 2) Aumento da igualdade das condições de concorrência no mercado interno:
 - novo artigo 3º, com base no nº2, alínea e), do artigo 83º do Tratado CE, com vista a regulamentar a relação entre os artigos 81º e 82º e o direito da concorrência a nível nacional;

21 Já em matéria de controlo sobre as operações de concentração, o disposto no Regulamento das concentrações confere à Comissão competência exclusiva para tratar as operações de concentração de dimensão comunitária.

- sempre que um acordo ou prática for susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, é exclusivamente aplicável o direito comunitário da concorrência.

3) Grau adequado de segurança jurídica para as empresas:

- eliminação de obstáculos burocráticos;
- os acordos e decisões que preenchem as condições previstas no nº3 do artigo 81º são válidos e aplicáveis *ab initio*, sem que seja necessária qualquer decisão administrativa;
- as empresas dispõem de uma presunção positiva quanto à aplicabilidade de tais acordos ou decisões, no quadro do direito civil.

A competência das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência para aplicar, em processos individuais, os artigos 81º e 82º do Tratado, pode gerar como decisão:

- exigir que seja posto termo à infracção;
- ordenar medidas provisórias;
- aceitar compromissos;
- aplicar coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo respectivo direito nacional;
- caso não estejam preenchidas as condições de proibição, não intervir.

Em matéria de concentrações, existe o Regulamento (CEE) nº 4064/89²², o qual estabelece que “devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum as operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante de que resultem entraves significativos à concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste.”

Pode, pois, concluir-se que existe concentração quando uma empresa adquire o controlo exclusivo de outra empresa, ou quando várias empresas adquirem o controlo de outra ou criam uma nova empresa. À luz daquele Regulamento, a Comissão tem o poder de examinar as operações de concentração antes da sua realização (acto de controlo prévio), a fim de determinar a sua compatibilidade com o mercado interno, tendo em conta a avaliação segundo determinados critérios, como sejam:

- 1) a determinação dos mercados de produtos relevantes²³;

²² Relativo ao controlo das operações de concentração de empresas.

²³ Tem sido prática corrente, por parte da Comissão, deixar em aberto a definição do mercado do produto relevante, caso possa estabelecer que, mesmo definindo o mercado mais limitado possível, a concentração não origina a criação ou o reforço de uma posição dominante.

- 2) a determinação do mercado geográfico relevante; e
- 3) a apreciação da compatibilidade da operação de concentração em causa com o mercado interno em função do critério da posição dominante.

No tocante aos auxílios estatais, o artigo 87º (ex-artigo 92º) do Tratado declara incompatíveis com o Mercado Interno “na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, desde que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”.

Será considerado como auxílio estatal qualquer tipo de vantagem concedido pelos Estados²⁴ desde que:

- 1) confira uma vantagem económica ao seu beneficiário;
- 2) seja atribuído de forma selectiva a certas empresas ou a certas produções;
- 3) ameace falsear a concorrência; e
- 4) afecte as trocas comerciais entre os Estados-Membros.

A proibição é, como se compreende pela amplitude das alíneas anteriores, aplicável a um grande número de auxílios, quer estes sejam directos ou indirectos e independentemente da forma que assumam²⁵. Ora, de acordo com esta perspectiva abrangente, a forma, o motivo e a finalidade do auxílio não são determinantes para a sua proibição, antes relevando o seu efeito sobre a concorrência. Nestes termos, não serão apenas vistas como auxílios as prestações positivas, mas também todas as medidas que visem reduzir os encargos financeiros da empresa beneficiária, independentemente da forma de concessão do auxílio, a qual é irrelevante para o efeito.

No entanto, o legislador comunitário tem a clara noção de que seria quase impossível pretender consagrar uma proibição absoluta dos auxílios estatais. Com efeito, o artigo 2º do Tratado destaca como um dos objectivos da Comunidade a promoção do desenvolvimento harmonioso e equilibrado das actividades económicas em todo

²⁴ Ou através de recursos estatais.

²⁵ A Comissão e o Tribunal de Justiça tendem a interpretar de forma bastante ampla a noção de “auxílio estatal”, uma vez que a expressão contida no Tratado se refere a “auxílios concedidos (...) independentemente da forma que assumam”; logo, as instâncias comunitárias consideram abrangidos todos os auxílios públicos ou concedidos por uma pessoa de direito público de carácter territorial. Em bom rigor, o auxílio pode até emanar de um organismo regido pelo direito privado, designadamente uma empresa privada com participação estatal ou uma sociedade de capitais públicos organizada de acordo com o direito privado, bem como de um organismo em que o Estado ou outra entidade pública exerça, por via directa ou indirecta, uma influência determinante.

o espaço comunitário; logo, e tendo em conta que o desenvolvimento económico é ainda tão variável entre os diversos Estados-Membros (e mesmo entre regiões no interior de alguns destes Estados), torna-se inevitável assumir a necessidade, ainda que pontual e bem alicerçada, de intervenção dos Estados²⁶.

Temos, pois, que a Comissão deve garantir a total compatibilidade dos auxílios atribuídos pelos Estados-Membros com o Mercado Comum. Daí a previsão contida no artigo 88º (ex-artigo 93º) do Tratado, segundo a qual os auxílios devem ser notificados à Comissão e ser por esta aprovados previamente à respectiva execução²⁷.

Já no que diz respeito às empresas públicas²⁸, bem como às empresas a que os Estados-Membros concedem direitos especiais ou exclusivos, o nº1 do artigo 86º do Tratado vem proibir que estes tomem ou mantenham qualquer medida contrária ao Mercado Comum, nomeadamente em matéria de defesa da concorrência (muito embora, através do nº2 do mesmo artigo, se encontre previsto que as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal só ficam submetidas às regras da concorrência na medida em que a aplicação destas regras não constitua um entrave ao cumprimento da sua missão). Assim, e porque as regras comunitárias em matéria de concorrência são em princípio aplicáveis integralmente às empresas a que o Estado confiou o desempenho de serviços de interesse económico geral, temos que, nos termos do princípio da proporcionalidade consagrado no nº2 do artigo 86º, a aplicação das regras do Tratado deve limitar-se à medida em que tal seja necessário para ao cumprimento (por parte da empresa em causa) da missão específica que o Estado lhe confiou.

26 Os n.ºs 2 e 3 do artigo 87º do Tratado tratam das derrogações, considerando compatíveis com o mercado interno:

- a) os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais, desde que não contenham qualquer discriminação quanto à origem dos produtos;
- b) os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou outros acontecimentos extraordinários e imprevisíveis;
- c) os auxílios atribuídos a certas regiões afectadas pela divisão da Alemanha.

Além destes, a Comissão pode declarar compatíveis com o mercado interno os auxílios:

- a) destinados a promover o desenvolvimento económico de certas actividades ou regiões;
- b) destinados a fomentar a realização de um projecto relevante para o interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave na economia de um Estado-Membro;
- c) destinado a promover a cultura e a conservação do património;
- d) de outros tipos, desde que considerados compatíveis por decisão da Comissão.

27 Desde 1998, a Comissão está habilitada a isentar alguns auxílios estatais da obrigação de notificação prévia, em matéria de auxílios a favor de pequenas e médias empresas actantes nas áreas de investigação e desenvolvimento, de protecção do ambiente, do emprego e da formação, bem como de auxílios integrados no mapa aprovado pela Comissão e com finalidade regional.

28 V., para o caso português, e sobre o Decreto-Lei nº 559/98, de 17 de Dezembro, Ferreira, Eduardo Paz (org.), Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado, Coimbra, Almedina, 2000.

Em matéria de procedimento, incumbe à Comissão velar pelo respeito das regras europeias da concorrência, podendo actuar²⁹:

- 1) por iniciativa própria,
- 2) na sequência de queixas dos Estados-Membros, de empresas ou de particulares;
- 3) na sequência de notificações de acordos por partes das empresas;
- 4) na sequência de notificações de auxílios estatais projectados por um Estado-Membro.

Naturalmente, antes de tomar uma decisão a Comissão ouve os interessados (empresas e/ou Estados-Membros), mediante audições realizadas para esse fim.

As empresas ou os Estados-Membros destinatários de uma decisão da Comissão podem contestá-la perante o Tribunal de Primeira Instância e o Tribunal de Justiça das Comunidades³⁰.

Na verdade, o objectivo declarado de “garantir que a concorrência funcione sem distorções, a fim de assegurar uma maior possibilidade de escolha aos consumidores, a inovação tecnológica e a concorrência a nível de preços”³¹ só é viável se as empresas optarem por práticas de transparência e de leal concorrência, em detrimento de quaisquer atitudes concertadas de deturpação do mercado ou de abuso de posição dominante.

Nestes termos, há que sublinhar a importância da luta contra os *cartéis*, cuja existência é considerada fortemente lesiva do mercado, uma vez que têm por único objectivo reduzir ou eliminar a concorrência, não produzindo qualquer efeito benéfico para a economia e não podendo, por conseguinte, beneficiar de um balanço económico favorável. Os seus únicos efeitos são negativos, na medida em que reduzem a escolha dos consumidores, provocam um aumento dos custos e uma redução da competitividade da indústria, um atraso nas adaptações necessárias das empresas e desvantagens no domínio da inovação. Outro aspecto a salientar no contexto comunitário de defesa da concorrência deriva do carácter extensivo do mercado, que se convencionou designar por globalização. Ora, com base nesta realidade política e económica, a UE procura um quadro de cooperação internacional e multilateral, como a Organização Mundial do Comércio (OMC)³².

29 A Comissão dispõe de amplos poderes de investigação, podendo efectuar controlos nas empresas sem aviso prévio, incluindo a consulta dos documentos considerados necessários.

30 Além disto, é claro que os particulares ou as empresas que se considerem lesados por um qualquer comportamento anti-concorrencial poderão dirigir-se aos respectivos tribunais nacionais.

31 Ver XXXI Relatório sobre a Política de Concorrência, pág.3.

32 A 4ª Reunião Ministerial da OMC, que se realizou no Qatar em Novembro de 2001, adoptou uma declaração relativa à interacção entre o comércio e a política de concorrência.

Numa base informal, foi criada a Rede Internacional da Concorrência (RIC), traduzindo uma forma nova de cooperação entre entidades de concorrência do mundo inteiro, com vista à partilha de experiências e de informações sobre questões desta área disciplinadora do mercado³³.

33 A RIC tem por objecto, numa primeira fase, o tratamento de duas questões essenciais: o controlo das concentrações num contexto de pluralidade e o papel de defesa da concorrência a desempenhar pelas autoridades reguladoras respectivas.