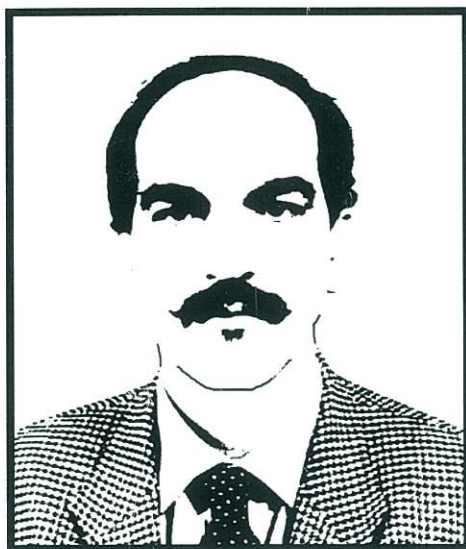


Estudos de
Direito Desportivo
em Homenagem a
Albino Mendes Baptista



Uma aventura com o caso "Meca-Medina": etapas da
"saga" da aplicação ao desporto das normas da
União Europeia em matéria de concorrência
Alexandre Miguel Mestre



Universidade Lusíada Editora

UMA AVENTURA COM O CASO “MECA-MEDINA” (ETAPAS DA “SAGA” DA APLICAÇÃO AO DESPORTO DAS NORMAS DA UNIÃO EUROPEIA EM MATÉRIA DE CONCORRÊNCIA)

I. RAZÃO E SEQUÊNCIA DO TEMA

O presente artigo versa sobre o chamado “Caso Meca-Medina”, que culminou na prolação do acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE)¹, de 16 de Setembro de 2006.

Perguntará, legitimamente, o leitor: mas por que razão, em 2010, glosar um caso que terminou em 2006? Fazemo-lo por diferentes motivos.

Em primeiro lugar, porque este caso é paradigmático quanto às contradições e dificuldades na aplicação ao desporto das regras da UE no domínio da concorrência: Comissão Europeia (Comissão), Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (TPI) e TJCE seguiram diferentes rumos na apreciação dos mesmos factos, com opções metodológicas e critérios jurídicos bem distintos. É verdade que, na prática, se a metodologia diferiu, já o resultado acabou por ser igual. Não obstante, subsiste a necessidade de perceber tamanhas disparidades de análise.

Em segundo lugar, a análise do “Caso Meca-Medina” justifica-se pelo imenso relevo que teve o acórdão do TJCE. Citando a Comissão²,

“Este julgamento é de suprema importância para a aplicação do Direito Comunitário da Concorrência ao sector desportivo, uma vez que foi a primeira vez que o TJCE se pronunciou sobre a aplicação dos artigos 81.º e 82.º a regras organizativas desportivas”.

Em terceiro lugar, escolhemos este tema por um motivo de índole prática: concorde-se ou não com o sentido e alcance do acórdão do TJCE, a verdade é que estamos perante uma jurisprudência com influência na acção quotidiana da Comissão, dos tribunais - nacionais e da UE -, e das autoridades nacionais da concorrência, quando confrontados com situações de aplicação ao desporto das regras da UE em matéria de concorrência, no quadro da recente modernização e descentralização das

¹ Agora, com o Tratado de Lisboa, denominado Tribunal de Justiça da UE.

² *Commission Staff Working Document – The EU and Sport: Background and Context Accompanying document to the WHITE PAPER ON SPORT (COM (2007) 391 final)*, 3.4., Anti-Trust.

regras da concorrência³.

Finalmente, sentimo-nos motivados a determo-nos sobre o “Caso *Meca Medina*” porque estamos convictos de que a “aventura” ainda não terminou. Como veremos, multiplicam-se exemplos que demonstram que o acórdão do TJCE não constituiu uma efectiva “fixação de jurisprudência” e que, também por isso, atenta contra a almejada segurança jurídica das organizações desportivas, o que vai motivando sucessivas reacções de apreensão e de sugestão de reversão do aresto⁴, ou, no mínimo, de clarificação da situação⁵. Às organizações desportivas juntam-se,

³ O ano de 2003 marcou o início de um processo de modernização e de descentralização do Direito da Concorrência da UE. Por um lado, instituiu-se o “regime de excepção legal, pondo termo ao princípio da autorização prévia e discricionária dos acordos. Assim, por reunirem os pressupostos para a aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do Tratado de Financiamento da União Europeia, as empresas passam a poder beneficiar ou usufruir directamente da isenção, sem necessitar quer de realizar uma notificação prévia à autoridade competente para aplicar aquele preceito quer de depender de uma decisão jurídica que reconheça tal efeito jurídico. O mesmo é dizer-se que se conferiu aos agentes económicos empresariais o direito de auto-avaliarem as suas estratégias concorrenciais (*self-assessment*). Por outro lado, o fim do monopólio da Comissão para derrogar o princípio da proibição das práticas restritivas do n.º 1 do artigo 101.º, n.º 1 TFUE por via de isenções individuais ou de certificados negativos implicou uma descentralização da aplicação do Direito da Concorrência da UE em favor das entidades nacionais, estabelecendo-se um sistema repartido de competências entre Comissão, autoridades nacionais da concorrência e tribunais nacionais para a aplicação dos artigos 101.º e 102.º TFUE, numa convergência substantiva na aplicação do Direito da Concorrência da UE. Naturalmente que a exigência de uma auto-avaliação das empresas quanto à compatibilidade com o Direito da Concorrência da UE dos acordos que celebram, bem como o aumento e diversificação das entidades competentes para aplicar o n.º 3 do artigo 101.º TFUE, tornam ainda mais premente e urgente a definição de uma metodologia uniforme ou comum de aplicação das normas jusconcorrenciais da UE ao desporto, com as inerentes certeza e segurança jurídicas.

⁴ Embora a tradição do TJCE não seja, pelo menos num curto prazo, a de reverter os seus acórdãos, uma vez que o acórdão *Meca-Medina* foi prolado pela 3.ª Câmara do Tribunal, com apenas 5 juízes, é de admitir que a hipótese da reversão possa ser menos remota.

⁵ Indicam-se de seguida alguns dos principais exemplos: (i) no ponto 14 do “Relatório Arnaut”, emanado da *European Independent Sport Review*, o acórdão *Meca-Medina* “tornou ainda mais urgente a nossa [dos autores do relatório, presidido pelo Dr. José Luís Arnaut] tarefa. Embora não façamos uma análise detalhada a este julgamento, podemos concluir, agora mais do que nunca, que há uma clara necessidade de melhor definir a relação entre o Direito da UE e o desporto, e assegurar que todas as partes interessadas tenham a segurança de que necessitam para desempenhar efectivamente os seus deveres e servir as modalidades desportivas em relação às quais têm responsabilidade” (tradução livre); (ii) no ponto 56 do seu Parecer sobre o Livro Branco sobre o Desporto (2008/C 105/09), o Comité das Regiões expressou o seu temor face à metodologia casuística preconizada pelo acórdão *Meca-Medina* e, supervenientemente defendida pela Comissão: “considera a especificidade do desporto uma particularidade fundamental e parte integrante do desporto e lamenta que o «Livro Branco sobre o desporto» não faça declarações claras a este respeito; teme que a abordagem

inclusivamente, apelos por parte dos Estados -membros⁶, aos quais se deve a inserção do desporto no direito primário da UE – o artigo 165.º TFUE – um passo que pode revelar-se decisivo no futuro da aplicação do Direito da UE do desporto, sobretudo porque no seu texto expressamente se apela ao reconhecimento das “*especificidades*” que o desporto encerra, com tudo o que isso deve implicar no quadro de uma visão holística e transversal da aplicação do TFUE ao desporto, avessa a indesejáveis aplicações automáticas, acríicas e cegas do Direito da UE (Concorrência da) ao desporto.

Não é este o espaço em que procuraremos propor soluções para definir quando, como, de que forma, e com que fundamento se devem aplicar ao desporto as regras da UE no domínio da concorrência. O nosso objectivo, neste momento, é bem mais modesto e menos arriscado: propomo-nos, tão-só, fazer um breve excuroso pelas várias etapas do “Caso Meca-Medina”, deixando para outra ocasião uma leitura mais prospectiva e ambiciosa. Assim, no presente artigo bastar-nos-emos em descrever e analisar criticamente as seguintes etapas da “aventura”: (II) A génese do “Caso Meca-Medina”; (III) A Decisão da Comissão Europeia; (IV) As conclusões do Advogado-Geral Léger; (V) O acórdão do TPI; (VI) O acórdão do TJCE; (VII) A “aventura” continua: os “sinais” da Comissão e do TJUE ou o início do fim do “Caso Meca - Medina”.

«caso a caso» adoptada para determinar a especificidade de um desporto não seja satisfatória do ponto de vista das organizações desportivas e que reforce a actual insegurança jurídica”; (iii) também o Comité Económico e Social da UE emitiu Parecer sobre o Livro Branco sobre o Desporto (COM(2007) 391 final.) do qual é possível inferir o entendimento de que a metodologia empregue no acórdão Meca-Medina não serve: “4.22. Do ponto de vista do CESE, a relação entre as especificidades do desporto e a legislação europeia reveste-se de importância fundamental, sendo portanto necessário clarificar este ponto para as organizações desportivas.4.23 O CESE frisa que se deve continuar a procurar uma solução mais adequada. No longo prazo, a aplicação da jurisprudência não proporciona suficiente segurança jurídica às partes interessadas.” (Sublinhado nosso)

⁶ O texto do ponto 13 da “Declaração dos Ministros dos Desportos da UE”, que reuniram informalmente em Biarritz a 27 e 28 de Novembro de 2008, é sintomático de que nem o acórdão Meca-Medina nem a interpretação que ao mesmo foi dada pela Comissão, no seu Livro Branco sobre o Desporto, resolveram o eterno problema da insegurança jurídica das organizações desportivas e de que os Estados-membros da UE estão preocupados e exigem uma clarificação. Reza assim: “tendo em consideração as características específicas do desporto e tendo em conta as inquietudes e dificuldades que as organizações desportivas internacionais, europeias e nacionais têm de fazer face na governança das suas modalidades desportivas, os Ministros europeus apelam à Comissão para que sejam dadas mais claras orientações jurídicas sobre a aplicação do Direito Comunitário às organizações desportivas relativamente aos problemas prioritários perante os quais as mesmas são confrontadas.” (Sublinhado nosso; tradução livre)

II. A GÉNESE DO “CASO MECA-MEDINA”

David Meca-Medina e Igor Majcen, praticantes desportivos profissionais no âmbito da natação, foram sujeitos a um controlo antidopagem no dia 31 de Janeiro de 1999, após uma prova na qual ficaram, respectivamente, em primeiro e segundo lugares. Ambos tiveram resultados positivos no teste da nandrolona, acusando, respectivamente, taxas de 9,7 ng/ml e 3,9 ng/ml.

A 8 de Agosto de 1999, o Doping Panel (Comité de Dopagem) da Federação Internacional de Natação (FINA) decidiu suspender os atletas por um período de quatro anos, sanção que veio a ser confirmada pelo Tribunal Arbitral do Desporto (TAD), de Lausana, a 29 de Fevereiro de 2000. Em razão de avanços científicos entretanto ocorridos, os atletas acordaram, por convenção de arbitragem de 20 de Abril de 2000, submeter de novo o processo, para reexame, ao TAD, o qual, por decisão arbitral de 23 de Maio de 2001, reduziu a sanção de suspensão dos atletas para dois anos. Não foi interposto recurso daquela decisão junto do Tribunal Federal Suíço.

III. A DECISÃO DA COMISSÃO EUROPEIA

Por carta de 30 de Maio de 2001, os atletas apresentaram uma queixa à Comissão, ao abrigo do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962 – o Primeiro Regulamento de execução dos artigos 81.º e 82.º CE⁷, denunciando uma infracção àqueles dois preceitos.

Na sua queixa, os atletas puseram em causa a compatibilidade com o Direito Comunitário da Concorrência⁸ (artigos 81.º e 82.º TCE) e com a livre prestação de serviços (artigo 49.º CE)⁹ de certas disposições regulamentares aprovadas pelo Comité Olímpico Internacional (COI) e aplicadas pela FINA, bem como de determinadas práticas referentes ao controlo antidopagem.

Para os atletas, a fixação do limite de tolerância em 2 nanogramas por mililitro de urina constituía uma prática concertada entre o COI e os 27 laboratórios por este homologados, sem que houvesse fundamentação científica bastante, o que podia conduzir à exclusão de atletas inocentes ou simplesmente negligentes. David Meca-Medina e de Igor Majcen aventaram a possibilidade de as ultrapassagens do limite de tolerância que lhes foram detectadas se deverem ao consumo de um prato com carne

⁷ Agora, com o Tratado de Lisboa, respectivamente, artigos 101.º e 102.º TFUE.

⁸ Agora, com o Tratado de Lisboa, afigura-se mais correcto referir-se “Direito da UE” do que “Direito Comunitário”.

⁹ Agora artigo 56º do TFUE.

de porco não castrado. Por outro lado, ambos os atletas questionaram a legalidade da adopção, pelo COI, de um mecanismo de responsabilidade objectiva. Ademais, os atletas sugeriram que as instâncias competentes para a resolução arbitral dos litígios em matéria de desporto não eram suficientemente independentes relativamente ao COI, o que, segundo eles, reforçaria o carácter anticoncorrencial do referido limiar a partir do qual se verificava uma infracção às regras antidopagem.

Por ofício de 8 de Março de 2002, a Comissão, em aplicação do artigo 6.º do Regulamento (CE) n.º 2842/98 da Comissão, de 22 de Dezembro de 1998, relativo às audições dos interessados directos em certos processos, nos termos dos artigos [81.º] e [82.º] CE, informou os atletas das razões pelas quais considerava não dever dar seguimento favorável à denúncia. Por missiva de 11 de Abril de 2002, os recorrentes enviaram à Comissão as suas observações sobre o ofício de 8 de Março de 2002.

A 1 de Agosto de 2002 a Comissão rejeitou a denúncia dos recorrentes.

Tal decisão resultou de uma análise da regulamentação antidopagem controvertida à luz dos artigos 81.º e 82.º¹⁰ CE, que teve como ponto de partida a aferição da qualificação do COI como “*empresa*”, na acepção daqueles preceitos, e que culminou na decisão de que o objecto ou efeito *jus* concorrencial da regulamentação controvertida não era negativo.

No que concerne à qualificação do COI como empresa, a Comissão sublinhou que o COI desenvolve uma actividade económica quando explora os direitos emergentes dos Jogos Olímpicos e, nessa medida, pode ser qualificado, no seio do Movimento Olímpico, como uma “*associação de associações nacionais e internacionais de empresas*”. Contudo, a Comissão frisou o seguinte: “[a]s regras controvertidas não parecem cair na esfera das actividades económicas do COI ou da FINA e, pelas razões acima explicadas, não parecem cair no âmbito das proibições previstas nos artigos 81.º e 82.º CE”¹¹.

No que respeita ao objecto e efeito da regulamentação controvertida, apesar de reconhecer que a mesma limitava a liberdade de acção de um atleta, a Comissão entendeu que essa limitação não restringia necessariamente a concorrência, porquanto se destinava “*unicamente a combater a dopagem*”¹² e era “*inerente à organização e ao bom desenrolar da competição desportiva*”, ou seja, os efeitos restritivos da concorrência eram inerentes à prossecução dos objectivos em causa, a saber, “*assegurar a identificação e a punição dos atletas cujos comportamentos infringem as obrigações a que estão sujeitos no que respeita à utilização de substâncias proibidas e à*

¹⁰ §º 70. Ali se referiu que os comportamentos imputados ao COI não eram de natureza a serem qualificados à luz do artigo 82.º CE, não tendo sequer sido avançados os eventuais mercados relevantes (geográficos e de produto) nos quais o COI poderia deter uma posição dominante.

¹¹ § 38.

¹² § 61.

utilização de métodos proibidos”.¹³

Portanto, mesmo admitindo do princípio de que as regras antidopagem contestadas seriam resultado de concertação, a verdade é que, para a Comissão, o seu fito sempre seria uma luta eficaz contra a dopagem, que não a restrição da concorrência entre operadores económicos¹⁴. Mais se referiu a Comissão ao carácter claro, transparente, objectivo, justificado e não discriminatório da regulamentação controvertida¹⁵, assim como à natureza pública, precisa, objectiva, razoável, equilibrada e necessária da mesma¹⁶. Por conseguinte, segundo a Comissão, a regulamentação controvertida não constituía uma restrição da concorrência na acepção do artigo 81.º CE¹⁷.

Em nosso entender, há algumas questões que merecem reparo na metodologia empregue pela Comissão para aplicar o Direito da Concorrência da UE à regulamentação desportiva em causa.

A primeira questão prende-se com o facto de a Comissão não ter sido suficientemente clara quanto à natureza jurídica do COI. Se foi lesta a dizer em que situações o COI é uma empresa na acepção do Direito da Concorrência da UE, não o foi, porém, para extrair e afirmar expressamente a conclusão de que o COI, ao não exercer uma actividade económica no caso concreto, não se subsumia ao conceito de empresa. Ficou apenas implícito¹⁸. Mas para nós resulta claro que a adopção e aplicação de regras em matéria antidopagem não configuram uma actividade económica mas, sim, de regulação normativa de uma actividade desportiva, que se quer íntegra, não viciada, no respeito pela ética e pela igualdade de oportunidades. O COI desenvolve uma actividade económica, e, nessa

¹³ § 41 e 42.

¹⁴ § 55.

¹⁵ § 54 e 55.

¹⁶ § 53.

¹⁷ § 25.

¹⁸ A confusão da Comissão quanto à natureza e estrutura do COI ainda hoje se mantém. Com efeito, no Anexo I do “*Commission Staff Working Document – The EU and Sport: Background and Context Accompanig document to the WHITE PAPER ON SPORT (COM (2007) 391 final)*”, no ponto 3.4 – titulado “*Anti-Trust*” – a Comissão apresenta uma lista de “*empresas*” e de “*associações de empresas*”, ali agrupando COI, UEFA e FIFA no chapéu das “*Associações desportivas internacionais*”, que, segundo a Comissão, “*(...) têm como seus membros associações desportivas nacionais*”. Sucede, porém, que o COI, nos termos da Regra 16, 1.1., da Carta Olímpica, tem como membros pessoas individuais, cuja missão é representar o COI junto dos Comitês Olímpicos Nacionais, o que dificulta a sua subsunção às regras da concorrência. Neste sentido, cf. Carmen CHINCHILLA MARÍN, *Los Juegos Olímpicos: La elección de la sede y otras cuestiones jurídicas*, Madrid, Civitas/Fundación Alfonso Martín Escudero/Thomson Reuters, 2009, pp. 122-123. A autora, na análise que faz à posição da Comissão no “*Caso Meca-Medina*”, alude mesmo a uma “*falta de rigor*” na qualificação do COI como empresa (Tradução livre)

medida deve ser qualificado como empresa, noutra tipo de situações: por exemplo, na celebração de contratos de patrocínio, ou de transmissão televisiva, venda de bilhetes para os Jogos Olímpicos, entre outras situações em que oferece bens ou presta serviços no mercado.

Mas como a Comissão não foi suficientemente clara, criou motivos para um segundo reparo da nossa parte. Salvo melhor opinião, a conclusão de que estavam em causa actividades económicas deveria ter conduzido a Comissão a abster-se de aferir a compatibilidade da regulamentação controvertida com o Direito da Concorrência da UE, uma vez que, segundo a jurisprudência precedente, o desporto só se sujeita ao Direito da UE na medida em que constitua uma actividade económica¹⁹.

Parece-nos que a Comissão seguiu uma lógica contraditória e confusa: hesitou então optar por considerar que estava em causa uma “*regra puramente desportiva*”²⁰ que produzia indirectamente efeitos económicos ou optar por considerar que a regra em causa tinha cariz económico mas prosseguia um objectivo desportivo. Ao hesitar, acabou por combinar as duas lógicas.

No procedimento perante o TPI ficou ainda mais acentuada a natureza contraditória da Comissão. Atente-se ao parágrafo 62 do acórdão:

“Na audiência, em resposta a uma questão do Tribunal, a Comissão esclareceu que a decisão impugnada se baseia nos acórdãos Walrave,

¹⁹ No mesmo sentido, cf. Romano SUBIOTTO QC, “The Adoption and Enforcement of Anti-doping Rules Should Not Be Subject To European Competition Law”, em *ECLR*, Issue 4, 2010, p. 324.

²⁰ O conceito de “*regra puramente desportiva*” foi ao longo dos tempos densificado de diferentes formas, por vezes até revelando contradições no seio das instituições. Para a Comissão, “*regra puramente desportiva*” é aquela que é “*limitada ao estritamente necessário para atingir o objectivo de assegurar a incerteza dos resultados*” – palavras do então Comissário da Concorrência, Van MIERT, de 1997; é aquela “*questão não económica, conexa com a natureza específica do desporto*” – definição constante no denominado “Caso Mouscron”, de 1998; ou ainda a que é “*inerente à existência de credíveis competições*” (“Caso ENIC, de 1999) ou que “*respeita à actividade desportiva propriamente dita*” (*Conclusões Preliminares sobre a aplicação ao desporto das regras da concorrência da UE*”, 1999). Mas – porque não? – também se pode definir como aquela regra que é “*inerente ao desporto*” (*Relatório de Helsínquia*, 1999), ou já agora, também configuram “*regras puramente desportivas*” aquelas “*sem as quais o desporto não pode existir, ou seja, regras necessárias para a organização das competições desportivas*” (Torber TOFT, 2003). Estas regras são ainda, por vezes, catalogadas, não como “*puramente desportivas*” mas sim como “*genuinamente desportivas*” (Mário MONTI, 2001; Torber TOFT, 2003; Neelie KROES, 2006). Por sua vez, o Advogado-Geral Cosmas (caso *Deliège*) enquadrou a “*regra puramente desportiva*” como aquela que se mostra “*indispensável para alcançar os objectivos legítimos que resultam da especificidade da modalidade desportiva*” – note-se, da especificidade da modalidade, em si – enquanto o Advogado-Geral Léger e o TPI, no caso que ora nos ocupa – *Meca-Medina* –, nos remeteram para a “*regra que, por natureza, é estranha a uma actividade económica*” ...

Donà e Deliège, referidos nos n.ºs 37 e 41, supra, e, portanto, na natureza puramente desportiva da regulamentação antidopagem controvertida. Acrescentou que embora tivesse procedido ao exame da regulamentação antidopagem controvertida, de resto puramente desportiva, na perspectiva do direito da concorrência e segundo o método de análise enunciado no acórdão Wouters, fê-lo a título «subsidiário» ou «por mera cautela». A Comissão pretendeu assegurar-se, em especial, de que a regulamentação antidopagem controvertida não era discriminatória. (Sublinhado nosso).

Ora se, efectivamente, a Comissão se tivesse ancorado na jurisprudência precedente em matéria de liberdades fundamentais – designadamente os acórdãos *Walrave, Donà e Deliège* – teria que, mediante a constatação da existência de uma “*regra puramente desportiva*”, logo da ausência de uma actividade económica, ter parado logo aí a sua análise, por inaplicabilidade do Direito da UE²¹. Mas não, o que verdadeiramente ditou a decisão da Comissão foi o acórdão *Wouters*²² – esse sim do âmbito do direito da concorrência –, que, aliás, já inspirara decisões prévias da Comissão no domínio do desporto: as decisões nos casos *Mouscron* e *ENIC*²³, mas que assenta numa análise que pressupõe a sujeição ao Direito da Concorrência da UE, ou seja, assenta na premissa de que se está perante uma “*empresa*” ou uma “*associação de empresas*” na acepção das regras da concorrência – não se olvide que no acórdão *Wouters* foi dada como assente a existência de uma “*decisão de uma associação de empresas*”²⁴.

²¹ E mesmo entre estes três arestos não existe uma total convergência quanto ao sentido e alcance de uma “*regra puramente desportiva*”. Com efeito, o acórdão *Deliège* restringiu tal conceito aos assuntos relacionados com as actividades das selecções nacionais, enquanto os dois primeiros, em particular o acórdão *Walrave*, conferiram maior amplitude ao conceito.

²² Neste sentido, cf. A. RINCÓN GARCÍA LOYGORRY, *Deportistas, Derecho Comunitário y Derecho antitrust estadounidense*, Madrid, Bosch, 2009, pp.126-127.

²³ Ademais, em Outubro de 2002, Corinne DUSSART-LEFRET e Christine SOTTONG-MICAS, funcionárias da Unidade D-3 da Direcção-Geral da Concorrência da Comissão, defenderam um “paralelo” entre o acórdão *Wouters* e o desporto. Para as autoras, ainda que o acórdão *Wouters* se reporte à aplicação do Direito da UE Concorrência a uma medida específica relativa a uma profissão liberal num Estado-membro, deve ser estabelecido um paralelo entre este sector e o do desporto, uma vez que o desporto prossegue funções sociais, educativas e culturais que relevam igualmente do interesse público. Mais concluíram, a este respeito, que a organização do desporto deve ter em conta estas diferentes componentes – cf. “*Deux nouvelles décisions clarifiant les règles sportives qui échapent aux règles de concurrence*” - *Competition Policy Newsletter*, nr. 3, October 2002, pp. 46-49.

²⁴ O parágrafo 97 deste aresto é, claramente, o mais relevante para aquilo que ora nos ocupa: “*Importa, todavia, sublinhar que qualquer acordo entre empresas ou qualquer decisão de uma associação de empresas que restrinja a liberdade de acção das partes ou de uma delas*

IV. O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES

Em 11 de Outubro de 2002 os atletas interpuseram um recurso junto do TPI um recurso, tendo por objecto a anulação da decisão da Comissão, invocando três fundamentos: (i) a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação, de facto e de direito, ao considerar que o COI não é uma empresa na acepção da jurisprudência comunitária; (ii) a Comissão aplicou mal os critérios estabelecidos pelo TJCE no acórdão *Wouters*, ao considerar que a regulamentação controvertida não constituía uma restrição da concorrência na acepção do artigo 81.º CE; (iii) a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação, de facto e de direito, no n.º 71 dos fundamentos da decisão controvertida, ao rejeitar as críticas contra a regulamentação antidopagem apresentadas pelos recorrentes ao abrigo do artigo 49.º CE.

Através do seu acórdão²⁵, o TPI negou provimento ao recurso dos atletas, declarando que os três fundamentos invocados não eram pertinentes:

*"Com efeito, os dois primeiros fundamentos, referentes a erros manifestos de apreciação que a Comissão teria cometido na qualificação do COI como empresa e na aplicação dos critérios do acórdão Wouters, baseiam-se na premissa errada de que a regulamentação antidopagem controvertida integra o direito da concorrência. Quanto ao terceiro fundamento, relativo a um erro manifesto de apreciação da Comissão na aplicação do artigo 49.º CE, assenta na premissa errada de que a regulamentação antidopagem está sob a alçada desta disposição. Há, pois, que julgar estes fundamentos improcedentes, sem que seja necessário, a seu respeito, proceder a uma análise mais aprofundada."*²⁶

Uma das principais questões a relevar neste aresto é o facto de o

*não fica necessariamente sob a alçada da proibição constante do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Com efeito, para efeitos da aplicação desta disposição a um caso concreto, há que, antes de mais, atender ao contexto global em que a decisão da associação de empresas em causa foi tomada ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objectivos, ligados, no caso em apreço, à necessidade de conceber regras de organização, de qualificação, de deontologia, de controlo e de responsabilidade, que dão a necessária garantia de integridade e experiência aos consumidores finais dos serviços jurídicos e à boa administração da justiça (v., neste sentido, acórdão de 12 de Dezembro de 1996, *Reisebüro Broede*, C-3/95, *Colect.*, p. I-6511, n.º 38). Importa, em seguida, examinar se os efeitos restritivos da concorrência que daí decorrem são inerentes à prossecução dos referidos objectivos"*.

²⁵ Acórdão do TPI de 30/09/2004, *David Meca-Medina e Igor Majcen c. Comissão*, T-313/02, *Colect.* 2004, p II-3291.

²⁶ § 68.

TPI ter preferido não se vincular à metodologia da aplicação das regras da concorrência, mas sim à lógica da aplicação das regras referentes às liberdades fundamentais, tendo presente, em particular, prévios arestos no domínio daquelas liberdades fundamentais aplicados ao desporto²⁷. O parágrafo 42 do acórdão é elucidativo a este respeito:

“Há que salientar que o Tribunal de Justiça, nos acórdãos anteriormente referidos, não teve que se pronunciar sobre a sujeição das regras desportivas em causa às disposições do Tratado sobre a concorrência (v., a este respeito, acórdãos Bosman, n.º 138; Deliège, n.ºs 36 a 40, e Lehtonen, n.º 28). Todavia, os princípios enunciados pela jurisprudência no que respeita à aplicação das disposições comunitárias em matéria de livre circulação de pessoas e de serviços às regulamentações desportivas também são válidos no que respeita às disposições do Tratado relativas à concorrência. Com efeito, o facto de uma regulamentação puramente desportiva ser alheia à actividade económica, com a consequência, segundo o Tribunal de Justiça, de não ficar sob a alçada dos artigos 39.º CE e 49.º CE, também significa que é alheia às relações económicas de concorrência, o que conduz a também não integrar o âmbito de aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE. Inversamente, uma regulamentação que, apesar de ter sido adoptada no domínio do desporto, não é puramente desportiva, mas respeita ao aspecto económico que pode revestir a actividade desportiva, é abrangida pelo âmbito de aplicação das disposições tanto dos artigos 39.º CE e 49.º CE como dos artigos 81.º CE e 82.º CE e pode, se for o caso, constituir uma infracção às liberdades garantidas por estas disposições (...)”. (Sublinhado nosso)²⁸

Este é o parágrafo que conclui por uma “*imunidade ipso facto do domínio do desporto face ao Direito da UE*”²⁹ nos casos em que sobre a mesa estejam “*regras puramente desportivas*”, que digam respeito ao desporto enquanto tal, e que, na medida em que são inerentes à organização e ao bom desenrolar da competição desportiva, acabam por ser alheias à actividade económica.

²⁷ Dizemos “designadamente” porquanto a lógica do TPI parece também buscar inspiração noutras áreas, em particular no famoso acórdão *Keck e Mithouard*, no domínio da livre circulação de mercadorias – acórdão do TJCE de 24.11.1993, Processos apensos C-267/91 e C-268/91, , Colect. 1993, p. I-6097.

²⁸ Para A. RINCÒN GARCÍA LOYGORRI, esta passagem do TJCE “(...) é o reflexo da confusão entre o teste substantivo e o teste de análise da excepção desportiva que existia no âmbito das disposições do Tratado em matéria de livre circulação”. (Tradução livre) – Cf. Op. cit, p. 127.

²⁹ Cf. Constanze SEMMELMANN, *Social Policy Goals in the Interpretation of Article 81 EC*, St. Gallen, Nomos, 2008, p. 168.

É esse o caso da “luta antidopagem”, que, para o TPI, “não prossegue qualquer objectivo económico”³⁰. O TPI aditou ainda o seguinte:

“Este raciocínio não pode ser aceite. Com efeito, está assente que as regras controvertidas, devido à sua própria natureza, são disposições antidopagem. Em especial, não prosseguem qualquer objectivo discriminatório. Por conseguinte, o carácter pretensamente excessivo dessas regras, admitindo-o demonstrado, não implica que percam a sua natureza de regras puramente desportivas e, portanto, que tornem a sua legalidade dependente de uma apreciação segundo os critérios económicos do direito da concorrência, uma vez que se mantêm confinadas ao seu objectivo próprio, que é o da luta contra a dopagem e a preservação do espírito desportivo. De resto, os próprios recorrentes admitem a legitimidade da prossecução deste objectivo (...) Com efeito, o facto de o COI ter podido eventualmente ter em mente a preocupação, legítima segundo os próprios recorrentes, de preservar o potencial económico dos Jogos Olímpicos quando fixou a regulamentação antidopagem controvertida não pode, por si só, privar essa regulamentação da sua natureza puramente desportiva.”³¹

Por conseguinte, e continuando a seguir o TPI, os objectivos sociais ou de saúde pública de uma regra antidopagem, porque intimamente ligados e essenciais para que o desporto – amador ou profissional – possa existir, devem ser entendidos no sentido de que essa regra não prossegue qualquer objectivo económico, antes se fundando em “considerações puramente desportivas”, logo fugindo à alçada do Direito da UE:

“ (...) Com efeito, a luta antidopagem destina-se a preservar, em primeiro lugar, o espírito desportivo (o fair-play), sem o qual o desporto, amador ou profissional, deixa de ser desporto. Este objectivo, puramente social, justifica por si só a luta antidopagem. Em segundo lugar e na medida em que os produtos dopantes não estão desprovidos de efeitos fisiológicos negativos, esta luta destina-se a preservar a saúde dos atletas. Assim, a proibição da dopagem, como expressão específica da exigência de fair-play, insere-se na primeira das regras do jogo desportivo” (...) “Tendo em conta o precedentemente exposto, há que concluir que a proibição da dopagem assenta em considerações puramente desportivas e é, portanto, alheia a qualquer consideração económica. Esta conclusão conduz, à luz da jurisprudência e das considerações expostas nos n.ºs 37 a 42, supra, a que as regras da luta antidopagem não possam, como também

³⁰ § 42.

³¹ § 55 e 57.

o não podiam as regulamentações examinadas pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Walrave, Donà e Deliège, ficar sob a alçada das disposições do Tratado sobre as liberdades económicas, especialmente dos artigos 49.º CE, 81.º CE e 82.º CE. Com efeito, as regras antidopagem estão intimamente ligadas ao desporto enquanto tal” (Sublinhado nosso)³².

Temos, pois, que o TPI evidenciou uma concepção da concorrência que valoriza a promoção da eficiência e a liberdade de acção das partes³³ e mostrou que o conceito de actividade económica não é infinito, devendo, por vezes, ser interpretado de forma restritiva³⁴ – quase conduzindo a uma verdadeira “*excepção desportiva*”³⁵, esta sim merecedora de uma interpretação extensiva.³⁶ Assim, o TPI concedeu às federações desportivas uma “*ampla margem de livre apreciação*”³⁷

Faça-se também notar uma outra passagem do aresto em apreço, que demonstra que o TPI não quis dar “*carta branca*” a toda e qualquer norma emanada de uma organização desportiva:

“Com efeito, por um lado, é facto assente que a regulamentação antidopagem controvertida não prossegue qualquer finalidade discriminatória. Em especial, os recorrentes de forma alguma alegaram, muito pelo contrário, que o limite de tolerância referido no n.º 3, supra, é selectivamente aplicado a certos atletas ou categorias de atletas para os afastar das competições. Caso se verificasse uma discriminação desse tipo, a restrição do âmbito de aplicação das disposições do Tratado sobre as liberdades económicas, reconhecida pelo Tribunal de Justiça no que toca às regulamentações puramente desportivas (acórdão Walrave, n.º 9), não poderia, manifestamente, aplicar-se no que toca à regulamentação em questão. Com efeito, esta restrição não ficaria então limitada ao seu

³² § 44 e 47.

³³ Cf. Okeoghene ODUDU, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford University Press, 2006, pp. 2 e 18.

³⁴ Cf. Alexandre DE VRIES, *Tensions within the Internal Market: The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies*, Groningen, Europa Law Publishing, 2006, p. 101.

³⁵ “Cf. Erika SZYSZCZAK, “Competition and sport”, em *European Law Review* 32, February 2007, p. 102.

³⁶ Cf. Richard PARRISH e Samuli MIETTINEN, *The Sporting Exception in European Union Law*, Cambridge University Press/TMC Asser Press, The Hague, 2008, p. 96.

³⁷ Stefaan VAN DEN BOGAERT e AN VERMEERSCH, “Sport in the European Union: All sound and no fury?”, Maastricht Working papers, Faculty of Law, 2005-8, p. 23, <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=6853>, acedido em 04.10.2010. A. RINCÓN GARCÍA LOYGORRI fala mesmo em “*lascismo*” do TPI na hora de determinar a aplicação do n.º 1 do artigo 81.º CE do desporto, contrapondo com o “*grave prejuízo que sofreram os praticantes desportivos*” – op. cit, p. 131 (Tradução livre).

próprio objecto, que consiste na preservação da «nobre emulação e [dos] outros ideais do desporto» (conclusões do advogado-geral G. Cosmas no processo que esteve na origem do acórdão Deliège, já referidas, n.ºs 50 e 74). Assim, uma regulamentação deste tipo não escaparia ao âmbito de aplicação das disposições do Tratado sobre as liberdades económicas e poderia haver violação dessas liberdades, violação essa que caberia à Comissão apurar e punir no âmbito de um processo de aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE, caso a regulamentação em questão comportasse violações às regras da concorrência.”³⁸

Percebe-se então, com facilidade, outra passagem do aresto do TPI:

“Quanto à questão mais geral de a Comissão, a título subsidiário ou por mera cautela segundo os seus próprios termos, ter sujeitado a regulamentação antidopagem controvertida a uma análise na perspectiva do direito da concorrência, o Tribunal entende que, efectivamente, tratando-se de uma regulamentação puramente desportiva e tendo em conta a jurisprudência decorrente dos acórdãos Walrave, Donà e Deliège, essa análise não era necessária”³⁹ (Sublinhado nosso).

Prosseguindo o excursus pelo acórdão do TPI, compete assinalar que, lógica e coerentemente com a sua tese, o TPI afirmou não caberem analogias com o acórdão *Wouters*, uma vez que a regulamentação em causa nesse processo respeitava a um comportamento de mercado e se aplicava a uma actividade económica:

*“Há ainda que assinalar que o presente caso se distingue do processo que conduziu ao acórdão *Wouters*. Com efeito, a regulamentação em causa no processo *Wouters* respeitava a um comportamento de mercado – o estabelecimento de colaborações integradas entre advogados e revisores oficiais de contas – e aplicava-se a uma actividade económica por definição, a de advogado. Em contrapartida, a regulamentação em causa no presente processo respeita a um comportamento – a dopagem – que não pode, salvo desvirtuando-se o desporto, ser equiparado a um comportamento de mercado e aplica-se a uma actividade, a prática desportiva, que, considerada na sua própria essência e como se referiu no*

³⁸ Eis uma apreciação que contrasta com a posição do mesmo TJCE em sede do acórdão *Lehtonen*, de acordo com o qual não existe violação da livre circulação de trabalhadores se a disposição de carácter discriminatório se puder justificar por razões objectivas que se refiram unicamente ao desporto enquanto tal, ou seja, mesmo uma regra desportiva com carácter discriminatório poderia não ser contrária às disposições do Tratado. Neste sentido, cf. A. RINCÒN GARCÍA LOYGORRI, op. cit, pp. 130-131.

³⁹ § 64.

n.º 45, *supra*, é estranha a qualquer consideração económica”.⁴⁰

Aqui chegados, é possível concluir por uma frontal fractura – ou fricção – entre Comissão e TPI quanto à metodologia a seguir no que toca à relação entre a regulamentação antidopagem controvertida e o Direito da Concorrência da UE. No essencial, há duas disparidades a assinalar. Vejamos.

Em primeiro lugar, se para a Comissão a não prossecução de um objectivo económico foi uma justificação para as regras em causa, já para o TPI essa foi a questão inicial a ser analisada, da qual resultou a pronta desnecessidade de aferir a aplicação do Direito da Concorrência da UE e, por maioria de razão, de aferir da existência de uma qualquer justificação. Em segundo lugar, enquanto a Comissão se socorreu do acórdão *Wouters*, o TPI afastou-o.

V. AS CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL LÉGER

Interposto que foi recurso do acórdão do TPI junto do TJCE⁴¹, o Advogado-Geral Philippe Léger apresentou as suas conclusões em 23 de Março de 2006⁴².

Segundo Léger, uma regulamentação antidopagem é, por natureza, estranha a uma actividade económica, logo puramente desportiva, estando-lhe associado apenas um interesse ou uma dimensão económica meramente acessórios, ou seja, residuais, com diminuta expressão:

*“ (...) tendo em conta os interesses comerciais e financeiros que envolvem o desporto de alto nível, entendo que uma regulamentação puramente desportiva, como a regulamentação antidopagem, pode não ser desprovida de qualquer interesse económico. Contudo, em minha opinião, este interesse é meramente acessório e não pode privar as regulamentações antidopagem da sua natureza puramente desportiva. Como afirmou correctamente a Comissão, a tese dos recorrentes leva na realidade a privilegiar, a coberto da indivisibilidade da actividade desportiva, um aspecto acessório, a dimensão económica, a fim de garantir uma aplicabilidade integral das regras do tratado à prática desportiva profissional ou semiprofissional”*⁴³ (Sublinhado nosso).

Devemos dizer que nos aproximamos bastante desta abordagem de

⁴⁰ § 65.

⁴¹ JOUE de 16/09/2006, C 224, p. 8.

⁴² Colect. 2006, p. I-6991.

⁴³ § 22, 25 e 28.

Léger. Neste capítulo, parece-nos, de entre todas as abordagens, a mais adequada. Não se pode ignorar que, mesmo residualmente, qualquer regra dita puramente⁴⁴ desportiva tem sempre, inevitavelmente, efeitos económicos. No caso concreto não é difícil adivinhar que uma sanção disciplinar tem consequências económicas no atleta sancionado – que deixa de poder competir, ou seja, de prestar serviços ou exercer a sua actividade laboral –, na sua *entourage* técnica, nos parceiros comerciais do atleta – que com este celebraram contratos de patrocínio, entre outros –, e mesmo nos organizadores e promotores das competições desportivas que ficam privados da participação do atleta, sobretudo quando este é um “craque”, com inerente perda de receitas de bilheteira, transmissões televisivas e outras. De igual modo, achamos que não devemos cair no extremo de alegar que, pelo facto de emergir sempre um efeito económico, por mais ínfimo que seja, uma regra ou actividade desportiva deve sempre ser sujeita ao crivo do Direito da Concorrência da UE. Penso que, por mais difícil que seja a “separação de territórios”, é preciso balancear o que a regra ou actividade tem de desportivo com aquilo que gere de económico e, no caso de a questão económica ser proporcionalmente diminuta, tal deve ser tido em conta na qualificação da actividade em causa como sendo ou não económica.

Dito isto, retomemos a letra das conclusões de Léger, para perceber que a sua análise acima citada o conduziu a concluir não ser de aplicar o Tratado à regulamentação antidopagem controvertida. Mais referiu que diferente conclusão seria de tirar no quadro de uma interpretação restritiva daquilo que o TJCE havia afirmado no passado:

“ (...) parece que os recorrentes fazem uma leitura particularmente restritiva destes acórdãos (Walrave e Koch, Donà e Deliège) na medida em que, em minha opinião, o Tribunal de Justiça excluiu, nesses processos e com carácter geral, as regras puramente desportivas do campo de aplicação dos artigos 39.º CE e 49.º CE”⁴⁵.

O Advogado-Geral aditou ainda que o TPI ajuizou bem a não aplicação do acórdão *Wouters* à regulamentação antidopagem em causa, corroborando a ideia de que este se reporta a uma regulamentação respeitante a um comportamento de mercado, o que não sucedia *in casu*:

“Com efeito, basta recordar que a regulamentação em causa no acórdão Wouters e o., já referido, respeitava a um comportamento de mercado, designadamente o estabelecimento de colaborações integradas

⁴⁴ Nada é inteiramente puro...

⁴⁵ § 29.

entre advogados e revisores oficiais de contas e que se aplicava a uma actividade económica por definição, a de advogado. Ora, uma vez que a regulamentação controvertida é de natureza puramente desportiva, alheia a qualquer consideração de ordem económica, o Tribunal de Primeira Instância considerou, em minha opinião, correctamente, que não era necessário examinar esta regulamentação com base nos critérios enunciados no acórdão Wouters e o., já referido”⁴⁶

VI. O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

D. Meca-Medina e I. Majcen interpuseram junto do TJCE recurso de anulação do acórdão do TPI, tendo para o efeito invocado quatro fundamentos: (i) o acórdão recorrido estava viciado por um erro de direito na medida em que o TPI considerou que a regulamentação antidopagem controvertida não era abrangida pelo âmbito de aplicação dos artigos 49.º, 81.º e 82.º CE, (ii) o acórdão recorrido estava viciado por um desvirtuamento do conteúdo da decisão controvertida; (iii) o mesmo acórdão era formalmente irregular, na medida em que os seus fundamentos se contradiziam e que a fundamentação era insuficiente; (iv) o acórdão recorrido foi proferido no termo de um processo irregular, uma vez que o TPI violou os seus direitos de defesa.

O TJCE anulou o acórdão do TPI⁴⁷ e julgou improcedente o recurso, adoptando uma lógica díspar da do TPI, e ignorando o sugerido pelo Advogado-Geral Léger. No essencial, considerou que as regras antidopagem caem no âmbito de aplicação das regras da UE no domínio da concorrência, mas que no caso concreto não infringiam o n.º 1 do artigo 81.º CE.

Conforme melhor se verá de seguida, o TJCE actuou com menos comedimento do que o esperado por parte de um tribunal não desportivo⁴⁸, ao apreciar a fundo uma matéria como a dopagem⁴⁹. E foi patente a sua vontade de “deixar marca”: perante o alegado erro de direito do TPI,

⁴⁶ § 44.

⁴⁷ Acórdão do TJCE de 18/07/2006, *David Meca-Medina e Igor Majcen c. Comissão*, C-519/04, Colect. 2006, p. I - 6991.

⁴⁸ Grégoire MANGEAT, “Anti-doping and competition law”, *European Law Reporter* 9/2006, p. 3.

⁴⁹ A este respeito, indiciando uma visão contrária, Miguel GORJÃO HENRIQUES considera que o TJCE “*não é nem quer ser*” um “*órgão de resolução de litígios desportivos*” – Cf. “O Tribunal de Justiça como instância de resolução de conflitos desportivos: a propósito do Caso Meca-Medina”, em *II Congresso de Direito do Desporto, Porto, Outubro de 2006, Memórias*, Coordenado por Ricardo COSTA e Nuno BARBOSA, Coimbra, Almedina, 2007, p. 132.

o TJCE invocou o artigo 61.º dos seus Estatutos para decidir sobre a substância do caso, ao invés de o devolver ao TPI, o que seria mais normal num caso de mero erro de abordagem metodológica⁵⁰.

A verdade é que este ímpeto “intervencionista” do TJCE resultou desde logo numa contradição insanável, na medida em que procurou inovar – através de uma profunda inflexão jurisprudencial; mas simultaneamente defendeu a jurisprudência que pretendeu inflectir. Senão vejamos.

No parágrafo 22 o TJCE, invocando toda a jurisprudência assente ao longo de três décadas afirmou que

*“[i]mporta recordar que, tendo presentes os objectivos da Comunidade, a prática de desportos só é abrangida pelo direito comunitário na medida em que constitua um actividade económica na acepção do artigo 2.º CE (...)”*⁵¹. (Sublinhado e negrito nossos)

Porém, apenas alguns parágrafos depois, concretamente no n.º 27, eis que o TJCE, de forma algo “elíptica”⁵², surgiu com uma inovação, envolta numa evidente contradição relativamente à jurisprudência tradicional:

“[t]endo em conta estas considerações, a simples circunstância de uma regra ter carácter puramente desportivo não exclui do âmbito de aplicação do tratado a pessoa que exerce uma actividade regulada por essa regra ou organismo que a instituiu”.

⁵⁰ Ademais, certamente que o TJCE não ignorava que as regras antidopagem da FINA obedeciam aos parâmetros da proporcionalidade fixados no Código Mundial Antidopagem, documento aprovado pela Agência Mundial Antidopagem, subscrito pelas organizações desportivas mundiais e incorporado no ordenamento jurídico dos Estados por via da Convenção Internacional da UNESCO contra a Dopagem no Desporto. Ainda a este respeito, lembre-se que, em Fevereiro de 2003, antes mesmo da primeira versão do Código Mundial Antidopagem, a compatibilidade das suas normas com o princípio da proporcionalidade fora objecto de um Parecer jurídico dos Professores Kaufmann-Kohler e Malinverni – cf. *Avis juridique sur la compatibilité de certaines dispositions du Projet du Code Mondial Antidopage avec les principes du Droit international Communément Acceptés*, p. 53.

⁵¹ É, de facto, o que resulta de toda a jurisprudência anterior (tornou-se mesmo um truísmo), designadamente dos acórdãos *Walrave* (§ 4), *Donà* (§ 12); *Bosman* (§ 73); *Lehtonen* (§ 32); *Deliège* (§ 41), *Meca Medina*, TPI (§ 37). Refira-se ainda o acórdão *Piau*, no qual, ao se definir a actividade dos agentes de jogadores, se frisou que a actividade económica é aquela que “*não releva da especificidade desportiva*” – cf. acórdão do TJCE de 26.01.2005, T-193/02, Colect. Colect. 2005, p. II-00209, § 73.

⁵² Cf. J. FAULL e A. NIKPAY, *The EC Law and Competition*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 186.

Quer isto significar que, para o TJCE, uma “regra puramente desportiva” – conceito que o TJCE não densificou⁵³ (o que, atenta a sua inovação até se revelaria como uma tarefa estulta)⁵⁴ – não se subtrai ao âmbito de aplicação do Direito (da Concorrência) da UE:

Assim sendo, quando uma regra for adoptada e implementada por uma federação ou pelo COI na sua qualidade de regulador e não de agente económico, tal regra, em qualquer circunstância, será sempre escrutinada pelo Direito da UE⁵⁵. O desporto não é, pois, especial “*per se*”⁵⁶.

Cabe perguntar: afinal, em que ficamos? As regras da UE sobre concorrência aplicam-se apenas e só a regras ou actividades de natureza económica ou em toda e qualquer circunstância, isto é, mesmo quando as regras e actividades sejam puramente desportivas, ou seja, desprovidas de dimensão económica?

Veja-se agora um outro parágrafo que suscita mais perplexidades:

*“Se a actividade desportiva em causa é abrangida pelo âmbito de aplicação do Tratado, as condições do seu exercício estão, como tal, sujeitas ao conjunto de obrigações que resultam das diferentes disposições do Tratado. (...)”*⁵⁷

Compete fazer nova pergunta: não terá o TJCE feito uma confusão entre aquilo que não entra no âmbito de aplicação das regras da UE sobre concorrência⁵⁸ e aquilo que infringe/restringe/viola essas regras?

⁵³ “Uma vez que o TJCE nada fez para definir o escopo de uma isenção com base no “interesse puramente desportivo”, o Direito Comunitário da Concorrência começou a trabalhar como um mecanismo de arbitragem institucional contra as organizações desportivas” - cf. HENK ERIK MEIER, “Emergence, Dynamics and Impact of European Sport Policy - Perspectives from Political Science”, em *EU, Sport, Law and Policy: Regulation, Re-regulation and Representation*, Coordenado por Simon GARDINER, Richard PARRISH e Robert SIEKMANN, The Hague, Cambridge University Press/TMC Asser Press, 2010, p. 31. (Tradução livre)

⁵⁴ Doravante, seguindo a lógica do TJCE, deixa de haver a eterna discussão sobre o que é desportivo e/ou comercial para se discutir o que é necessário ou inerente à *governance* das organizações desportivas.

⁵⁵ Em sentido contrário, cite-se, *inter alia*, O'DONOGUE & A. Jorge PADILLA: “[a] ctividades de interesse público geral não se limitam à autoridade pública, segurança pública e serviços de saúde. As actividades desportivas e culturais também podem sair do âmbito das actividades económicas e, conseqüentemente, escapar à aplicação do Direito Comunitário da Concorrência.” (Tradução livre) - cf. *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 27.

⁵⁶ Cf. Robert SIEKMANN, “Is Sport ‘Special’ in EU Law and Policy?”, em *The Future of Sports Law in the European Union: Beyond the EU Reform Treaty and the White Paper*, Ed. Roger BLAINPAIN, The Netherlands, Kluwer Law International, p. 45.

⁵⁷ § 28.

⁵⁸ Vale a pena aqui recordar as palavras de Carolina CUNHA, às quais nos associamos

Seja-nos ainda permitida uma terceira pergunta: face à lógica do TJCE em que situações admite que a actividade desportiva não caiba no âmbito de aplicação do Direito da UE?

Certamente se teria evitado esta situação se o TJCE tivesse, num primeiro momento, aferido da natureza da actividade levada a cabo pelo COI, na linha do que anunciou – sem, todavia, dar seguimento – no parágrafo 30 do seu acórdão. De facto, naquele parágrafo pode ler-se o seguinte:

“(…) caso o exercício dessa actividade deva ser apreciado à luz das disposições do Tratado relativas à concorrência, há que verificar se, tendo em conta as condições de aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE, as regras que regulam a referida actividade emanam de uma empresa, se esta restringe a concorrência ou abusa da sua posição dominante e se essa restrição ou esse abuso afectam o comércio entre Estados-Membros”.

A verdade é que o TJCE se eximiu da tarefa de analisar a natureza da actividade do COI. Também não se pronunciou sobre a posição da Comissão e do TPI sobre esta matéria. Assim, naturalmente, o TJCE ficou eximido de suportar dificuldades em sustentar a sua tese de que mesmo uma actividade não económica está sujeita ao Direito da Concorrência da UE. Um alívio, no fundo.

Sucedede, porém, que, a nosso ver, este “salto” do TJCE não deveria ter acontecido. Importa aqui enfatizar que a noção de “actividade económica” está relacionada com o escopo material ou sectorial de aplicação do Direito da Concorrência. Uma vez que os operadores se desdobram em múltiplas actividades, e nem todas encerram natureza económica, a definição das fronteiras é decisiva para a aplicação de regras substantivas

em pleno, que enquadrou as “regras puramente desportivas” como “situações não abrangidas pelo direito da concorrência”, ou seja, “situações que, não obstante o eventual efeito sobre a concorrência, permanecem fora do âmbito de aplicação do Tratado” – cf. “Desporto e Concorrência”, em *II Congresso de Direito do Desporto, Porto, Outubro de 2006, Memórias*, Coordenado por Ricardo COSTA e Nuno BARBOSA, Coimbra, Almedina, 2007, p. 177. Esta definição da autora foi publicada ainda antes do acórdão do TJCE, ancorada na jurisprudência anterior, desde logo o acórdão do TPI no âmbito do “Caso Meca-Medina”. Vale ainda a pena, reforçando a nossa tese de que houve inflexão jurisprudencial, atentar no título da conferência de imprensa do TJCE quando da prolação do seu acórdão no âmbito do “Caso Meca-Medina”: “The International Olympic Committee’s rules on doping control fall within the scope of Community competition law” (Sublinhado nosso) – cf. Press Release No. 65/06, 18 July 2006 – CJE/06/65. O âmbito de aplicação do Direito da UE ao desporto deixa, portanto, de se confinar a regras e actividades com dimensão económica.

como o são as normas da concorrência.⁵⁹

Assim, o TJCE deveria ter começado por analisar se a actividade regulamentar do COI era ou não económica. Depois, no caso de a resposta ser afirmativa, o TJCE partiria então para o passo seguinte que seria o de saber se a actividade económica em causa violava ou não o Direito da UE. Finalmente, competiria ao COI perguntar se a mesma actividade seria ou não justificada.

Esta tipologia de abordagem, assente em três passos, mais não é do que a decorrência da concepção funcional do conceito de empresa. Recorde-se, a este respeito, que, no âmbito do direito da concorrência, embora o Tratado não defina o conceito de empresa, o TJCE já deixou clara e reiteradamente claro que deve ser qualificada como empresa “qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento”⁶⁰. Ademais, o TJCE também já esclareceu que mesmo num caso em que haja oferta de bens ou de serviços e que essas ofertas não tenham fins lucrativos, nada obsta a que a entidade em causa seja considerada “empresa”, desde que as operações se realizem no mercado estejam em concorrência com operadores que prossigam fins lucrativos. Portanto, interessa o tipo de actividade desenvolvida, mais do que as características dos actores

Esta é, saliente-se, uma metodologia clara e objectiva, baseada numa jurisprudência constante, de décadas⁶¹, que permite traçar a necessária linha separadora entre a actividade que é coberta pelo Tratado daquela que o não é.

Ora, se tivesse sido seguida esta metodologia, seguramente se concluiria que o COI não estava a exercer uma actividade económica. Como é bom de ver, a adopção e aplicação da regulamentação antidopagem controvertida não consubstancia qualquer oferta de bens ou serviços num mercado nem tampouco poderia ser desenvolvida por qualquer empresa privada.

Certo é que o TJCE ultrapassou esta questão vital⁶² que é a de a definição de empresa ser um elemento “*ratio personae*” das normas da UE em matéria de concorrência, um “*elemento jurisdiccional*”⁶³ da aplicação das

⁵⁹ Cf. Wouter P.J. WILS, “The undertaking as subject of EC competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons”, *European Law Review*, 25, 2000, pp. 99-116.

⁶⁰ cf., *inter alia*, acórdãos de 23.04.1991, *Höfner e Elser*, C-41/90, Colect., p. I-1979, § 21 e de 16.03.2004, *AOK Bundesverband e o.*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, Colect., p. I-2493, § 46.

⁶¹ Cf. Erica AZYSZCZAK, “Is sport special?”, em *The regulation of sport in the European Union*, Coordenado por Barbara BOGUSZ, Adam CYGAN e Erika SZYSZCZAK, p. 16.

⁶² R. SUBIOTTO QC, qualifica-a de “*pré-condição essencial*”, *op. cit.*, p. 323 (tradução livre).

⁶³ Cf. Victoria LOURLI, “Undertaking” as a Jurisdictional Element for the Application of

regras da UE sobre concorrência a todo e qualquer sector de actividade. E ao querer ignorar esta questão, o TJCE abriu o flanco a interrogações como a que, legitimamente, Julien ZYLBERSTEIN coloca: “*Uma vez que as disposições do Tratado sobre concorrência apenas são aplicáveis a empresas, como pôde o TJCE, com sucesso, tê-las aplicado a uma entidade que actuava como regulador de uma competição desportiva?*”⁶⁴

Ao ter-se furtado a analisar funcionalmente a actividade do COI, o TJCE seguiu um caminho metodologicamente distinto: focalizou-se, outrossim, no carácter restritivo ou não da “*regra puramente desportiva*” para poder concluir da sua eventual proibição pelas regras da UE.

Refira-se, igualmente, que o TJCE, em contraponto com o TPI, dissociou as (infracções às) liberdades fundamentais das (infracções às) normas da concorrência:

“De igual modo, mesmo supondo que essas regras não constituam restrições à livre circulação, dado que dizem apenas respeito a questões de desporto e que, enquanto tais, são estranhas à actividade económica (acórdãos, já referidos, Walrave e Koch e Donà), essa circunstância não implica que a actividade desportiva em causa escape necessariamente ao âmbito de aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE, nem que essas regras não preencham as condições de aplicação desses artigos”.⁶⁵

Pelo que, na óptica do TJCE, andou mal o TPI, ao ter afastado, sem mais, as regras controvertidas do campo de aplicação do Direito da Concorrência da UE pelo simples facto de as mesmas serem “*puramente desportivas*”⁶⁶ (no contexto das regras relativas às liberdades fundamentais):

“Ora, no n.º 42 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância considerou que o facto de uma regulamentação puramente desportiva ser estranha à actividade económica, com a consequência de

EC Competition Rules”, em *Legal Issues of Economic Integration* 172, 2002, p. 144.

⁶⁴ Cf. “The Specificity of Sport: A Concept Under Threat”, em *The European Union: Beyond the EU Reform Treaty and the White Paper*, Coordenado por Roger BLAINPAIN, Holanda, Kluwer Law International, 2008, p. 103 (Tradução livre)

⁶⁵ § 31.

⁶⁶ Stephen WEATHERHIL mostra-se em clara sintonia com esta lógica do acórdão, que considera mesmo como uma “(...) esplêndida e vigorosa demonstração de como regras vitais para a conduta de uma competição desportiva não existem separadas, mas estão sim intimamente ligadas ao contexto económico do desporto moderno. E revela a prontidão do TJCE para reconhecer quer a natureza desportiva quer a económica de tais práticas e encontrar uma forma de as testar face à legislação comercial da UE” – cf. “The Influence of EU Law on Sports Governance”, em *EU, Sport, Law and Policy: Regulation, Re-regulation and Representation*, Coordenado por Simon GARDINER, Richard PARRISH, Robert SIEKMANN, The Hague, Cambridge University Press/TMC Asser Press, 2010, p. 79.

a referida regulamentação não ficar sob a alçada dos artigos 39.º CE e 49.º CE, também significa que é estranha às relações económicas de concorrência, o que conduz a também não integrar o âmbito de aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE.” (...) “O Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao entender que uma regulamentação podia assim ser afastada, sem mais, do âmbito de aplicação desses artigos, pelo simples motivo de ser considerada puramente desportiva à luz dos artigos 39.º CE e 49.º CE, sem necessidade de verificar preliminarmente se essa regulamentação preenchia as condições de aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE (...)”⁶⁷

Também em sentido diverso do acórdão do TPI, o TJCE estribou-se na jurisprudência *Wouters*⁶⁸, usando o que parece ser o teste

⁶⁷ § 32 e 33. Para Adam LEWIS e Jonathan TAYLOR, estes parágrafos resultam num “elemento de ambiguidade” – cf. *Sport: Law and Practice*, London, Tottel Publishing, 2010, p. 402 (Tradução livre). Ainda a propósito do parágrafo citado, levanta-se uma questão que foge ao âmbito deste trabalho, uma vez que escapa à questão concreta da aplicação das normas da concorrência, mas que deve suscitar o interesse de práticos e académicos: referimo-nos à questão de saber se resulta deste parágrafo que toda e qualquer regra ou actividade “puramente desportiva” em sede de liberdades fundamentais também estará sempre sujeita ao Direito da UE. Abre-se aí espaço para debater argumentos a favor ou contra a convergência entre liberdades fundamentais e concorrência, atentas desde logo as proximidades e disparidades quanto aos requisitos de aplicação de cada tipo de normas. Sem prejuízo de ulterior aprofundamento do tema, somos, pelo menos por ora, levados a concordar com a interpretação de Miguel GORJÃO HENRIQUES: “De uma leitura deste acórdão parece resultar, à primeira vista, que as regras antidopagem do COI, assumidas pela FINA, estão submetidas ao direito comunitário e, na medida em que restrinjam a livre prestação de serviços ou a livre circulação de trabalhadores, devem ser avaliadas à luz da sua conformidade com o direito comunitário. Contudo, não estamos tão certos que assim seja. Com efeito, o que no seu acórdão final o Tribunal de justiça verbera ao TPI é o facto de este considerar que uma regulamentação puramente desportiva (cujo seu objecto específico é desportivo – v. Despacho Piau, de 23.2.2006, citado) e como tal não é abrangida pelas disposições relativas à liberdade de circulação de trabalhadores e de serviços não estar sujeita ao direito da concorrência (v. considerando 32 e 33 do acórdão do Tribunal de Justiça).” – op. cit, p. 136.

⁶⁸ Relativamente à dicotómica visão do TPI e do TJCE quanto a este mesmo caso, Stephen WEATHERHILL toma claro partido pelo TJCE, reputando de “infeliz” a fórmula do interesse puramente desportivo que, no seu entendimento foi extinta com o acórdão do TJCE, qualificando como “judicialmente ortodoxa” a visão de que o desporto só se sujeita ao Direito da UE se e na medida em que constitua uma actividade económica. Para o autor, não se deve separar grupos de regras desportivas e regras económicas, o que existe são regras desportivas com implicações económicas sujeitas mas não necessariamente proibidas pelo Direito da Concorrência da UE. Considera ainda o autor que a “fórmula *Wouters*” constitui uma base mais satisfatória para compreender o tratamento, à luz do artigo 101.º TFUE, de regras desportivas com efeitos económicos, sendo de “extrema importância” para o futuro tratamento do desporto face ao Direito da Concorrência da UE, havendo nessa medida um espaço para a autonomia – ainda

da proporcionalidade, numa metodologia diferente da seguida designadamente no caso *Albany*, no qual o TJCE resolveu a questão através da exclusão da aplicação do Direito da UE⁶⁹.

Por esta via, o TJCE procurou equilibrar os objectivos de interesse público com as restrições da concorrência, conciliar o interesse público com os interesses da concorrência. A sua prioridade foi começar por investigar se os objectivos de interesse público eram ou não proporcionais à restrição da concorrência, na busca de equilibrar dois objectivos de política pública, se ter de optar por autorizar um objectivo que acabasse por excluir o outro.

A opção não recaiu, pois, em avaliar se a restrição era directamente relacionada com o legítimo (não restritivo) fim, mas, pelo contrário, aferir até que ponto a restrição era um meio útil, desejável ou efectivo para atingir o objectivo legítimo. Neste contexto, o TJCE não analisou se era, ou não, legítimo controlar a dopagem no desporto, mas sim se as regras em vigor para atingirem tal objectivo eram ou não proporcionais⁷⁰.

Foi então neste enquadramento que o TJCE conclui pela compatibilidade da regulamentação controvertida com o Direito da Concorrência da UE:

“Importa, em seguida, sublinhar que a compatibilidade de uma regulamentação com as regras comunitárias da concorrência não pode ser apreciada de forma abstracta (...) De facto, tendo em vista a aplicação desta disposição a um caso concreto, há que, antes de mais, atender ao

que condicional – do desporto – cf. “Is the pyramid compatible with EC Law?”, em *The International Sports Law Journal* 2005/3-4, p. 4. Ainda sobre o recurso à “formula Wouters” não podemos acompanhar Richard WISH quando este cataloga o COI de “criatura de direito internacional público”, factor que, no seu entendimento, pode explicar a vontade do TJCE em aplicar naquele caso o que chamou de “doutrina Wouters” – cf. *Competition Law*, Oxford University Press, Sixth Edition, p. 129. A verdade é que o COI não tem sequer personalidade jurídica internacional, confinando-se a uma pessoa colectiva de direito privado Suíço, como resulta do n.º 1 da Regra 15 da Carta Olímpica, que dispõe conforme segue: “[o] COI é uma organização internacional não governamental, sem fins lucrativos, de duração limitada, constituída sob a forma de associação dotada de personalidade jurídica, reconhecida pelo Conselho Federal Suíço nos termos do acordo assinado a 1 de Novembro de 2000.”

⁶⁹ António ROBALO CORDEIRO defende que a “fórmula Wouters” é “(...) uma importante “válvula de segurança” susceptível de permitir que a natureza do objectivo dessa mesma regulamentação a coloque ao abrigo da aplicação do dispositivo comunitário de defesa da concorrência” - *Crónica de Jurisprudência*, em *Desporto & Direito: revista Jurídica do Desporto*, 11, Ano IV – Janeiro/Abril 2007, p. 333

⁷⁰ Cf. Richard PARRISH, Borja GARCÍA GARCÍA, Samuli MIETTINEN, Robert SIEKMANN, *The Lisbon Treaty and EU Sports Policy: Study*, European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department Structural and Cohesion Policies B, September 2010, p. 25.

contexto global em que a decisão da associação de empresas em causa foi tomada ou produziu os seus efeitos e, particularmente, aos seus objectivos. Importa, em seguida, examinar se os efeitos restritivos da concorrência que daí decorrem são inerentes à prossecução dos referidos objectivos (acórdão Wouters e o., já referido, n.º 97) e se são proporcionados a esses objectivos.”; “No que respeita ao contexto global em que a regulamentação controvertida foi adoptada, a Comissão pôde considerar acertadamente que o objectivo geral dessa regulamentação visa, o que não é contestado por nenhuma das partes, combater a dopagem, tendo em vista um desenrolar leal da competição desportiva, e inclui a necessidade de assegurar a igualdade de oportunidades dos atletas, a sua saúde, a integridade e a objectividade da competição, bem como os valores éticos no desporto” (Sublinhado nosso)⁷¹

Compete ainda atentar na forma como o TJCE releva a necessidade da existência de sanções disciplinares no domínio da dopagem:

“Além disso, visto que são necessárias sanções para garantir a execução da proibição da dopagem, o seu efeito na liberdade de acção dos atletas deve ser considerado, em princípio, inerente às regras antidopagem.”; “De igual modo, mesmo supondo que a regulamentação controvertida deva ser considerada uma decisão de associação de empresas que limita a liberdade de acção dos recorrentes, ela não constitui, necessariamente, por esse motivo, uma restrição da concorrência incompatível com o mercado comum, na acepção do artigo 81.º CE, a partir do momento em que é justificada por um objectivo legítimo. Com efeito, tal limitação é inerente à organização e ao bom desenrolar da competição desportiva e visa, precisamente, assegurar uma sã rivalidade entre os atletas”.⁷² (Sublinhado nosso).

Em todo o caso, o TJCE deixou claro que a auto-regulação das organizações desportivas, designadamente em sede de dopagem, tem os seus limites⁷³ – Stephen WEATHERHILL invoca uma “*autonomia condicionada das federações desportivas*”⁷⁴ – devendo sempre, para lamento

⁷¹ § 42 e 43.

⁷² § 44 e 45.

⁷³ Simon THORP e Adam LEADERCRAMER referem que em razão do acórdão *Meca-Medina*, “as organizações desportivas não têm um direito a auto-regular-se sem peias” (Tradução livre) – cf. “Self-regulation of sport: arguments for and against”, *World Sports Law Report*, Volume 8, Issue 8, August 2010, p. 7.

⁷⁴ Cf. “Bosman Changed Everything: The Rise of EC Sports Law”, em *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*,

das federações desportivas⁷⁵, ser escrutinado o seu eventual carácter excessivo e inerente desproporcionalidade⁷⁶:

“(…) há que admitir que o carácter repressivo da regulamentação antidopagem controvertida e a importância das sanções aplicáveis em caso de violação desta são susceptíveis de produzir efeitos negativos na concorrência, uma vez que, caso essas sanções se revelem infundadas, podem levar à exclusão injustificada do atleta das competições e, como tal, falsear as condições do exercício da actividade em causa. Daí que, para escapar à proibição do artigo 81.º, n.º 1, CE, as restrições assim impostas por essa regulamentação devem limitar-se ao necessário para assegurar o bom desenrolar da competição desportiva (v., neste sentido, acórdão DLG, já referido, n.º 35)”; “Uma regulamentação desta natureza pode, com efeito, revelar-se excessiva (...)”⁷⁷. (Sublinhado nosso).

VII. A “AVENTURA” CONTINUA: OS “SINAIS” DA COMISSÃO E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA OU O INÍCIO DO FIM DO “CASO MECA-MEDINA”

Posteriormente ao acórdão do TJCE, a Comissão e o TJUE deram alguns “sinais” que interpretamos como podendo ser o início do fim do

Coordenação de Miguel POIARES MADURO e Loïc AZOULAI, Oxford and Portland, Oregon, 2010, p. 486.

⁷⁵ Face ao acórdão do TJCE, as federações desportivas internacionais vão ter de recorrer ao bom senso e inspirar-se no princípio da proporcionalidade, mesmo no caso das “*regras puramente desportivas*”, Cfr. Michele COLLUCI, “L’Autonomia e la specificità dello sport nell’Unione Europea: alla ricerca di norme sportive necessarie, proporzionali e di “buon senso”, em *Rivista di Diritto ed Economia dello Sport*, Vol. II, Fasc. 2, 2006, p. 32. Por exemplo: uma sanção disciplinar de descida de divisão ou o impedimento de um atleta trabalhar num clube ou participar numa competição desportiva podem não ser proporcionais, na acepção das regras da UE no domínio da concorrência. O contexto ora criado pelo TJCE é superiormente explicado por G. INFANTINO: o TJCE poderá vir a decidir casos como: (i) deliberações que reduzem o número de clubes de uma liga nacional (por exemplo, de 20 para 16) – saber até que ponto a restrição no número de clubes é limitada ao necessário para proteger a competição; (ii) sanções disciplinares; (iii) imposição de um número limite de jogadores por plantel. Por sua vez, para ZYLBERTIN, do acórdão *Meca Medina* decorre a sensação de que todas as medidas disciplinares desportivas poderão ser contestadas e subsequentemente será analisada a sua proporcionalidade por parte do TJCE, cf.

http://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/uefa/KeyTopics/480391_DOWNLOAD.pdf, pp. 7-8, acedido em 04.10.2010.

⁷⁶ É natural, portanto, que Jean-Loup CHAPPELET saliente que o acórdão reforçou o medo do associativismo desportivo de vir a perder autonomia – cf. *Autonomy of sport in Europe*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing Editions, 2010, p. 8.

⁷⁷ § 47 e 48.

“Caso *Meca-Medina*”, uma vez, ao contrário da lógica seguida pelo TJUE no acórdão de 2006, puseram em prática o entendimento do conceito de “empresa” como um elemento “*ratio personae*” das normas da UE em matéria de concorrência, um elemento funcional e jurisdicional da aplicação das regras da UE sobre concorrência em geral e ao desporto em particular. Com essa metodologia, volta a haver situações em que regras ou actividades puramente desportivas escapam à alçada do Direito da Concorrência da UE e regressa-se à evidência do carácter dual da actividade exercida por muitas entidades: se há ocasiões em que exercem uma actividade económica, e nessa medida devem ser configuradas como empresas sujeitas às normas *jus concurrencialis* da UE, outras há em sentido totalmente inverso.

A) Os “sinais” da Comissão Europeia

O Livro Branco sobre o Desporto

Entre muitas outras questões, o Livro Branco sobre o Desporto evidenciou, uma vez mais, as contradições da Comissão. Em todo o caso, o que mais releva é que, pese embora as contradições, no momento chave do documento para o tema que ora nos ocupa – o momento em que a Comissão descreve os passos a seguir na aplicação do Direito da Concorrência da UE ao desporto – aquela instituição obedece à lógica que defendemos e da qual o TJCE se afastara no Caso *Meca-Medina*: só se aplicam os artigos 101.º e 102.º TFUE uma vez previamente determinado que se está na presença de uma actividade económica.

Mas vamos por partes. Começemos pelas contradições da Comissão, que não deixamos de assinalar na medida em que entroncam no cerne deste trabalho e porque não se podem deixar de lamentar, uma vez que provêm da instituição da UE que é a suprema “guardiã dos Tratados”.

Ora a Comissão truncou o acórdão do TJCE e frisou, como que querendo fazer crer que a lógica global de ambos os arestos foi a mesma, que, no caso *Meca-Medina*, quer o TPI quer o TJCE “reiteraram que o desporto está sujeito ao Direito Comunitário na medida em que constitua uma actividade económica”...

Ademais, apetece dizer que a Comissão denunciou as suas pretensões quando, sob a capa de procurar reconhecer a “especificidade do desporto”, acabou por, ao tentar defini-la, distinguir o desporto de “*outras actividades económicas*”⁷⁸, isto é, considerando o desporto em si como sendo sempre expressão de uma actividade económica...

Mas como se não bastasse este facto, a Comissão caiu em contradição

⁷⁸ Ponto 2.1.5, sublinhado nosso.

com a sua própria posição: se é verdade que, por um lado, e na lógica do acórdão *Meca -Medina*, considerou que as "regras do jogo" devem estar sujeitas às regras da UE em matéria de concorrência - ainda que as não violem - verdade também é que, poucas linhas depois⁷⁹, numa escondida nota de rodapé, a Comissão emitiu a opinião de que algumas das "regras do jogo" fogem ao âmbito de aplicação do Direito da Concorrência da UE, isto quando ... não envolverem uma actividade económica...

Não se ficou, no entanto, por aqui, a Comissão nas suas contradições. No fito de sustentar a defesa da "análise caso a caso" suscitada pelo acórdão do TJCE, a Comissão, num primeiro momento, considerou "*não ser possível*" categorizar as regras desportivas e isentar as regras da concorrência da UE um conjunto de determinado tipo de regras⁸⁰ para pouco depois, num segundo momento⁸¹, já não considerar tal tarefa como uma impossibilidade mas apenas uma "*dificuldade*" (embora se esquivando a contornar tal dificuldade, escudando-se no casuísmo).⁸²

Assinaladas as contradições da Comissão, passemos ao essencial. No ponto 2.1.2, a Comissão, com vista ao teste de saber se uma regra relacionada com a organização do desporto adoptada por uma determinada associação desportiva infringe ou não o artigo 81.º e/ou o artigo 82.º CE, alegando ancorar-se no acórdão do TJCE, sugere um "teste" que assenta em três passos. E um passo surge como essencial: só se aplica o Direito da Concorrência da UE aos casos em que haja uma actividade económica. Por conseguinte, e ao contrário do decidido pelo

⁷⁹ Ponto 2.2. A este propósito, leia-se ainda a seguinte passagem de um dos documentos de acompanhamento do Livro Branco: "*Os seguintes tipos de regras constituem exemplos de regras organizativas desportivas - baseadas nos seus objectivos legítimos - que provavelmente não violam os Artigos 81.º CE e/ou 82 CE desde que as restrições contidas em tais regras sejam inerentes e proporcionais aos objectivos prosseguidos: 'Regras do jogo' (v.g. regras que fixam a duração dos jogos ou o número de jogadores em campo) (...)*" - cf. *Commission Staff Working Document - The EU and Sport: Background and Context Accompanig document to the WHITE PAPER ON SPORT { COM (2007) 391 final }*, 3.4. *Anti-Trust* (Tradução livre)

⁸⁰ Pontos 2.1.7 e 2.2.1.

⁸¹ Ponto 2.4.

⁸² Ainda no âmbito da questão do casuísmo, parecem-nos merecedoras de crítica duas outras questões. Em primeiro lugar, o facto de a Comissão ter afastado a possibilidade de isentar por categoria certo tipo de acordos, parecendo querer branquear o facto de existir, na realidade, tal possibilidade, uma vez que está habilitada a tal nos termos do Tratado - artigo 107.º, alínea e) TFUE, base jurídica essa que já lhe possibilitou adoptar diversos regulamentos de isenção por categoria em sectores como as pescas e os transportes, entre outros. Em segundo lugar, o facto de o casuísmo se traduzir num verdadeiro "tapete vermelho" para a eternização das dificuldades e contradições assinaladas no presente estudo, cuja multiplicação, atenta a também já referida descentralização do Direito da Concorrência da UE, se adivinha como inevitável...sempre ao arrepio das ansiadas certeza e segurança jurídicas.

TJCE, parece ser de concluir que uma situação puramente desportiva não terá como destino a sujeição ao crivo do Direito da Concorrência da UE.

Mas vejamos, para memória futura, o “mapa metodológico” proposto pela Comissão, chamando-se a atenção para o que consta em sublinhado e negrito:

“Primeiro Passo: a regra desportiva preenche as condições do artigo 81.º, n.º 1 e do artigo 82.º CE?

1. A associação desportiva que adoptou a regra pode ser considerada uma “empresa” ou uma “associação de empresas”?

a. A associação desportiva é uma “empresa” na medida em que prossegue uma “actividade económica” (v.g. venda de direitos de transmissão televisiva)

*b. A associação desportiva é uma “associação de empresas” se os seus membros prosseguirem uma actividade económica. A este respeito, tornar-se-á relevante a questão de saber até que ponto a modalidade na qual os membros (em regra clubes/equipas ou atletas) são activos pode ser considerada uma actividade económica e até que ponto os membros exercem uma actividade económica. **Na ausência de uma “actividade económica”, os artigos 81.º e 82.º CE não se aplicam.***

2. A regra em questão restringe a concorrência, na acepção do artigo 81.º, n.º 1 CE ou constitui um abuso de posição dominante ao abrigo do artigo 82.º CE?

3. O comércio intracomunitário é afectado?

Segundo Passo: A regra desportiva não cabe no âmbito dos artigos 81.º, n.º 1 e 82.º CE, em aplicação dos princípios estabelecidos no acórdão Wouters tendo em conta

a. O contexto global no qual a regra foi adoptada ou produz os seus efeitos e objectivos;

b. O facto de as restrições em causa serem inerentes à prossecução dos objectivos e

c. O facto de a regra ser proporcional ao objectivo prosseguido.

Terceiro Passo: A regra preenche as condições do n.º 3 do artigo 81.º e ou é objectivamente justificável ao abrigo do artigo 82.º CE?” (Sublinhado e negrito nossos; tradução livre)

O Caso COMP/39 471

Trata-se de decisão adoptada pela Comissão, nos termos do n.º 2

do artigo 7.º do Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, num caso que opôs um jogador Profissional de Ténis à AMA (Agência Mundial Antidopagem), ao ATP Tour Inc., e ao CIAS (Conselho Internacional de Arbitragem em matéria de Desporto).

Tal como no Livro Branco sobre o Desporto, neste caso a Comissão não só não ignorou o acórdão *Meca – Medina*, como, pelo contrário o referenciou bastas vezes, parecendo nele se sustentar. A verdade é que, também neste caso, se constata que, na prática, é corrigido o erro fulcral cometido pelo TJCE no “Caso *Meca - Medina*”: o “saltar” sobre a qualificação jurídica das actividades desenvolvidas pelas partes em questão. E porque desta feita esse salto não foi feito, houve duas situações em que a Comissão exclui determinadas actividades do escopo do Direito da Concorrência da UE. Curiosamente, de entre as actividades em causa constou a regulamentação antidopagem...

Citam-se, de seguida, os parágrafos que reputamos de mais relevantes:

“Os artigos 81.º e 82.º do Tratado aplicam-se às empresas. O desporto releva do direito comunitário na medida em que constitua uma empresa”⁸³

(...)

“Tal como a Comissão precisou na sua carta de 16 de Julho de 2008, nem a AMA nem o CIAS organizam competições desportivas que gerem actividades económicas e não exploram direitos a estas ligadas. A actividade do CIAS consiste nomeadamente em supervisionar a administração e o financiamento do TAS [Tribunal Arbitral do Desporto], que, por seu turno, resolve os litígios em matéria disciplinar no quadro das modalidades desportivas olímpicas. O papel do TAS é comparável ao de um tribunal. Toma decisões arbitrais que têm geralmente a mesma força que os julgamentos de jurisdições de direito comum. O exercício destas actividades de julgamento, tal como de administração e financiamento destas actividades pelo COI, não podem ser considerados como constituindo uma actividade económica. A actividade da AMA consiste em adoptar regras antidopagem, a assegurar a supervisão e o combate da dopagem à escala mundial. As actividades da AMA são comparáveis às de um legislador e de uma autoridade de supervisão (de “polícia do desporto”) e é então pouco provável que possam ser consideradas como actividades económicas. Por conseguinte, parece difícil qualificar o CIAS (ou o TAS) ou a AMA como empresas ou associações de empresas na

⁸³ § 19.

*acepção dos artigos 81.º e/ou 82.º do Tratado CE*⁸⁴ (Sublinhado nosso).

Estamos, pois, em fase de uma lógica inversa à do TJCE, no Caso *Meca-Medina*. Há, de facto, normas antidopagem que escapam ao âmbito de aplicação do Direito da UE e há actividades que o COI e outras entidades desempenham que, de igual modo, escapam ao referido âmbito de aplicação, uma vez que não configuram actividades económicas.

B) Os “sinais” do Tribunal de Justiça da União Europeia

O acórdão MOTOE⁸⁵, também incidente em matéria de desporto, nomeadamente no desporto motorizado⁸⁶, foi mais um recente “sinal” dado no sentido do reconhecimento da necessidade de, para efeitos de aferição da eventual aplicação ao desporto do Direito da Concorrência da UE, distinguir as diferentes actividades levadas a cabo por uma mesma entidade. Ainda que novamente sem “beliscar” expressamente o “salto em falso” dado no acórdão do TJCE no “Caso *Meca-Medina*” – o que aqui mais se compreende, porque não deixa de ser o mesmo Tribunal a julgar ... - a verdade é que o TJCE vem agora alertar para a necessidade de se proceder ao exercício que naquele caso anunciara mas afinal não fizera: o de separar aquilo que tem natureza económica daquilo que não a tem:

*“(...) a circunstância de uma entidade dispor, para o exercício de uma parte das suas actividades, de prerrogativas de autoridade pública não impede, por si só, que seja qualificada de empresa na acepção do direito comunitário em relação ao resto das suas actividades económicas (acórdão de 24 de Outubro de 2002, *Aéroports de Paris/Comissão*, C-82/01 P, Colect., p. I-9297, n.º 74). Com efeito, a qualificação de actividade abrangida pelo exercício das prerrogativas de autoridade pública ou de*

⁸⁴ § 23.

⁸⁵ Acórdão do TJCE de 01.07. 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, C-49/07, Colect. 2008, p. I-4863.

⁸⁶ Estavam em causa questões prejudiciais. O órgão jurisdicional de reenvio perguntou, no essencial, por um lado, se uma pessoa colectiva, associação sem fins lucrativos, como a ELPA que representa na Grécia a Federação Internacional de Motocilismo - era abrangida pelo âmbito de aplicação dos (então) artigos 82.º CE e 86.º CE, uma vez que as suas actividades consistiam não só em participar nas decisões administrativas que autorizam a organização de competições de motociclos mas também em organizar ela própria tais competições e em celebrar nesse âmbito contratos de patrocínio, de publicidade e de seguro. De igual modo, o Tribunal *a quo* quis saber da validade de uma norma, como a prevista no artigo 49.º do Código da Estrada grego, na medida em que confere a tal associação o poder de emitir um parecer favorável sobre pedidos de autorização apresentados com vista à organização dessas competições, sem que esse poder esteja sujeito a limites, obrigações ou controlo.

actividade económica deve ser feita separadamente para cada actividade exercida por uma dada entidade. (...) No caso em apreço, há que distinguir a participação de uma pessoa colectiva como o ELPA no processo decisório das autoridades públicas das actividades económicas exercidas por essa mesma pessoa colectiva, como a organização e a exploração comercial das competições de motociclismo. Daí decorre que o poder dessa pessoa colectiva emitir parecer favorável sobre os pedidos de autorização apresentados para a organização destas competições não obsta a que seja considerada empresa na acepção do direito comunitário da concorrência relativamente às referidas actividades económicas” (Sublinhado nosso)⁸⁷

VIII. “CENAS DO PRÓXIMO CAPÍTULO”?

Pelas razões sobrevistas, nenhuma dúvida parece existir quanto ao facto de o “Caso Meca-Medina” evidenciar que ainda não se alcançou, minimamente, uma linha de argumentação e de decisão coerente, quer entre instituições e tribunais da UE, quer no seio de cada qual, sem esquecer o papel que sempre têm os Advogados-Gerais. A ideia que fica – pensamos ser difícil sustentar o contrário – é a de uma aplicação ao desporto do Direito da Concorrência da UE pautada por alguma improvisação, sem um quadro jurídico assente de suporte.

Na verdade, resulta como claro que não existe uma solução inequivocamente estabelecida, séria e consistente, quanto à existência de uma forma objectiva de apurar as razões e a metodologia da aplicação do Direito da Concorrência da UE ao desporto ou, pelo menos, torna-se evidente que as tentativas já feitas não lograram fornecer um quadro de certeza e segurança jurídicas.

Impera o casuísmo, logo soluções divergentes e inconsistentes, ao arrepio da uniformidade do Direito da UE. Necessariamente esse grau incipiente de consistência coloca escolhos e óbices de interpretação e aplicação das pertinentes normas do Tratado – sejam as normas em matéria da concorrência seja a norma relativa ao desporto, que reconhece as respectivas “especificidades”.

O cenário só mudará uma vez definidos os parâmetros de como, quando e em que termos se deve aplicar o Direito da Concorrência da UE ao

⁸⁷ Idêntica metodologia fora seguida pela Advogada-Geral Kokott, nas suas conclusões apresentadas a 06.03.2008: *Uma associação como o ELPA presta serviços de dois tipos: por um lado, organiza competições de motociclismo na Grécia, com o auxílio de uma comissão que criou expressamente para esse efeito, a ETHEAM (25). Por outro, segundo informa o órgão jurisdicional de reenvio, o ELPA comercializa essas competições através da celebração ou mediação de contratos de patrocínio, publicidade e de seguro.* (Sublinhado nosso) – cf. Colect. 2008, p. I – 4863.

desporto. Como dissemos de início, tentaremos, num outro contexto, dar o nosso modesto contributo para a referida parametrização. Para já, este nosso breve e focalizado estudo conduz-nos a uma profunda apreensão quanto ao *status quo*. Em todo o caso, os últimos desenvolvimentos quer em sede de *soft law* e prática decisória da Comissão quer ao nível da jurisprudência do TJUE parecem, de alguma maneira, indiciar o princípio do fim da "aventura" em torno do "Caso Meca-Medina" o que, por si só, a nosso ver, já é um bom ponto de partida.