

Novas formas de acesso à justiça no Direito Comunitário da concorrência

Augusto Jaeger Junior¹

Sumário: 1. A importância do TJCE e das cortes dos Estados-membros. 2. As reformas no direito comunitário da concorrência. 3. A descentralização com as reformas e o acesso à Justiça. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo: Este artigo tem por objetivo apresentar algumas das reformas por que passou o direito comunitário da concorrência e as novas formas de acesso à justiça que foram criadas com ela. As reformas, como será visto, foram baseadas em processos de descentralização da aplicação das regras do ramo do direito em pauta, o que tornou envolvidas as cortes nacionais dos Estados-membros. Com isso, os cidadãos passaram a poder invocar o direito comunitário nas suas cortes nacionais, o que aumentou em muito as possibilidades de acesso à justiça dos mesmos. Para a demonstração dessas modificações e dos avanços no exercício da cidadania, o artigo apresenta-se dividido em três partes. A primeira demonstra a fundamental importância do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias na interpretação e aplicação dos Tratados e o recente ingresso das cortes nacionais dos Estados-membros no rol dos órgãos aptos a receberem as inconformidades dos cidadãos ao não-cumprimento do direito da concorrência assegurado pelos tratados constitutivos das Comunidades Européias. A segunda parte apresenta as reformas por que passou o direito comunitário da concorrência que, como já dito, foram fundadas em processos de descentralização, cuja conseqüência foi o envolvimento de cortes nacionais na aplicação do direito comunitário. Por fim, a terceira parte explicita que essa descentralização da aplicação das regras e o conseqüente maior envolvimento das cortes nacionais representam novas formas de acesso à justiça aos cidadãos comunitários.

Palavras-chave: Direito comunitário, concorrência, acesso à justiça

Abstract: This article aims to present some of the reforms that passed the Community competition law and new forms of access to justice that were created with it. The reforms, as will be seen, were based on decentralization processes the application of the rules of the branch of the law in question, which has involved the national courts of the Member States. With this, people can come to rely on Community law in their national courts, which increased in the very possibilities of access to justice for them. For a demonstration of these changes and advances in the exercise of citizenship, the article presents itself divided into three parts. The first shows the fundamental importance of the Court of Justice of European Communities in

¹ Doutor em Direito do Mercosul e da União Européia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor da graduação e da pós-graduação na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, *campus* de Santo Ângelo, em que desenvolve a linha de pesquisa Cidadania e novas formas de solução de conflitos, e professor convidado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, na disciplina de Direito Comunitário da Concorrência. Ultimamente vem se dedicando aos estudos sobre a União Européia e sobre o Mercosul, tendo publicado artigos em jornais e revistas e ministrado palestras em Congressos e eventos, atividade de pesquisa de que são resultantes os livros “Liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul”, “Mercosul e a livre circulação de pessoas” e “Temas de direito da integração e comunitário”, lançados pela Editora LTr, de São Paulo. O autor agradece a Carl Friedrich Nordmeier a informação jurisprudencial trazida a este artigo.

the interpretation and application of treaties and the recent entrance of the courts national of the Member States in the list of bodies able to receive non-conformities of citizens to non-enforcement of competition law provided by treated constituent of the European Communities. The second part presents the reforms by now Community competition law that, as I said, were founded in decentralization processes, which result was the involvement of national courts in the application of Community law. Finally, the third part explains that decentralization of the implementation of the rules and consequent greater involvement of national courts represent new forms of access to justice for citizens.

Key-words: Community law, competition, access to justice

1. A importância do TJCE e das cortes dos Estados-membros

A criação da Comunidade Européia fez nascer um direito novo, autônomo, chamado de comunitário, que goza de primazia e por tal é supremo na sua relação com o direito nacional. Esse ordenamento necessita ser uniformemente compreendido por todos os Estados-membros. Para tanto, uma jurisdição especializada foi encarregada de ser a última instância para determinar a correta interpretação e aplicação do Tratado, tendo se tornado base da edificação do direito comunitário. Essa jurisdição é o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE).

Ele desempenha o controle, na condição de guardião da interpretação e aplicação, tanto dos Tratados constitutivos quanto do direito derivado. Assim, o artigo 220 TCE, da regulamentação que se prolonga até o artigo 245, estipula a condição do Tribunal como garantidor do respeito do direito na interpretação e aplicação do ordenamento. Com suas decisões, “vai estruturando o *corpus* do direito comunitário europeu”², aplicável, entre outros, aos Estados-membros e aos particulares. Faz ser respeitado o conjunto normativo compreendido no direito comunitário, até mesmo no que tange à aplicação interpretativa uniforme por parte das jurisdições nacionais.

Seu papel é tão importante³ que não se limitou a interpretar e aplicar as disposições do direito comunitário, vindo a definir e impor um conjunto de princípios fundamentais, que, na visão de CAMPOS, “permitiram edificar uma verdadeira ordem jurídica comum aos Estados da Comunidade”⁴, criando mesmo um certo federalismo jurídico europeu. Ainda para o autor, algumas das decisões deste órgão com sede

² CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade européia e seu ordenamento jurídico*, p. 119.

³ O papel do Tribunal é ressaltado na doutrina em STOFFEL VALLOTTON, N. El Tribunal de Justicia como órgano de impulso de la Unión Europea. In: PÉREZ GONZÁLES, Manuel *et alli*. *Desafíos del Mercosur*, p. 25-42 e em TOTH, A. G. *The Authority of Judgments of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects*, p. 1-77.

⁴ CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário*, p. 300, v. 1.

em Luxemburgo têm força executória nos territórios dos Estados-membros. Como jurisdição constitucional, garante o integral respeito das regras dos Tratados de Paris e Roma, bem como na condição de responsável pela interpretação e aplicação uniformes do direito comunitário assegura a unidade do *corpus juris* comunitário⁵.

A sua jurisprudência é fonte do direito comunitário⁶ e é ela quem garante a uniformidade desse direito e da vigência e aplicação. O órgão, em si, tem competência tão ampla que chega ao ponto de abranger todos os domínios onde a intervenção dos tribunais de qualquer Estado-membro possa afetar, de qualquer modo, o funcionamento da Comunidade.

Em verdade, desde a fase inicial da integração é sentida a importância do Tribunal, especialmente pela imposição às jurisdições nacionais dos princípios da primazia, da aplicabilidade direta e pela uniformidade de interpretação e apreciação da validade das normas. Com isso, ele exerceu uma notável influência no processo, tendo inclusive contribuído para o equilíbrio no plano institucional quanto às relações entre o Conselho, a Comissão e o Parlamento Europeu⁷. Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal contribuiu fundamentalmente para a concretização jurídica dos institutos do direito comunitário⁸.

Uma específica importância de um tribunal supranacional pode ser sentida na rica e abundante jurisprudência em matéria de direito da concorrência⁹. Pelo

⁵ *Idem*, p. 307.

⁶ Sobre a importância do TJCE e o papel de uma jurisprudência europeia criadora na elaboração e interpretação de um direito novo, *sui generis*, ver FRADERA, Véra Maria Jacob de. A Jurisprudência Europeia como orientadora do novo Direito. In: RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto (Org.). *Mercosur: Unión Europea*, p. 383-396.

⁷ SANTOS, Nildo Nery dos. Direito Comunitário – 45 anos. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (Coord.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional: O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional*, p. 94.

⁸ Ver esta contribuição em FRADERA, V. M. J. de. Op. cit., p. 383-396; em RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. Die Bedeutung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für die Errichtung des Binnenmarktes. In: SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). *Unverfälschter Wettbewerb für Arzneimittel im europäischen Binnenmarkt*, p. 9-21 e em LENZ, C. O. *Abschiedsrede*, p. 103-105.

⁹ SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, p. 100. Mais sobre o papel da jurisprudência nas questões de direito da concorrência pode ser visto em WAELBROECK, Michel; FRIGNANI, Aldo. *Derecho Europeo de la competencia*, p. 520-521; PAPPALARDO, Aurelio. Der Europäische Gerichtshof auf der Suche nach einem Kriterium für die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf staatliche Maßnahmen. In: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). *Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag*, p. 303-314; BÖRNER, Bodo. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften zur Bedeutung der allgemeinen Ziele der Europäischen Verträge für den Wettbewerb. In: *MISCELLANEA W. J. Ganshof van der Meersch*, p. 29-56 e em EVERLING, Ulrich. *Zur Wettbewerbskonzeption in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, p. 995-1009.

trabalho da jurisprudência, ao examinar e decidir acerca dos casos concretos que lhe são apresentados, o direito comunitário passou a tomar formas claras e definidas. Para tanto, basta referir que a doutrina dos efeitos, o critério do investidor privado e a teoria de que a mera potencialidade da afetação é suficiente para a existência de infração são todas construções jurisprudenciais de grande relevância para o direito comunitário da concorrência. Vê-se, ainda, que a sua jurisprudência produziu um importante grupo de sentenças dedicado à definição da noção comunitária de empresa¹⁰. Ademais, elaborou uma rigorosa e corajosa¹¹ jurisprudência que limitou a capacidade dos Estados-membros de adotarem medidas protecionistas contra as liberdades fundamentais. E tudo isso sem ter a Comunidade adotado o sistema da *common law*¹².

Quem também desempenhou um relevante papel foram as cortes nacionais¹³. Além das autoridades locais de concorrência, as cortes nacionais empregam diretamente as normas de defesa da concorrência, para citar o tema aqui mormente trabalhado. A execução das regras está limitada àquelas regras com aplicabilidade direta, como os artigos 81 e 82, assim como os artigos 86, n. 1, e 88, n. 3 TCE.

Essas cortes tiveram uma importante função na aplicação das regras da concorrência, seja pela descentralização da aplicação ou pela aplicação das leis nacionais de concorrência, que na maioria dos Estados se parece próxima à da Comunidade¹⁴. Em decorrência disso, é possível visualizar desde já a importância da descentralização da aplicação das regras da concorrência como instrumento de uma maior participação das instâncias nacionais, o que gera maiores possibilidades de acesso à justiça aos cidadãos comunitários. Às instâncias nacionais, com as reformas no direito da concorrência, foi dada uma posição ainda mais importante na aplicação descentralizada desse importante ramo do direito comunitário.

¹⁰ CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*, p. xxi-xxii.

¹¹ WEILER, J. H. H. *The transformation of Europe*, p. 2457.

¹² CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*, p. 19-20 e 80.

¹³ Ver mais em ZULEEG, Manfred. *Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration*, p. 1-8 e em MORTELMANS, Kamiel. *The common market, the internal market and the single market, what's in a market?*, p. 126-128. Sobre o papel, a descentralização e a responsabilidade dos tribunais nacionais e sobre o juiz nacional como juiz comunitário ver RUIZ-JARABO COLOMER, Damaso. *El juez nacional como juez comunitario*, p. 51-202.

¹⁴ MORTELMANS, K. Op. cit., p. 127.

2. As reformas no direito comunitário da concorrência

O presente tópico dedica-se à apresentação das reformas ocorridas no direito comunitário da concorrência. Elas trouxeram uma maior aplicabilidade direta às regras e um maior comprometimento das instâncias nacionais, já que fundadas em princípios de descentralização de aplicação.

O Tratado assenta as regras materiais para o funcionamento da livre concorrência aplicáveis às empresas, as quais proibem acordos ou práticas que possam afetar o comércio entre os Estados-membros, bem como os abusos de posição dominante, regras estas aplicáveis tanto às empresas privadas como às públicas, para que envolvam os monopólios do Estado. A aplicação dessas regras é determinada por normas processuais. Essas, regulamentadas pelo direito secundário, foram ao longo do tempo profundamente alteradas. Presentemente, se está perante o conhecimento e o amadurecimento da maior de todas as reformas nesse âmbito, advinda com o Regulamento n. 1/2003, que substituiu o Regulamento n. 17/62. O estudo deve-se por justamente terem trazido para o ordenamento uma mais forte descentralização da aplicação das regras.

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

Além das normas da concorrência se direcionarem às empresas, elas são dirigidas aos Estados-membros. Uma terceira reforma ocorreu nas regras materiais e processuais aplicáveis a eles. Em princípio, as disposições comunitárias proibem todas as atuações que possam afetar negativamente a concorrência. As ajudas, dentre estas, constituindo-se transferências específicas do setor público para as empresas, sem que estas ofereçam contra-partida, alteram, sobremaneira o comportamento do mercado e implicam custos extremados ao orçamento público, prejudicando a coletividade. Por tudo isso, são tidas como as mais nefastas.

As reformas estão fundadas sobremaneira em descentralização e tentativas de promover uma maior participação de instâncias nacionais, como autoridades de concorrência e tribunais. Para tanto, foi promovida a troca do sistema. No caso da Comunidade, o novo regime de isenção legal significa que a norma da derrogação da proibição de uma prática anticoncorrencial pode ser aplicada não somente pela Comissão, mas também pelos tribunais e autoridades nacionais, aumentando as formas de acesso à justiça, como aqui se quer indicar. Vale referir que a opção por uma descentralização é efetivada com a determinação de aplicabilidade direta a mais regras.

2.1. A reforma nas regras processuais aplicáveis às empresas

Entre as reformas no direito comunitário da concorrência, a maior foi a vinda com o Regulamento n. 1/2003, relativa às regras processuais aplicáveis às empresas. Elas trouxeram aplicabilidade direta a mais dispositivos e um maior comprometimento das instâncias nacionais, já que fundadas em princípios de descentralização.

A reforma nas regras processuais aplicáveis às empresas promoveu uma completa troca de sistemas, no caso o de reserva de autorização pelo de isenção legal. O Regulamento n. 17/62 havia sido o primeiro regulamento de execução. Ele estabeleceu um sistema de notificação centralizado e a exclusiva competência da Comissão para a declaração de inaplicabilidade do artigo 81, n. 1 TCE, em função do n. 3 do mesmo artigo. Para tanto, a Comissão dispunha de decisões para casos singulares, quando o comportamento era incompatível, mas tinha aspectos positivos e preenchia as condições legais do n. 3 do artigo 81 TCE, de regulamentos de isenção por categorias, de certificados negativos, quando o acordo não apresentasse infração e fosse compatível com o Tratado, e de *comfort letters*, que, embora não apresentassem segurança jurídica, eram usadas em 90 por cento dos casos, de forma indiscriminada.

Com o tempo, esse sistema começou a apresentar limitações. As *comfort letters* eram caracterizadas por uma precariedade jurídica, o sistema limitava a Comissão no seu desejo de se concentrar nos processos importantes e o monopólio detido afastava as instâncias nacionais de uma melhor e mais participativa colaboração na aplicação do direito. Posteriormente, a Comissão criou alternativas para contornar os problemas. As isenções por categorias já eram entendidas como alternativas para a diminuição do encargo de trabalho da Comissão, devido à avalanche de notificações que o sistema ensejava. O debate sobre reforma necessitou ser estimulado.

Numerosos motivos foram apontados como ensejadores da reforma. Como exemplos, o aumento de comunicações de acordos que a chegada do mercado interno promoveu, a indisponibilidade de recursos materiais e pessoais necessários para a garantia do sistema, a impossibilidade de concentrar-se nos casos mais difíceis, o fato de o Regulamento n. 17/62 ser antigo e nunca ter sido reformado, a pequena participação das autoridades e tribunais nacionais, o que limitava o acesso à justiça, o fato das medidas que haviam sido tomadas terem atacado parcialmente os problemas e o de a Comissão não mais conseguir solucionar os pedidos com decisões e nem mesmo avaliar os casos dentro dos prazos previstos.

Seguindo na lista de motivos, dizia-se que o Regulamento n. 17/62 era um dos mais antigos em vigor na Comunidade. Nunca havia sido nitidamente

modificado. O centralizador sistema de notificação e autorização não mais garantia uma condizente proteção da concorrência. Tratava-se de um sistema não mais adaptado à realidade vivida pela Comunidade. A razão principal era que a Comunidade não tinha mais os recursos suficientes para exercer o monopólio de aplicação do artigo 81, n. 3, especialmente por estar sendo vítima de um número exorbitante de notificações. Apresentava-se, pois, ineficiente¹⁵. A eficiência dessa proteção, reforçando, também era afetada pela pequena participação das autoridades e tribunais nacionais¹⁶. Muitas legislações nacionais não tinham competência para aplicar as normas do Tratado¹⁷. O monopólio da Comissão na concessão de isenções impedia uma mais correspondente participação dessas instâncias. Uma descentralização, ao contrário, poderia auxiliar no engajamento das mesmas e incrementar as formas de acesso à justiça.

As opções para a reforma envolviam intervenções mais fortes dos tribunais nacionais, execução do artigo 81, n. 1, através dos Estados-membros, isenções segundo o artigo 81, n. 3, a cargo também dos Estados-membros e a criação de uma autoridade europeia para os casos de execução das regras da concorrência. Dois modelos receberam as atenções, quais sejam a eliminação do monopólio da Comissão na concessão de isenções e autorização também das autoridades dos Estados-membros a emitir decisões de isenção de caráter constitutivo e a aplicabilidade direta do artigo 81, n. 3, pelos tribunais e autoridades nacionais, este fundado num sistema de isenções legais, o que não permitia a eles tomarem decisões

¹⁵ Em todos os tempos, apenas nove notificações se tornaram decisões de proibição. SCHAUB, Alexander; DOHMS, Rüdiger. *Das Weibbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag: die Reform der Verordnung Nr. 17*, p. 1055 e BARTOSCH, Andreas. *Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine 'neue Verordnung Nr. 17'*, p. 105, nota de rodapé n. 45.

¹⁶ Sobre o déficit da participação dos Estados-membros no processo, vale referir os estudos da Association Européenne des Avocat, com sede em Bruxelas, realizados com base em pesquisa de campo junto a advogados de todos os Estados-membros, e contabilizados por ZINSMEISTER. O referido estudo tratava do significado de uma aplicação descentralizada do direito da concorrência. A primeira constatação foi que até 1999 quase a metade dos Estados-membros, nos quais as autoridades podiam aplicar os artigos 81 e 82 TCE, isso não acontecia. Tal déficit de participação estava relacionado com o monopólio da Comissão. Em segundo lugar, foi visto que nas autoridades onde o Tratado encontrava aplicação, esta era, na grande maioria das vezes, feita em paralelo com o direito nacional. Ainda, nos Estados-membros que tinham direito material da concorrência igual ao comunitário, entendiam as autoridades que não havia necessidade de aplicar este último. Os casos mais importantes tratados pelas autoridades nacionais com aplicações paralelas e com excepcionais aplicações exclusivas do direito comunitário podem ser vistos em ZINSMEISTER, Ute. *Die dezentrale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts durch die nationalen Kartellbehörden in der Praxis*, p. 116-117.

¹⁷ PASSOS, Fernando. *O sistema de concorrência na União Europeia: modelo para o Mercosul?*, p. 26.

de isenção. Ele, expresso no Livro Branco da Comissão para a modernização das disposições de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE, envolveria a troca do regulamento que vigia e a do sistema por ele regulado. Uma efetiva proposta da Comissão para um novo regulamento surgiu em 2000 e passou a concentrar as atenções da doutrina.

Posicionamentos contrários argumentaram que o sistema proposto traria insegurança jurídica para as empresas, em razão da exclusão de todos os seus direitos de requerimento, aplicação não-homogênea das regras da concorrência, promoveria a retirada da presunção de nulidade dos acordos, enfraquecimento da Comissão, favorecimento de protecionismos nacionais, perigo de falta de coerência com a aplicação descentralizada e que as instâncias nacionais eram despreparadas para o trato com casos complexos. Ademais, a reforma seria incompatível com o Tratado e não ensejava eficácia na proteção da concorrência.

Os posicionamentos favoráveis contra-argumentaram que o Regulamento n. 17/62 era antigo, que era possível um novo sistema ser fundado no direito secundário, que ele traria um reforço ao então nível de proteção da concorrência, que a segurança jurídica das empresas seria sustentada na prática decisória das instâncias na aplicação das regras, que a Comissão tinha o propósito de diminuir o risco de divergências com uma série de instrumentos, que a proposta continha princípios e mecanismos para a solução de conflitos, como uma intensa troca de informações entre os envolvidos, e que a Comissão tinha a disposição de intervir como *amicus curiae* nos processos. As vantagens seriam vistas na liberação das empresas das custosas e burocráticas exigências de notificações e comunicações e da demora e incerteza dos processos. Sobretudo, o novo sistema permitiria à Comissão concentrar-se nos casos problemáticos, uma participação das instâncias nacionais nos processos e o estabelecimento de uma rede de colaboração.

A reforma ocorreu e os princípios e pilares do atual sistema são descentralização, aplicabilidade direta, cooperação, maior poder de investigação da Comissão, concentração da atuação em violações relevantes, aumento da participação das instâncias nacionais, supressão do sistema de notificação e autorização, transferência às empresas da tarefa de averiguar se no comportamento pretendido não incidem as proibições do artigo 81, n. 1, ou se o acordo apresenta os requisitos do artigo 81, n. 3 TCE, e deslocamento dos direitos nacionais.

As contribuições trazidas com a reforma foram a extensão da aplicabilidade direta a mais normas do direito da concorrência, a maior participação e engajamento das instâncias nacionais na manutenção do mercado interno e a descentralização ocorrida na Comunidade. A transferência de competências aos Estados-membros, a perda de competências exclusivas pela Comissão, o fato de que mais normas da tutela da liberdade de concorrência terão efeito direto, como averiguado com a extensão da aplicabilidade direta advinda com a reforma, significou

para elas poderem ser aplicadas pelos Estados-membros e invocadas por particulares, que passam a poder exercer os seus direitos de forma mais abrangente. As autoridades nacionais agora devem decidir sobre o que lhes é apresentado. A isso é dada relevância nesse artigo: as reformas oportunizaram um maior acesso à justiça e um maior exercício de cidadania.

SCHAUB e DOHMS também vêem a inclusão dos tribunais civis nacionais na aplicação do direito comunitário como uma vantagem¹⁸. A aplicabilidade direta permite que os próprios tribunais e de forma imediata possam decidir sobre a execução do acordo e também sobre prováveis indenizações. O juiz é auxiliado nesse trabalho de interpretação por vários mecanismos, tais como as publicações da Comissão, a possibilidade sempre existente de promover questionamentos de natureza técnica e jurídica à Comissão e, por fim, a possibilidade da decisão prejudicial do artigo 234 TCE pelo Tribunal.

2.2. A reforma no controle das concentrações de empresas

A reforma no controle das concentrações de empresas, efetuado pelo Regulamento n. 139/2004, atualizou, unificou, reformulou e substituiu os regulamentos n. 4064/89/CEE e n. 1310/97/CE. A realização do mercado interno, a entrada em circulação do euro e o alargamento de 2004 continuavam a conduzir as empresas a reestruturações. Impunha-se um instrumento único que permitisse um controle eficaz às concentrações. A regra editada garante uma clareza na aplicação das normas, o que facilita o acesso à justiça por parte dos cidadãos e empresas prejudicados.

Com efeito, o artigo 1º. do Regulamento 139/2004 determina que ele é aplicável a todas as concentrações de dimensão comunitária. A previsão de um limiar quantitativo eliminou o problema da aplicação paralela, pois o atingimento dele promove a divisão de competências. Os valores aplicados desde 1989 não foram alterados com a reforma. O que ocorreu foi a criação de um segundo critério para abranger mais concentrações. De fato, o Regulamento n. 1310/97 atribuiu uma dimensão comunitária a concentrações que não superavam os patamares de faturamento previstos no Regulamento n. 4064/89 e mantidos agora. A previsão da cláusula alemã, que permite a transferência de processos da Comissão para uma autoridade nacional, foi apontada como uma relativização da sua competência exclusiva. Assim, já em 1989 era vislumbrada uma descentralização, oriunda da pressão que Estados que possuíam legislação própria fizeram, para permitir, em determinados casos, a aplicação do seu direito. Em regra, sempre que uma

¹⁸ SCHAUB, A.; DOHMS, R. *Op. cit.*, p. 1063.

concentração tenha dimensão comunitária, o direito dos Estados-membros não encontra aplicação.

2.3. A reforma nas regras materiais e processuais aplicáveis aos Estados-membros

A última reforma dedicou-se às regras materiais e processuais aplicáveis aos Estados-membros, que descentralizou a aplicação das normas referentes às ajudas públicas. Mesmo neste âmbito, de efeitos potencialmente mais nefastos, a Comunidade deu passos na dispensa de suas competências exclusivas.

Com efeito, a concessão de ajudas promove na concorrência e na consecução do mercado comum efeitos nefastos, motivo pelo qual foi proibida no ordenamento comunitário, já no direito primário. Ela e o controle das ajudas se tornaram mais importantes com a entrada em vigor do mercado comum. Na exata medida em que as barreiras nacionais eram removidas, com as quais podiam contar, os Estados criavam barreiras indiretas de proteção artificial e concediam ajudas às suas empresas e parques industriais. Elas foram utilizadas pelos Estados-membros como instrumento e último recurso para a manutenção dos mercados nacionais. Ambas as práticas e a própria participação dos Estados no capital das empresas necessitaram ter seu controle reforçado.

As regras processuais aplicáveis às ajudas públicas encontram-se no artigo 88 TCE. Um detalhamento delas veio com o Regulamento n. 659/99 do Conselho. Este documento determinou um preciso caminho a ser seguido, o que tornou a fiscalização mais transparente e forneceu uma melhor segurança, eficiência e clareza no trato da concessão de ajudas públicas. Até então a aplicação das regras processuais somente era entendida a partir da prática da Comissão e das decisões do Tribunal. Uma pequena parte das normas processuais detinha aplicabilidade direta. Na questão, já era observada uma participação dos tribunais nacionais e o aumento dos recursos de terceiros prejudicados. Vale recordar que a participação mais efetiva das instâncias nacionais também era um dos objetivos da reforma das regras processuais aplicáveis às empresas. Novas previsões de descentralização vieram posteriormente, o que muito contribuiu para o incremento do acesso à justiça.

A novidade é que o regulamento citado define os critérios de autorização para a concessão de auxílios, isto é, regula a dispensa do até então centralizador e abrangente controle da Comissão. A descentralização da aplicação das normas é, também no caso das ajudas, o principal incremento trazido pelas reformas.

O conjunto das reformas vistas traduz o desejo da Comissão em ter uma maior cooperação das autoridades nacionais da concorrência e dos tribunais nacionais, na busca de um certo grau de descentralização na aplicação das normas.

Isso também pode ser interpretado como o reforço do papel das instituições nacionais nessa tarefa.

3. A descentralização com as reformas e o acesso à justiça

Um conhecimento mais profundo desse novo sistema descentralizado, que apresenta tantas inovações, vem na seqüência com a apresentação dos seus princípios e pilares.

A doutrina costuma apresentar o novo sistema através de uma sistematização por pilares ou princípios. COUMES e BROCHE identificam três pilares, já mencionados, quais sejam descentralização, cooperação e acréscimo do poder de investigação da Comissão. O pilar que aqui interessa, da descentralização, é composto por elementos como aplicabilidade direta do artigo 81, n. 3, supressão do sistema de notificação e reforço da aplicação do direito comunitário. Assim, a aplicabilidade aceleraria o trato de processos, já que os dois ordenamentos jurídicos são aplicados pela mesma instância. A supressão da notificação significa que acordos que cumpram os requisitos do artigo 81, n. 3, são válidos *ab initio*, motivo pelo qual as empresas não precisam mais recorrer a tal mecanismo. Desaparecem, dessa forma, as suposições de nulidade dos acordos. A necessidade de notificação de acordos à Comissão caiu completamente. O reconhecimento da validade *ab initio* reforça a proteção de empresas contra o risco de ações de nulidade ou de responsabilidade civil¹⁹. Contudo, não é de se esquecer que a supressão da notificação tem por efeito o aumento da responsabilidade da empresa, pois a análise de compatibilidade da estratégia industrial e comercial escolhida com o Tratado é de sua responsabilidade²⁰. Disso espera-se que decorrerá uma maior consciência e uma maior cultura de concorrência. O reforço da aplicação do direito comunitário é a conseqüência da exclusão dos direitos nacionais, conforme o artigo 3º. do Regulamento. A aplicação deles poderia levar a divergências e comprometer a idéia de descentralização²¹.

¹⁹ COUMES, Jean-Michel; BROCHE, Jérôme. *La proposition de réforme du droit communautaire de la concurrence: le principe et les conséquences*, p. 547.

²⁰ A decisão reside agora na empresa e nos seus conselheiros (*Prinzip der Selbsteinschätzung*). O pressuposto é que a aplicabilidade direta do artigo 81, n. 3, a execução descentralizada das normas em tribunais e autoridades nacionais e Comissão e o efeito desalojador fático dos artigos 81 e 82 perante direitos nacionais, advindos agora com o novo Regulamento, representam novas exigências às empresas, autoridades e tribunais nacionais. DERINGER, Arved. *Stellungnahme zum Weibbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag (Art. 81 und 82 EG)*, p. 8.

²¹ COUMES, J.-M.; BROCHE, J. *Op. cit.*, p. 547-548.

Dentro do que foi visto, a questão mais mencionada como fundamento da reforma é a busca de uma participação e engajamento das instâncias nacionais nos objetivos do processo de integração. Uma descentralização da aplicação das regras, pois, que incrementaria as formas de acesso à justiça. Com a reforma, a Comissão tentou solucionar o problema da inatividade que certas autoridades apresentavam e que gerava um déficit de acesso à justiça por parte dos cidadãos. Ante um processo cuja decisão pudesse gerar choque com a norma comunitária, a autoridade nacional podia postergar a sua solução²². Agora as autoridades devem decidir sobre o que lhes é apresentado.

Em verdade, o que se observou foi que desde o início do processo de descentralização da aplicação das regras da concorrência houve um enorme fortalecimento das autoridades nacionais. Com efeito, essas reformas geraram um incremento da participação das instâncias nacionais. Alguns processos de controle, com a dispensa das notificações, passaram a ser exercidos por mais órgãos, como os tribunais nacionais. Estes devem averiguar se os requisitos dos regulamentos de isenção por categorias são cumpridos, por exemplo, e decidir a compatibilidade com o mercado comum. É a diminuição da centralização da aplicação das regras pela Comissão. Agora todos devem cuidar para que os requisitos legais sejam cumpridos. Os concorrentes, em especial, dispõem de duas instâncias para dirigirem suas queixas, caso entendam que as condições para a concessão de um auxílio não foram satisfeitas e que isso os prejudique. O exercício da cidadania se manifesta de forma melhor, pois o acesso à justiça é mais descentralizado.

Considerações finais

O que este artigo objetivou apresentar foi que as reformas no direito comunitário da concorrência trouxeram uma considerável descentralização²³ e com isso uma maior aplicabilidade direta às regras, o que teve como consequência um comprometimento das instâncias nacionais, em função do relaxamento do monopólio da Comissão. Esse comprometimento permite, por sua vez, um incremento no acesso à justiça e um maior exercício de cidadania por parte dos cidadãos e das empresas lesados pelo não-cumprimento das disposições dos tratados fundacionais e do direito secundário das Comunidades Europeias. O cidadão comum prejudicado, por exemplo, pode hoje invocar as violações ao direito comunitário, mesmo ao derivado, e ainda ao da concorrência, nas cortes nacionais, que muitas vezes se localiza na esquina da própria casa.

²² VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François. *Droit de la concurrence de la Communauté Économique Européenne*, p. 116.

²³ SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 77.

De fato, assim decidiu o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, em Acórdão da Terceira Seção para os processos apensos de números C-295/04 a C-298/04, em 13 de julho de 2006, portanto, bem recentemente. E decidiu mais: especialmente nos parágrafos 31, 39, 44, 47, 58 a 64 e 72 do Acórdão, afirma o Tribunal reiteradamente também que “Na falta de regulamentação comunitária na matéria, compete à ordem jurídica interna de cada Estado-membro regular as modalidades do exercício deste direito (...)” e que “(...) cabe à ordem jurídica interna de cada Estado-membro designar os órgãos jurisdicionais competentes para conhecer das ações de indenização baseadas na violação das regras comunitárias da concorrência e fixar as modalidades processuais dessas ações (...)”. Isto é, além de garantir o direito, as ordens nacionais têm de garantir aos cidadãos os meios para a realização da pretensão perante os seus tribunais.

Referências

- BARTOSCH, Andreas. Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine ‘neue Verordnung Nr. 17’. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 4, feb. 2001. p. 101-107. ISSN: 0937-7204.
- BÖRNER, Bodo. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften zur Bedeutung der allgemeinen Ziele der Europäischen Verträge für den Wettbewerb. In: *MISCELLANEA W. J. Ganshof van der Meersch*. Bruxelles: Émile Bruylant, 1972. t. 2. p. 29-56.
- CAMPOS, João Mota de. *Direito comunitário*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. 845 p. v. 1. ISBN: 972-31-0523-3.
- CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994. 648 p.
- CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di diritto commerciale comunitario*. Torino: G. Giappichelli, 2002. 355 p. ISBN: 88-348-2223-4.
- CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no direito internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 252 p. ISBN: 85-7348-111-0.
- COUMES, Jean-Michel; BROCHE, Jérôme. La proposition de réforme du droit communautaire de la concurrence: le principe et les conséquences. *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*. Paris: Éd. Techniques et Économiques, n. 451, sep. 2001. p. 546- 552.

DERINGER, Arved. Stellungnahme zum Weibbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag (Art. 81 und 82 EG). *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 11. Jahrgang, Heft 1, jan. 2000. p. 5-11. ISSN: 0937-7204.

EVERLING, Ulrich. Zur Wettbewerbskonzeption in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. *Wirtschaft und Wettbewerb*. Düsseldorf: Handelsblatt, 40. Jahrgang, Heft 12, dez. 1990. p. 995-1009.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A Jurisprudência Européia como orientadora do novo Direito. In: RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto (Org.). *Mercosur: Unión Europea*. Assunção: Intercontinental, 2001. p. 383-396. ISBN: 99925-59-30-6.

MORTELMANS, Kamiel. The common market, the internal market and the single market, what's in a market? *Common Market Law Review*. The Hague: Kluwer Law International, v. 35, 1998. p. 101-136. ISSN: 0165-0750.

LENZ, C. O. Abschiedsrede. *Europarecht*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 33. Jahrgang, Heft 1, jan./fev. 1998. p. 103-105. ISSN: 0531-2485.

PAPPALARDO, Aurelio. Der Europäische Gerichtshof auf der Suche nach einem Kriterium für die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf staatliche Maßnahmen. In: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; MÖLLER, Hans; SCHWARZ, Hans-Peter (Hrsg.). *Eine Ordnungspolitik für Europa: Festschrift für Hans von der Groeben zu seinem 80. Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. p. 303-314. ISBN: 3-7890-1383-6.

PASSOS, Fernando. O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 8, n. 32, jul./set. 2000. p. 19-48. ISSN: 1518-272X.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos. Die Bedeutung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für die Errichtung des Binnenmarktes. In: SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.). *Unverfälschter Wettbewerb für Arzneimittel im europäischen Binnenmarkt*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. p. 9-21. ISBN: 3-7890-5472-0.

RUIZ-JARABO COLOMER, Damaso. *El juez nacional como juez comunitario*. Madrid: Civitas, 1993. 202 p. ISBN: 84-7842-090-8.

SANTOS, Nildo Nery dos. Direito Comunitário – 45 anos. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo (Coord.). *Direito comunitário e jurisdição supranacional: O papel do juiz no processo de integração regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 91-96. ISBN: 85-7453-082-4.

SCHAUB, Alexander; DOHMS, Rüdiger. Das Weibbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag: die Reform der Verordnung Nr. 17. *Wirtschaft und Wettbewerb*. Düsseldorf: Handelsblatt, 49. Jahrgang, Heft 11, nov. 1999. p. 1055-1070.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*. São Paulo: LTr, 1998. 317 p. ISBN: 85-7322-402-9.

SINNAEVE, Adinda. Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 3, feb. 2001. p. 69-77. ISSN: 0937-7204.

STOFFEL VALLOTTON, Nicole. El Tribunal de Justicia como órgano de impulso de la Unión Europea. In: PÉREZ GONZÁLES, Manuel *et alli*. *Desafíos del Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997. p. 25-42. ISBN: 987-507-011-4.

TOTH, A. G. The Authority of Judgments of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects. *Yearbook of European Law*. Oxford: Oxford University Press, n. 4, 1984. p. 1-77. ISSN: 0226-7223.

VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François. *Droit de la concurrence de la Communauté Économique Européenne*. Bruxelles: Bruylant, 1990. 1284 p. ISBN: 2-8027-0513-X.

WAELBROECK, Michel; FRIGNANI, Aldo. *Derecho Europeo de la competencia*. Barcelona: Bosch, 1998. 719 p. v. 4. t. 1. ISBN: 84-7676-515-0.

WEILER, J. H. H. The transformation of Europe. *The Yale Law Journal*. New Haven: Yale Law Journal Co., v. 100, n. 8, mai. 1991. p. 2403-2483. ISSN: 0044-0094.

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

ZULEEG, Manfred. Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration. *Juristen Zeitung*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 49. Jahrgang, Heft 1, jan. 1994. p. 1-8. ISSN: 0022-6882.

