

DOCTRINAS

NOVIDADES NA REGULAMENTAÇÃO
DAS AJUDAS PÚBLICAS NO
DIREITO COMUNITÁRIO DA
CONCORRÊNCIA

NOVIDADES NA REGULAMENTAÇÃO DAS AJUDAS PÚBLICAS NO DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA¹

1. Rápida introdução ao Direito Comunitário da Concorrência aplicável às empresas. **1.1.** Concorrência em ambientes comunitários. **1.2.** Relação entre concorrência e mercado comum. **1.3.** Regras materiais aplicáveis às empresas. **1.4.** Regras processuais aplicáveis às empresas. **1.5.** Regras aplicáveis ao controle de concentrações de empresas. **1.6.** Órgãos encarregados da aplicação do direito comunitário da concorrência. **2.** Regulamentação das ajudas públicas no Direito Comunitário da Concorrência. **2.1.** Nexa entre auxílios públicos e concretização do mercado comum. **2.2.** Regras materiais aplicáveis aos Estados-membros. **2.3.** Regras processuais aplicáveis aos Estados-membros. **2.4.** Reformas dirigidas à modernização e descentralização das regras. **2.5.** Primeiros regulamentos de isenção por categorias. **3.** Novo Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas (Regulamento n. 800/2008, da Comissão, de 6 de agosto de 2008). **3.1.** Princípios fundamentais e estrutura do RGIC. **3.2.** Parte geral do RGIC (artigos 1º a 12). **3.3.** Parte especial do RGIC (artigos 13 a 42). **3.4.** Disposições transitórias, adequações nacionais e perspectivas. **4.** Considerações finais. **5.** Referências bibliográficas.

Augusto Jaeger Junior

Doutor em Direito Comunitário da Concorrência pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação da Profa. Dra. Cláudia Lima Marques. Professor Adjunto 2 da Faculdade de Direito da UFRGS, em Porto Alegre, Brasil, onde leciona as disciplinas de Direito Internacional da Concorrência e Direito Comunitário da Concorrência. Autor dos livros "Liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul" e "Direito Internacional da Concorrência", lançados pelas Editoras LTr e Juruá, em 2006 e 2008, respectivamente, entre outros.

mail: augusto.jaeger@ufrgs.br

Carl Friedrich Nordmeier

*autor em Direito Internacional Privado sob a orientação do prof. Dr. Dr. h.c. mult. Erik Jayme. assistente no Instituto de Direito Estrangeiro, Direito Internacional Privado e Direito Econômico Internacional da Universidade de Heidelberg, Alemanha. Autor do livro *Zulässigkeit der Bindungswirkung gemeinschaftlicher Abkommen im Internationalen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechte der deutschsprachigen Länder*, lançado pela editora Mohr Siebek, em 2008. Realizou estadia de pesquisa na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 2004, sob a orientação da Profa. Dra. Cláudia Lima Marques.*

mail: c.f.nordmeier@gmail.com

RESUMO

Este artigo versa sobre as ajudas públicas no direito comunitário da concorrência e sobre o surgimento do novo Regulamento n. 800/2008, da Comissão, de 6 de agosto de 2008, que declara certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos 87 e 88 do Tratado da Comunidade Européia (Regulamento Geral de Isenção por Categorias). Nele são abordadas temáticas como a continuada atuação da Comissão em melhorar as regras com o estabelecimento de princípios e precisão de critérios, o esforço

¹ Artigo escrito como um dos resultados da investigação desenvolvida por ocasião da obtenção de uma bolsa de estudos da Fundación Carolina, com sede em Madrid, Espanha, para a realização de investigação acadêmica e de outras atividades junto à Universidad Carlos III de Madrid, no período de 6 de dezembro de 2008 a 1º de março de 2009. Os autores agradecem vivamente ao acadêmico de Direito na UFRGS, Bruno Bastos Becker, bolsista da Fapergs, com atuação no Grupo de Pesquisa CNPq/UFRGS Direito Internacional da Concorrência, pelo auxílio na elaboração desse artigo.

da dispensa da obrigação de notificação da concessão de ajudas públicas e o encorajamento de Estados-membros a reverem e redirecionarem as ajudas existentes. Ademais, sobre a nova regra, aprofunda-se em retratar a atual busca pela compatibilidade das ajudas existentes com ela e a adaptação dos esquemas antigos às novas condições impostas pelo Regulamento.

ABSTRACT

This article purports to examine public aids in EC competition law in light of the adoption of Commission Regulation No 800/2008 of 6 August 2008 (declaring certain categories of aid compatible with the common market in application of Articles 87 and 88 of the Treaty - the General Block Exemption Regulation). To this end, the article addresses issues such as the continued action on the part of the Commission to improve existing rules by formulating principles and defining criteria; current efforts to obtain exemption from the notification obligation in the awarding of public aid; and the encouragement for member states to revise and redirect existing aids. Moreover, the article aims at portraying the current search for compatibility between the new rules and the existing aids as well as the adaptation of previous aid schemes to the new conditions imposed by the Regulation.

Palavras-chave: Direito comunitário da concorrência; ajudas públicas; regulamentos de isenção por categorias; Regulamento n. 800/2008, da Comissão, de 6 de agosto de 2008.

1. Rápida introdução ao Direito Comunitário da Concorrência aplicável às empresas

A Comunidade Européia não possui uma longa tradição em direito concorrencial. Por óbvio, já que ela não existe desde muito tempo. Juntamente com a criação da hoje denominada Comunidade Européia, pelo Tratado da Comunidade Européia (TCE), em 1957, foram estabelecidos os atuais artigos 81 a 89 TCE. Eles constituem as regras substantivas do direito comunitário da concorrência. Observa-se que desde o primeiro dia da sua existência ficou claro o papel importante e central do direito da concorrência².

2 EHLERMANN, Claus-Dieter. The contribution of EC competition policy to the single market, p. 257-282; CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne. EU Law: text, cases and materials, p. 936-937 e DE LEÓN, Ignacio. The role of competition policy in the promotion of competitiveness and development in Latin America, p. 57-71.

Naqueles dispositivos, o Tratado assenta as regras materiais para o funcionamento da livre concorrência aplicáveis às empresas, as quais proíbem acordos ou práticas que possam afetar o comércio entre os Estados-membros, bem como os abusos de posição dominante, regras essas aplicáveis tanto às empresas privadas como às públicas, para que envolvam os monopólios do Estado.

A Comunidade Européia foi influenciada pela descartelização realizada na Alemanha do pós-guerra, que objetivava prevenir um renascimento da maquinaria de guerra³. O resultado foi a inclusão de dois artigos sobre a proibição a acordos que restringissem a concorrência e a abusos de posição dominante no Tratado para a Comunidade Econômica do Carvão e do Aço, de 1951. Posteriormente, estes vieram a ser a base dos artigos sobre o tema inseridos no Tratado da Comunidade Européia e no primeiro Regulamento de controle de concentrações de empresas, de 1989. A idéia básica era a de que o esforço dos Estados-membros em desmantelar barreiras tarifárias e não-tarifárias para promover a integração dos mercados e a consecução de um mercado comum não deveria ser atacado com o restabelecimento dessas barreiras por acordos privados e outros abusos.

Durante as tratativas da assinatura do Tratado de Maastricht, por exemplo, em nenhum momento se colocou em dúvida a necessidade da manutenção de uma política de defesa da concorrência em nível comunitário. Até porque a Comunidade Européia deixaria de existir “no momento em que a política norteadora facilitasse o desrespeito às normas protetoras do direito de concorrência entre as empresas do Mercado Comum Europeu”⁴. O mesmo se repetiu em 2007 por ocasião da assinatura do Tratado de Lisboa.

1.1. Concorrência em ambientes comunitários

Encontra-se na doutrina uma divisão dos objetivos da concorrência entre gerais e integracionistas. Segundo CUNHA, “Os primeiros podem estar presentes em qualquer lei de defesa da competição e os segundos somente existem em processo de integração econômica, funcionando como instrumento auxiliar da união”⁵. Em um processo de integração a legislação de concorrência

3 BELLAMY, Christopher. Some reflections on competition law in the global market, p. 16 e CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; GOÑI URRIZA, Natividad. El control de las concentraciones de empresas en Europa, p. 41-42.

4 COIMBRA, Guilermína Lavoz. A política de defesa do direito de concorrência – a política brasileira, o Mercosul e a globalização da economia. In: PROENÇA, Alencar Mello; BIOCCA, Stella Maris. *La integración hacia el siglo XXI*, p. 444.

5 CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, p. 24.

possui o fim especial de instrumento formador do espaço único, ou, noutras palavras, do mercado comum. A lei que a isso serve diferencia-se das leis nacionais, uma vez que as manifestações tidas em ambientes comunitários são diferentes. Aquelas são restritas em seu âmbito de aplicação e não são, de todo modo, aptas a cumprir um papel integracionista. A legislação comunitária persegue, marcadamente, o segundo objetivo.

1.2. Relação entre concorrência e mercado comum

O papel da concorrência para o mercado comum é algo incontestável. Isto é apontado por vários doutrinadores. Para HAKENBERG, a política da concorrência é uma das mais importantes. O objetivo do Tratado da Comunidade Européia era um mercado livre no território comum dos Estados-membros, sem que estes próprios viessem a influenciar a relação de mercado existente. Era o tal liberalismo sem dirigismo estatal⁶. Não somente o dirigismo estatal poderia promover limitações ao comércio transfronteiriço, mas o liberalismo também. Assim, comerciantes poderiam se valer dessa situação e limitarem-se entre si.

Para von der GROEBEN, “O bom resultado de uma política de concorrência européia era de significado decisivo para a formação e funcionamento do mercado comum; ela era o núcleo e o motor do desenvolvimento econômico interno”⁷. Tratava-se de uma matéria particular, pois era uma das que mais apresentava diferenças nos ordenamentos nacionais. Esta característica fez com que a introdução e execução das regras da concorrência no mercado comum exigisse dificultoso trabalho. É possível dizer que se tratava de matéria pouco compatível para se tornar direito comunitário, mas a sua imprescindibilidade para a formação do mercado comum não permitiu sua dispensa.

Um dos objetivos do Tratado é a criação e manutenção de um mercado comum, caracterizado pela presença de liberdades econômicas fundamentais. Para este objetivo, a manifestação plena da liberdade de concorrência, tutelada pela normativa da concorrência, assume um papel central⁸. As liberdades de mercado, nas quais está sustentado o mercado comum, seriam sem efeito se não houvesse uma liberdade de concorrência regulada. Com efeito, o artigo 3º., n. 1, letra g TCE implica um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum.

⁶ HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 131.

⁷ von der GROEBEN, Hans. Die Rolle der Wettbewerbspolitik für die Entstehung des Gemeinsamen Marktes. In: HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg). *40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag*, p. 171.

⁸ CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*, p. xxii.

As prioridades da concorrência neste mercado comum são: controle estrito de auxílios públicos; abertura de mercados até então fechados à concorrência; o controle de fusões; a execução das regras de proibição sobre cartéis e empresas detentoras de posição dominante; a liberação de acordos que sejam compatíveis com os princípios da concorrência e a criação de condições de concorrência nos mercados de terceiros países importantes à Comunidade Européia⁹.

Muitos aspectos do direito comunitário da concorrência já foram tratados em outros locais. Vale referir as considerações escritas sobre os critérios de mercado relevante e investidor privado¹⁰, sobre as regras processuais¹¹, sobre o controle das concentrações de empresas¹² e sobre as ajudas públicas comunitárias¹³. Significativa doutrina nacional também tem se dedicado a trabalhar essas questões, pelo que se dispensa de repeti-las aqui nesse estudo¹⁴. O prosseguimento do mesmo é dedicado às linhas mais gerais, apenas para que o leitor não perca a seqüência do tema específico das ajudas públicas, a seguir.

1.3. Regras materiais aplicáveis às empresas

O capítulo do Tratado da Comunidade Européia referente à concorrência contém o que pode ser chamado de conjunto de regras que visam organizar e disciplinar a concorrência no espaço comunitário, constituindo-se no núcleo da regulamentação comunitária na matéria¹⁵.

Entre os vários prováveis campos de tratamento do direito da concorrência¹⁶, o direito comunitário está centrado em áreas bem definidas, tais como os cartéis, os abusos de posição dominante, as fusões e as aquisições de empresas e o papel dos governos. Suas disposições tratam de um verdadeiro conjunto de regras que visam organizar e disciplinar a concorrência no espaço comunitário. Algumas dessas regras vinculam diretamente as empresas privadas,

⁹ EHLERMANN, Claus-Dieter. *Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt*, p. 794-796.

¹⁰ JAEGER JUNIOR, Augusto. Os critérios de mercado relevante e investidor privado no Direito Comunitário da Concorrência. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org.). *Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI*, p. 187-191.

¹¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 311-392.

¹² JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 392-434.

¹³ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 434-495.

¹⁴ Ver o tema, na literatura nacional, também em CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, 366 p.; SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, 317 p. e em CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, 368 p.

¹⁵ CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade européia e seu ordenamento jurídico*, p. 425.

¹⁶ Listados em HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 132.

outras são dirigidas às empresas públicas e aos Estados-membros da Comunidade.

Outros, como a concorrência desleal e o direito de patentes são ou foram objeto de regras de harmonização, já que também desempenham um papel no processo de integração, especialmente pela forte relação com o direito comunitário, cujo ponto de contato é a liberdade de circulação de bens¹⁷. Estão também abrangidas pelo direito comunitário da concorrência regras referentes à fiscalização das limitações exercidas por empresas e monopólios públicos e ajudas públicas à concorrência no mercado comum.

Assim, é possível referir que o controle da manutenção da concorrência se desenvolve em duas linhas principais: controle das práticas e dos acordos entre empresas que deturpem a concorrência (regras destinadas às empresas) e disciplina dos recursos públicos (regras destinadas aos Estados-membros). Vale lembrar que a regra da concorrência não está voltada apenas à proteção da concorrência, mas também à proteção do consumidor, para que este possa se beneficiar de uma concorrência saudável.

Na perspectiva comunitária, o direito da concorrência se desenvolveu durante as últimas décadas¹⁸. A Comunidade foi fundada com a idéia de que o bom funcionamento do mercado constituía a melhor organização possível das trocas¹⁹. Depois foram surgindo normas que visavam manter a liberdade e o funcionamento da concorrência. Assim, nos primeiros anos da existência da Comunidade, grandes avanços foram sentidos. A competência das tarefas foi confiada a uma direção geral com quatro direções. A segurança para que o mercado funcione em regime de concorrência cabe, em primeiro lugar, à Comissão Europeia. Em 1962 foi editado o Regulamento n. 17, sobre a aplicação das normas de proibição de cartéis e uso abusivo do poder de mercado. Na seqüência, a política das ajudas públicas teve seus princípios definidos pela Comissão, que também demonstrou, em grande lista de casos, as regras pelas quais os Estados-membros deveriam se orientar. Houve, então, o desenvolvimento de inúmeros princípios. Neste trabalho foi fundamental o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, junto com a Comissão.

A Parte 3 do Tratado, no Título VI, trata das regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações. O seu capítulo primeiro refere-se às regras da concorrência. A seção primeira deste capítulo trata das regras aplicáveis às empresas e compreende os artigos 81, 82 e 86 TCE, que serão a seguir abordados.

¹⁷ HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 132.

¹⁸ FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne. *Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etat-Unis et dans la Communauté Européenne*, p. 11.

¹⁹ DRUESNE, Gérard. *Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe*, p. 1.

1. Artigo 81 TCE

Nos termos do artigo 81, n. 1, são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Este artigo exemplifica algumas das medidas proibidas, tais como a) fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desolvimento técnico ou os investimentos; c) repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; e e) subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Nos termos do n. 2 do mesmo artigo, são nulos os acordos ou decisões proibidos por ele.

Nos termos do n. 3, as disposições do n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas; a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas; e a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos, nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Tal disposição contém a disciplina comunitária da concorrência para a proibição de cartéis, dirigida a acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e às práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.

Os artigos 81 e 82 valem para as empresas. Os Estados-membros não são destinatários das proibições de cartel²⁰. Contudo, segundo o artigo 10 TCE, lhes é proibido apoiar, como por exemplo através de uma aprovação, acordos que visem à formação de cartéis e outras práticas condenadas. Os

²⁰ FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maike. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*, p. 91.

Estados-membros não devem manter ou praticar medidas que possam afetar as normas da concorrência²¹.

A doutrina agrupa sob a denominação de acordo os três tipos gerais de práticas previstas pelo Tratado, quais sejam o acordo entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas. Por este motivo a referência a acordo possui uma dimensão mais abrangente do que a referente a essa única prática.

1.1. Conceito de empresa

Em verdade, inafastável do trato desse artigo do Tratado é a análise de institutos de direito comercial à luz da regulamentação comunitária²². Alguns conceitos, com a comunitarização (*Vergemeinschaftung*; *communautarisation*; *comunitarización*)²³, passaram a ter uma necessidade de dimensão espacial diferente da dimensão que têm na conceituação a partir do direito comercial interno, aplicado aos Estados-membros da Comunidade. Assim, por exemplo, o conceito comunitário de empresa²⁴. O conceito de empresa, para este efeito, é um conceito comunitário e não nacional²⁵. É mais amplo e diferencia-se até mesmo do conceito clássico de uma empresa mercantil²⁶. O Tratado não contém uma expressa definição para o termo empresa, usado especialmente nos artigos 81 e 82 TCE²⁷.

Tal definição é de grande importância, uma vez que é ela que define o campo de aplicação do direito da concorrência e, por tal, a submissão ou não de uma entidade às suas regras. Em princípio, a palavra empresa encerra um amplo conceito, segundo o qual tudo pode ser empresa, ou mais especificamente, todas as unidades econômicas que exercem atividades voltadas ao mercado. O conceito em si é comunitário e não nacional, quer dizer, tem de ser interpretado de uma maneira autônoma. O conceito de empresa exige uma atividade voltada ao mercado, isto é, uma atividade econômica. Não se trata de uma característica fixa, ou seja, é impossível dizer de antemão se uma entidade é

²¹ DRUESNE, Gérard. *Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe*, p. 3.

²² CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*, p. xxii.

²³ Para uma melhor compreensão da comunitarização do direito na Comunidade Europeia ver FARJAT, Gérard. *Observation sur la dynamique du droit de la concurrence*. In: CANIVET, Guy (dir.). *La modernisation du droit de la concurrence*, p. 23-24.

²⁴ Ver um artigo anterior dos mesmos autores nessa mesma Revista de Direito da Concorrência, sobre o tema. JAEGER JUNIOR, Augusto; NORDMEIER, Carl Friedrich. O Conceito de Empresa no Direito Comunitário da Concorrência: Subsídios para uma Definição no Mercosul. *Revista de Direito da Concorrência*. Brasília: IOB/CADE, v. 14, p. 11-43, 2007.

²⁵ SANTOS, Maria Cecília de Andrade. *Direito comunitário da concorrência: perspectivas para o Mercosul*, p. 80.

²⁶ ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, p. 30.

²⁷ CASELLA afirma que o termo *empresa* não é definido pelo Tratado nem pela jurisprudência do TJCE. CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*, p. 424.

considerada empresa ou não. Isso sempre vai depender das atividades exercidas por ela. Disto decorre que uma entidade, para o exercício de uma atividade, pode estar submetida às regras de concorrência e para outra não²⁸. Enquanto ela é considerada empresa para a atividade X, não é para a atividade Y.

Isso se mostra de maneira mais clara quando é considerado que os Estados-membros da Comunidade Européia são também sujeitos ao direito da concorrência sempre que desenvolvem atividades econômicas²⁹. Se, por exemplo, a República Federal da Alemanha exerce poderes legislativos reformando o Código Penal alemão (chamados de poderes de soberania), ela evidentemente não é submetida às regras da concorrência. Todavia, quando compra material de escritório para que os seus funcionários tenham meios para desempenhar as suas tarefas, em geral, torna-se destinatária do direito da concorrência. Portanto, não é possível dizer que a República Federal da Alemanha é uma empresa, bem como não é possível afirmar que ela não seja. Sempre dependerá da atividade exercida.

O conceito de empresa vem sendo concretizado pela doutrina e por vários julgamentos do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE). A jurisprudência tem se mostrado extremamente flexível quanto à definição de empresa, visando preservar o efeito útil (efet utile; full effectiveness) do artigo 81, n. 1 TCE, de modo que qualquer conduta que afete as estruturas do mercado seja proibida. O conceito de empresa assume uma característica funcional, ampla, sob a qual são abrangidas as unidades econômicas que operam qualquer atividade econômica que afete as estruturas do mercado.

1.2. Rol do artigo 81, n. 1 TCE

O artigo 81, n. 1 TCE apresenta exemplos de medidas restritivas à concorrência, baseados em experiência adquirida³⁰. Outras medidas, nele não previstas, igualmente se submetem às regras da concorrência. Por isso é dito que o rol é meramente exemplificativo³¹. Assim, são restritivos quaisquer outros acordos ou práticas concertadas que afetem a concorrência.

1.3. Artigo 81, n. 2 TCE

Segundo o artigo 81, n. 2 TCE os atos e comportamentos, que são considerados violações às normas do Tratado, são sancionados com a nulidade

²⁸ FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*, p 189.

²⁹ Sobre a qualidade dos Estados-membros como sujeitos das regras comunitárias de concorrência ver SCHWARZE, Jürgen. *Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts*, p. 613-627.

³⁰ ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, p. 77.

³¹ A doutrina observa que este debate não é conclusivo, já que “Há os que consideram estas descrições legislativas como sendo ‘tipos fechados’”. A discussão pode ser acompanhada em PASSOS, Fernando. *O sistema de concorrência na União Européia: modelo para o Mercosul ?*, p. 32-33.

de pleno direito, ou nulidade absoluta, que é o termo conhecido em vários ordenamentos.

1.4. Artigo 81, n. 3 TCE

O artigo 81, n. 3, é visto como um instrumento privilegiado de execução das normas da concorrência, anteriormente de monopólio da Comissão. É tido pela Comissão como permissionário de uma interpretação menos rígida das disposições do artigo 81, n. 1., isto é, mais realista do efeito restritivo exigido por este³². Apresenta uma validade não absoluta das proibições aos cartéis, mesmo que estas tenham sido severamente formuladas. Estabelece possibilidades para que a consequência jurídica do artigo 81, n. 2 TCE não seja aplicada e que as medidas das empresas que caem nas proibições do n. 1 sejam declaradas compatíveis. Isto é, determinados acordos podem ter efeitos favoráveis, não pondo em causa a concorrência para além dos limites considerados admissíveis, e serem compatíveis com o mercado comum. Certas restrições à concorrência são admissíveis desde que indispensáveis à realização de alguns objetivos e não acabem por eliminar a concorrência em relação a uma parte substancial do mercado comum.

Para que o n. 1 não seja aplicado é necessário que se verifiquem, simultaneamente, as condições positivas e as condições negativas previstas no n. 3. Basta que não se verifique qualquer uma das condições para que a isenção não seja possível.

Uma das condições positivas é a melhoria da produção ou da distribuição dos produtos. Esta deve tratar-se de um melhoramento de caráter objetivo sensível, a ponto de compensar os inconvenientes para a concorrência. Uma melhoria não será objetiva se não houver incremento da produtividade ou aumento nos investimentos, ou ainda aumento do volume de produção, melhoria na qualidade dos produtos ou redução de custos. Não basta que a coligação traga vantagens objetivas. É necessário que estas superem os efeitos restritivos da concorrência provocados pela coligação. Para ALVES, “É necessário pôr todos os elementos na balança”³³.

Outra condição é a contribuição ao progresso técnico ou económico. Segundo ela, os acordos que permitam trabalhos de investigação e desenvolvimento de novo produto, pois conducentes ao progresso técnico e económico, são permitidos³⁴. Também o requisito do progresso económico pode ser cumprido por um acordo que permita que micro-empresas tenham acesso ao mercado.

³² VAN BAEL, Ivo; BELLIS, Jean-François. *Droit de la concurrence de la Communauté Économique Européenne*, p. 29.

³³ ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, p. 90.

³⁴ Outros exemplos de melhoria da produção ou distribuição ou progresso técnico e económico podem ser vistos em ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, p. 92-93.

A reserva aos utilizadores de uma parte eqüitativa do lucro ou benefício derivado do acordo pode ser vista como um terceiro requisito positivo. Este pode vir realizado ao menos na diminuição do preço de aquisição, no melhoramento da qualidade do produto, do serviço, ou da garantia de pós-venda, regularidade do fornecimento, ou mesmo na satisfação de específica exigência do consumidor³⁵.

Esta condição deve ser vista em seu sentido amplo. Quer o conceito de utilizador, quer o de lucro, têm de ser interpretados extensivamente. Assim, para ALVES, “Os utilizadores são quaisquer pessoas que intervêm em qualquer estágio da produção, da distribuição, ou os consumidores finais, desde que sejam estranhos à coligação. Não é necessário que todos os sucessivos utilizadores obtenham uma vantagem com a coligação. O lucro pode consistir na baixa de preço, baixa do custo de produção repercutido no preço de venda, melhoria da qualidade do produto, acesso a novos produtos, segurança e regularidade dos fornecimentos, melhoria dos serviços pós-venda”³⁶. Vale dizer, ainda, que esta expectativa de lucro se baseia em previsões, pois na data da tomada da decisão, ou quando a Comissão devia autorizar o acordo, este não havia produzido os seus efeitos.

Um acordo para ser compatível com o Tratado deve satisfazer, ainda, as duas condições negativas. A primeira é a indispensabilidade das restrições à concorrência para o atingimento dos objetivos propostos. Para o cumprimento dessa condição é necessário haver um nexó de causalidade entre os benefícios e o comportamento colusório, bem como uma relação de proporcionalidade entre os meios utilizados e os objetivos previstos. Isto é, as restrições à concorrência devem ser estritamente necessárias. Essa análise é muito complexa e desde as reformas de 2004 também é feita pelas instâncias nacionais³⁷.

A segunda condição negativa é que os acordos não possibilitem a eliminação da concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Para que o acordo seja compatível, a concorrência deve ser mantida, ou melhor, não deve ser eliminada numa parte substancial do mercado comum e referente a uma parte substancial do mercado dos produtos em causa. Deverá permanecer uma concorrência suficiente por parte de terceiras empresas que tenham produtos sucedâneos ou similares. Esta complexa análise envolve os produtos similares, isto é, os da mesma natureza, bem como os sucedâneos, os que, embora de natureza diferente, possam responder as mesmas necessidades.

35 Outros exemplos de reserva aos utilizadores de uma parte eqüitativa do lucro ou benefício derivado do acordo podem ser vistos em ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, p. 94-95.

36 ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, p. 93.

37 Ver o tema em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 332-353.

2. Artigo 82 TCE

O artigo 82 TCE contém a disciplina comunitária da concorrência para o abuso de posição dominante. Nos termos do artigo 82, é incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste. Essas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não eqüitativas; b) limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; e d) subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

Como já afirmado, a Comunidade Européia tem o objetivo prescrito de manter um sistema para garantir que a concorrência não seja falseada no mercado interno, segundo o artigo 3º., n. 1, letra g TCE. Empresas dominadoras de posições de mercado atrapalham as condições da concorrência, através da fixação de preços por sua própria vontade, com o objetivo de influenciar unilateralmente o mercado em seu próprio favor. Para tanto, o artigo 82 proíbe a exploração de forma abusiva de uma posição dominante no mercado comum ou em uma parte substancial dele³⁸. Estar nesta posição significa ter poder suficiente para não se deixar influenciar pelas leis do mercado, resguardando-se das pressões dos concorrentes e da oferta e da procura.

Embora o artigo 82 não defina o que seja abuso, elenca, não exaustivamente, uma série de práticas sancionadas como tal, na medida em que esses comportamentos sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros, retardando, assim, o processo de integração da economia comunitária.

A enumeração do artigo 82 TCE é menor que a do artigo 81. Falta a correspondente previsão da letra c daquele, por ser impossível na presente hipótese. Em regra, a repartição de mercados e fontes de abastecimento supõe uma rede de contratos que não é típica da posição dominante. Outra diferença sensível é que o artigo 82 não apresenta possibilidades de exceções, ou seja, é

³⁸ Ver o tema em CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 1041-1120; BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 605-622; TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*, p. 593 e seguintes; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 336-347; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 423 e seguintes; DíEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*, p. 552-555 e em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 311 e seguintes.

incondicional ao não apresentar nenhuma hipótese de derrogação das proibições. O abuso de uma posição dominante não é de nenhuma forma justificável, uma vez que é entendido como prática mais grave que as concentrações. Não está prevista a nulidade dos atos, como é no artigo 81, n. 2 TCE, para os acordos. Diferentemente do artigo anterior, neste não é necessária nenhuma previsão, devido ao caráter puramente fático do abuso. Mas, em semelhança às infrações ao artigo 81, são previstas multas. Demais conseqüências da incursão em tais práticas são determinadas pelo direito nacional.

3. Artigo 86 TCE

As disposições materiais sobre as regras da concorrência reaparecem no artigo 86 TCE³⁹. O direito comunitário da concorrência aplica-se às empresas privadas e públicas. É clara a disposição do Tratado em não proibir a existência de empresas públicas e de dirigir o mesmo tratamento a ambas as categorias de empresas. Neste contexto, a empresa pública é apenas uma empresa a mais, só que em mãos públicas⁴⁰. No entanto, quando uma empresa pública estiver investida da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham caráter de monopólio fiscal, as regras da concorrência só lhes são aplicáveis quando não comprometam o desempenho da missão que lhes foi confiada.

O n. 2 do artigo 86 assevera que as empresas encarregadas de gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham o caráter de monopólio fiscal se submetem às normas do Tratado. Mas isto só é levado a efeito se a aplicação de tais normas não impedir o cumprimento de missão específica a elas confiada e desde que não contrarie os interesses maiores da Comunidade.

A Comissão detém autorizações especiais para garantir a segurança da aplicação do artigo 86, ns. 1 e 2 TCE. Para tanto, ela não necessariamente precisa se limitar aos instrumentos gerais previstos no artigo 211 TCE, especialmente recomendações e pareceres. Ela pode tomar decisões e, sobretudo, pode promulgar diretivas, baseadas na disciplina do artigo 249 TCE.

³⁹ Ver o tema em CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 526-668; JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*, p. 347-356; BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 623-634; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 423 e seguintes e em DíEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*, p. 563-571.

⁴⁰ PÜTTNER, Günter. *Die Zukunft öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt*, p. 227-242; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht: zur Bedeutung von Art. 90 EWGV*, p. 526-586 e MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZEHETNER, Franz. *Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*, 157 p.

De fato, o artigo 86, n. 3 TCE atribui à Comissão o dever de vigilância das questões que se referem às empresas públicas ou às empresas às quais sejam reconhecidos direitos especiais ou exclusivos. Por ele, a Comissão dirige decisões aos Estados-membros que são obrigados a cumpri-las, sem prejuízo de eventual recurso. Caso não o façam, demanda-os nos termos do artigo 226 TCE.

1.4. Regras processuais aplicáveis às empresas

A aplicação das regras materiais dos artigos 81 e 82 TCE é determinada por normas processuais. Estas, regulamentadas pelo direito comunitário derivado, foram ao longo do tempo profundamente alteradas. Presentemente, se está perante o amadurecimento de uma reforma nesse âmbito, advinda com o Regulamento n. 1/2003, que substituiu o Regulamento n. 17/62.

O Regulamento n. 17/62 havia sido o primeiro regulamento de execução do direito comunitário da concorrência. 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 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. Todavia, nem esses, nem regras para as restrições verticais e horizontais surgidas foram suficientes para resolver a questão do volume de trabalho. O debate sobre reforma foi estimulado. As modificações aconteceram em 1º de maio de 2004, paralelamente à entrada dos dez novos Estados-membros na Comunidade, data em que o novo Regulamento n. 1/2003 sobre a execução dos artigos 81 e 82 TCE entrou em vigor.

Elas trouxeram aplicabilidade direta a mais regras e um maior comprometimento das instâncias nacionais, já que fundadas em princípios de descentralização. A reforma também promoveu uma completa troca de sistemas, tecnicamente falando, no caso o de reserva de autorização pelo de isenção legal⁴¹.

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, por força do chamado princípio desalojador fático. Ele é previsto no artigo 3º. do Regulamento n. 1/2003 e provocou uma radical modificação da relação entre direitos nacionais e comunitário da concorrência. Segundo ele, nos casos onde um acordo seja próprio para afetar o comércio entre os Estados-membros, o direito comunitário da concorrência encontra exclusiva aplicação e exclui o direito nacional. Em síntese, trata-se do abandono da aplicação paralela do direito nacional quando o caso for afeto à regra comunitária ou, dito de outra forma, da aplicação exclusiva do direito comunitário da concorrência em casos de afetação do comércio entre os Estados-membros.

1.5. Regras aplicáveis ao controle de concentrações de empresas

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. Atualmente, ambos se encontram substituídos pelo de n. 139/2004.

O Regulamento n. 139/2004 consolidou as reformas ocorridas nesse âmbito, já que atualizou, unificou, reformulou e substituiu os regulamentos n. 4064/89/CEE e n. 1310/97/CE. A realização do mercado comum, a entrada em circulação do euro e o alargamento previsto para 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 normas⁴².

⁴¹ BARTOSCH, Andreas. Von der Freistellung zur Legalausnahme: Der Vorschlag der EG-Kommission für eine 'neue Verordnung Nr. 17', p. 101-107 e BARTOSCH, Andreas. Von der Freistellung zur Legalausnahme: was geschieht mit der Rechtssicherheit?, p. 462-473.

⁴² WEITBRECHT, Andreas. *Das neue EG-Kartellverfahrensrecht*, p. 69-73.

O TCE não tem previsão legal para tal controle. Inicialmente foram aplicados os artigos 81 e 82 TCE em caráter subsidiário. O sistema, com o tempo, mostrou-se imperfeito e, em 1989, surgiu um regulamento contendo normas para a atuação dos órgãos da Comunidade diante das operações de concentrações de empresas. Tal regulamentação foi, por assim dizer, imposta com a chegada do objetivo de mercado comum e com o impulso dado a ele pelo Ato Único Europeu, de 1987, o que levou as empresas a prepararem-se para esse mercado. Já a Comunidade esperava do regulamento uma contribuição ao atingimento e manutenção do objetivo referido. O apoio que também essa norma deu ao processo de integração foi sensível. O novo regulamento de 2004 não promoveu alterações de sistema concorrencial, mas unificou as normas envolvendo questões de domínio de aplicação das regras, procedimentos de notificação, abertura dos procedimentos, apreciação das operações e poderes da Comissão e dos Estados-membros.

Desde 1º de maio de 2004 a Comunidade Européia dispõe do Regulamento n. 139/2004, que revogou os dois anteriores e é o único a ser aplicado ao controle das concentrações de empresas. Conforme antecipado, teve como principal objetivo promover uma unificação das regras, além de alterações processuais, ainda que não tenham sido realizadas alterações nos patamares para a caracterização da dimensão comunitária. O ganho com essas reformas foi de endurecimento do controle e alargamento do seu espectro de aplicação. Isso teve como consequência benefícios à manutenção e ao funcionamento do mercado comum⁴³.

1.6. Órgãos encarregados da aplicação do direito comunitário da concorrência

Na Comunidade Européia, quatro órgãos podem ser designados de instituições, quais sejam a Comissão, o Conselho, o Parlamento e o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias. A estas estruturas institucionais compete zelar pela efetivação dos princípios acordados. Entre eles, destacam-se dois, com especial pertinência ao tema da concorrência: a Comissão Européia e o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.

⁴³ Ver o tema do controle de concentrações de empresas em HIRSBRUNNER, Simon. *Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle im Jahr 2005*, p. 711-716; WEITBRECHT, Andreas. *EU Merger Control in 2005 – An Overview*, p. 43-50; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Las Concentraciones de Empresas*, 332 p.; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, p. 1191-1308; BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 601-604; TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*, p. 687-697; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 429-432; DÍEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*, p. 557-559 e em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 392-434.

A Comissão encontra-se regulada pelos artigos 211 a 219 TCE. É órgão integrado por nacionais dos Estados-membros que, ao mesmo tempo, são pessoas independentes que não se reportam aos seus governos.

À Comissão compete a função executiva e a iniciativa normativa. Entre suas competências encontram-se as de iniciar e impulsionar a política comunitária, velar para que as disposições dos Tratados e os princípios do mercado comum sejam cumpridos, daí a conhecida expressão de ser guardião dos Tratados, e executar o direito comunitário. Com a atribuição de atuar como verdadeira guardião dos Tratados e da ordem jurídica comunitária, a Comissão zela pela boa aplicação das disposições dos Tratados, bem como das decisões das instituições comunitárias. À Comissão compete, ainda, verificar as suspeitas do incumprimento das obrigações impostas aos Estados-membros, e, no caso de confirmar, sua comunicação poderá implicar um processo perante o Tribunal.

Por fim, para o atingimento dos objetivos, a Comissão tem o direito de recolher informações, aplicar sanções e agir sobre os Estados-membros, as instituições comunitárias e os particulares, consoante o disposto no artigo 213 TCE⁴⁴.

Por outro lado, a criação da Comunidade 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, que vem subdividido em originário e derivado. 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 dos Tratados, tendo se tornado base da edificação do direito comunitário. Essa jurisdição é o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o segundo importante órgão comunitário tratado.

Ele desempenha o controle 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 europeu⁴⁵, 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 nacionais⁴⁶.

⁴⁴ Ver o tema em BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 51-58; TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*, p. 36-41; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 197-213; Díez MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*, p. 219-235 e em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 77-78.

⁴⁵ CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*, p. 119.

⁴⁶ Conhecer o órgão comunitário Tribunal de Justiça das Comunidades Européia em BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*, p. 63-66; TESAURO, Giuseppe.

Quem também desempenha um relevante papel no tema da concorrência, que deve ser mencionado, são as cortes nacionais. Além das autoridades locais de concorrência, as cortes nacionais empregam diretamente as normas de defesa da concorrência. 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. Os procedimentos e requisitos a serem seguidos perante os tribunais nacionais determinam-se pelas leis nacionais. A aplicação do direito de defesa da concorrência pelos órgãos administrativos e judiciários nacionais vem adquirindo cada vez mais importância, devido, principalmente, à quantidade excessiva do serviço tido pela Comissão, fato sempre apontado como ensejador das reformas ocorridas⁴⁷.

2. Regulamentação das ajudas públicas no Direito Comunitário da Concorrência

Esta parte do artigo se dedica às regras materiais e processuais do direito comunitário da concorrência aplicáveis aos Estados-membros. A proibição às ajudas públicas vem regulada nos artigos 87 a 89 TCE. Ajudas públicas podem prejudicar a concorrência e conturbar a igualdade entre as empresas da mesma forma que as práticas antes relatadas. Por isso, a Comunidade dispõe do mais rigoroso controle de todos os blocos comerciais⁴⁸.

A Seção II do Capítulo I do Título VI do TCE prevê regras aplicáveis aos Estados-membros, que são complementares às da Seção I, aplicáveis às empresas⁴⁹. Dentro das regras da concorrência estão as relativas aos auxílios públicos, destinadas aos Estados, tornando-os também destinatários daquelas, especialmente pela importância do tema na constituição do mercado comum e pela relevância que o controle das ajudas assumiu com a entrada em vigor desse mercado. Isso posto, inicialmente serão vistas as regras materiais.

Diritto Comunitario, p. 47-54; TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mónica. *La Unión Europea*, p. 229-231; DÍEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*, p. 309-366 e em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*, p. 78-82.

⁴⁷ O papel das cortes nacionais pode ser consultado em van KAPPEL, Antonio Pérez. *Auf dem Weg zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG durch die nationalen Gerichte*, p. 228-233; RUIZ-JARABO COLOMER, Damaso. *El juez nacional como juez comunitario*, 202 p.; ZINSMEISTER, Ute. *Die dezentrale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts durch die nationalen Kartellbehörden in der Praxis*, p. 115-120 e em EHLERMANN, Claus-Dieter. *Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts durch Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten*, p. 45-55.

⁴⁸ Certamente em reflexo de a Comunidade possuir a mais clara orientação a uma economia de mercado do mundo. EHLERMANN, Claus-Dieter. *The contribution of EC competition policy to the single market*, p. 273.

⁴⁹ HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, p. 150.

A decisão do trato desses aspectos no Tratado se deu pelo efeito majoritariamente nefasto que os auxílios públicos promovem na concorrência e na consecução do mercado comum, motivo pelo qual foram severamente proibidos no ordenamento comunitário, já no direito primário.

Com as proibições à concessão de auxílios públicos, quis-se impedir que os Estados-membros modificassem artificialmente as condições da concorrência, subsidiando empresas, setores ou regiões que de outra forma não teriam competitividade face às congêneres dos outros Estados. Os auxílios foram considerados as principais medidas dos Estados contra a queda das barreiras e o principal implicador a um provável insucesso à época do mercado comum. Considerava-se que uma das maiores garantias que podia ser dada a uma empresa era que a concorrência não viesse a ser falseada de forma artificial⁵⁰. Os efeitos na concorrência eram entendidos como tão nefastos que durante vários anos sequer as regras comportaram uma exclusão *de minimis*. Bastavam as derivações para que a norma fosse entendida como ampla o suficiente.

Portanto, o trato das questões não vem sem antes ser feita uma introdução para ressaltar o nexos funcional e teológico existente entre a concessão ilegal de auxílios públicos e a concretização do mercado comum. Como é sabido, a concessão de tais auxílios pode vir a deturpar a liberdade de concorrência, infringir o direito da concorrência e, conseqüentemente, se não disciplinada, impedir os processos de integração que almejam o alcance da fase de mercado comum de chegar ao seu objetivo final.

Na seqüência, em terceira abordagem, serão apresentadas as regras processuais aplicáveis aos Estados-membros.

Por fim, são trazidas algumas reformas ocorridas nas regras aplicáveis aos Estados-membros, que descentralizaram ainda mais a aplicação das normas referentes às ajudas públicas, em momento prévio àquela que é o objeto central desse artigo.

2.1. Nexos entre auxílios públicos e concretização do mercado comum

O atingimento do mercado comum ensejou o desaparecimento dos obstáculos diretos, tais como as barreiras ao comércio. Eram aguardadas barreiras indiretas como efeito já da sua entrada em vigor e concessões de ajudas públicas como instrumento e último recurso dos Estados-membros. Este

⁵⁰ STEINDORFF, Ernst. Beihilfeverbote im Gemeinschaftsrecht und nationals Privatrecht. In: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag*, p. 497.

fato determinou uma nova orientação da Comissão relativa ao controle deles, que envolveu inclusive uma extensão conceitual e a afirmação categórica da exclusão da aplicação de uma regra *de minimis*, na época, aos auxílios públicos. Outras áreas, haja vista o original regulamento de controle das concentrações ser contemporâneo, também foram afetadas por essa nova orientação da Comissão.

Uma questão muito interessante e pertinente para os objetivos do estudo desse tema é o problema dos auxílios públicos destinados às empresas no quadro da construção progressiva de um mercado comum. Resumidamente, é a necessidade do controle das ajudas para concretizar o mercado comum após o desaparecimento de inúmeros obstáculos diretos ao comércio intra-comunitário. MORAIS, por exemplo, procura dilucidar o nexo funcional e teleológico entre as realidades jurídicas e políticas do controle dos auxílios públicos e do regime do mercado comum. Sua obra também contata com o problema da participação do Estado no capital das empresas e outras questões suscitadas pelas empresas públicas⁵¹. A presente parte inicia, pois, com a caracterização desse nexo.

A concessão 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. Ele não seria completo se a relação financeira entre os Estados e as suas empresas não tivesse sido incluída.

Esses procedimentos, considerados pela doutrina de nexo funcional e teleológico⁵², se apresentaram como antagônicos. Se tivessem se mantido, o efeito econômico teria sido de represália às empresas de maior eficiência e de perda de competitividade e de vantagens da unificação dos mercados, ademais de desperdícios de recursos estatais. Porém, não se pode negligenciar a contribuição do regime de ajudas para o alcance do mercado, por sua capacidade reguladora. Ele permitiu o estabelecimento de iguais condições de concorrência. Visando a isto é que o sistema não promoveu uma proibição total, mas um controle, pois, além de admitidos, alguns auxílios trazem vantagens para a economia como um todo, especialmente se vinculados a objetivos legítimos de crescimento econômico. Nesse sentido está a disciplina do artigo 87 TCE, que prevê categorias de ajudas compatíveis com o mercado comum e outras que podem ser assim consideradas, a seguir expostas.

⁵¹ MORAIS, Luís. *O Mercado Comum e os auxílios públicos: novas perspectivas*, p. 95-175.

⁵² O fenômeno conhecido na doutrina como o nexo funcional e teleológico entre mercado comum e a política dos auxílios públicos está referido em MORAIS, Luís. *O Mercado Comum e os auxílios públicos: novas perspectivas*, p. 1, 7, 25 e 35.

2.2. Regras materiais aplicáveis aos Estados-membros

A doutrina aponta três categorias de obstáculos indiretos, quais sejam, os problemas de harmonização fiscal, os problemas relativos aos contratos de direito público e os problemas relacionados com o controle dos auxílios públicos. Ainda que relevantes, não cabe aqui aprofundar todos os possíveis obstáculos indiretos, mas apenas o principal para este estudo, qual seja, a concessão de auxílio público.

É devido reafirmar que não se fala em uma completa nem em uma parcial eliminação, nem em uma proibição total⁵³, mas em um controle através da Comunidade que permita assegurar um determinado grau de concorrência que, comportando certas restrições, assegure o dinamismo e a abertura dos mercados, fundado no princípio da concorrência praticável (*workable competition, leistungsfähiger Wettbewerb*)⁵⁴. Nesse sentido, entende-se que a consolidação do mercado comum impede uma repentina supressão de todos os auxílios públicos⁵⁵. Isto é, além de admitidos, alguns são necessários⁵⁶, dificilmente evitáveis, pois trazem vantagens para a economia como um todo⁵⁷. Isso responde porque o Tratado não proibiu aqui como fez nos casos de abuso de posição dominante⁵⁸, em que não são previstas exceções. Vale ressaltar que “a ajuda estatal pode constituir um instrumento de desenvolvimento da política estrutural, quando certos objectivos legítimos de crescimento económico não possam ser atingidos unicamente pela ação das forças do mercado (...)”⁵⁹. O próprio artigo 87 TCE enuncia três categorias de ajudas que são compatíveis com o mercado comum (derrogação de proibições que resulta diretamente do Tratado e não está, por isso, dependente de qualquer intervenção comunitária) e quatro que podem

⁵³ KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen. *Grundfragen des EG-Beihilfenrechts*, p. 1065.

⁵⁴ Conceitos e caracterização para uma concorrência perfeita podem ser vistos em CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*, p. 9-12; CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Européia*, p. 18-19 e em SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*, p. 56-57.

⁵⁵ ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*, p. 149 e FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. El control de las ayudas financieras nacionales. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; GONZÁLES CAMPOS, Julio D.; MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo: Estudio sistematico desde el derecho español*, p. 620.

⁵⁶ ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*, p. 149.

⁵⁷ CASPARI, Manfred. Die Beihilferegeln des EWG-Vertrags und ihre Anwendung. 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. 71.

⁵⁸ VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard. Reflexión sur l'application 'horizontale' des règles sur les aides d'État. In: DONY, Marianne (Coord.). *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*, p. 1595.

⁵⁹ MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*, p. 320.

ser consideradas compatíveis (se a Comissão não tiver razões para se opor a elas)⁶⁰. Nesse sentido, a Comissão declarou certas ajudas para promover o desenvolvimento regional ou auxiliar determinadas indústrias como compatíveis com o mercado comum. A dificuldade reside em definir a compatibilização dos princípios de não-falseamento à concorrência e eventual contribuição de determinados auxílios e do controle dos outros para o atingimento das metas comunitárias, entre as quais esteve uma vez o mercado comum. Para tanto existem regras, a seguir abordadas.

1. Artigo 87, n. 1, TCE

O artigo que abre a seção Ajudas outorgadas pelos Estados é o 87 TCE. Juntamente com o artigo 88 TCE, atualmente oferece apenas uma primeira orientação⁶¹. Desde o momento da concepção do Tratado até hoje, numerosas decisões, comunicações e diretrizes da Comissão⁶² e decisões dos Tribunais esclareceram os pontos centrais das questões envolvendo os auxílios públicos. Por exemplo, o seu n. 1 não possui efeito direto. Mas o artigo 88, n. 3, frase 3 TCE tem. Isso é bem diferente da atual realidade dos artigos 81 e 82 TCE.

Em linhas gerais, as práticas comerciais que promovem condições de diferenças podem decorrer de dois grandes grupos de atitudes: barreiras ao ingresso de produtos ou serviços estrangeiros, como restrições quantitativas ou qualitativas à importação⁶³, e ajudas a empresas nacionais, ou seja, ajudas públicas.

Por tal, segundo o artigo 87, n. 1 TCE, salvo disposição em contrário do Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais,

⁶⁰ Em atenção a isto, também a própria Comunidade, por sua parte, dispõe de variados instrumentos para o financiamento de numerosos âmbitos de suas competências, como por exemplo a agricultura, sem que estas ajudas sejam diretamente submetidas às regras aqui estudadas. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 1065 e SEIDEL, Martin. *Das Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaft*, p. 7-9. Ajudas comunitárias são as ajudas oferecidas pela Comunidade Europeia, autorizadas por fundamento jurídico comunitário e que por isso beneficiam os concorrentes em todos os Estados-membros. Essas ajudas não são abrangidas pelas normas aqui estudadas, pois não são outorgadas pelos Estados-membros, embora provenham deles. Outras medidas excetuadas do regime comunitário seriam as ajudas carentes de caráter puramente nacional, as ajudas outorgadas por terceiros países, a fixação de preços mínimos pelo Estado e as medidas que limitem a repartição de contingentes aduaneiros de caráter comunitário. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*, p. 186-187. Nem por isso quer dizer que não produzam efeitos inseqüentes no mercado comum. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung?*, p. 519.

⁶¹ KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Grundfragen des EG-Beihilfenrechts*, p. 1065.

⁶² Considerada por EHLERMANN como um "árbitro independente" quando trata das questões de execução de regras relativas às ajudas públicas e derrogações da proibição. EHLERMANN, C.-D. *Les entreprises publiques et le contrôle des aides d'État*, p. 615.

⁶³ CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 263.

independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

Ante a isso, para que uma ajuda pública seja proibida, quatro são as condições necessárias: que haja uma vantagem para a empresa interessada, que seja concedida por um Estado ou mediante recurso estatal, que tenha caráter específico, isto é, que favoreça somente uma determinada empresa ou produção, e que afete as trocas comerciais entre os Estados-membros, isto é, apenas quando a ajuda pública modificar a situação da concorrência entre os concorrentes. E o comércio entre os Estados-membros é influenciado quando o acesso ao mercado é dificultado a concorrentes de outros Estados-membros.

Essas quatro condições são cumulativas. Quando uma delas não está presente, não se está perante uma ajuda de Estado, mas diante de uma relação comercial normal entre uma empresa e um membro da Comunidade. Do contrário, quando se está presente às mencionadas condições, certamente se trata de uma ajuda de Estado, mas não necessariamente de uma ajuda vedada⁶⁴. Como dito, o sistema não contém nenhuma proibição absoluta⁶⁵ nem incondicionada de ajudas, mas um controle, exercido pela Comissão, regulado pelo artigo 88 TCE, baseado em processo de fiscalização.

O conceito de auxílios públicos é mais amplo que o de subvenções. Estas envolveriam apenas os pagamentos pecuniários. Auxílios, mais amplamente vistos, seriam quaisquer sacrifícios ou encargos financeiros para o Estado⁶⁶. Mas não é necessário que haja um dispêndio de dinheiro, pois a despesa pode ter caráter negativo, como se verá mais detalhadamente quando forem citados exemplos. Também pouco interessa se o auxílio foi dado efetivamente pelo Estado. O que importa é a origem pública, independentemente da natureza jurídica das entidades que intervêm na atribuição concreta do auxílio. Ante a ausência de uma verdadeira definição, bem como de uma lista de medidas proibidas, o concreto alcance do conceito é precisado pela prática, marcado por um acentuado casuísmo, o que confere à jurisprudência um papel relevante⁶⁷.

A partir dos novos desenvolvimentos jurídicos experimentados pelo conceito de auxílios públicos, MORAIS analisa a subsunção sob este das participações públicas no capital das empresas públicas e as novas exigências

⁶⁴ CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. Op. cit., p. 264.

⁶⁵ CELLI JUNIOR, Umberto. Regras de concorrência no Direito Internacional moderno, p. 171.

⁶⁶ FIGUEREDO, Julio. Derecho de la competencia e integración económica: la situación en el Mercosur. In: CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2, p. 79. Mais sobre o conceito de ajuda estatal pode ser visto em PASCAR, Norma A. II parte: El derecho de la competencia en la Comunidad Europea. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado, p. 91-94.

⁶⁷ RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado, p. 59. A ausência de uma definição no Tratado pode mesmo ter sido intencional. Uma expressa extensão do conceito levaria os Estados a encontrarem práticas que não se submetessem a ela. SCHINA, Despina. State aids under the EEC treaty: Articles 92 to 94, p. 13.

em matéria de transparência das relações entre Estados-membros e empresas⁶⁸. É o caso do Estado-empresário, como agente econômico ou como acionista, acumulador dos papéis de proprietário e de poder público, suscetível à influência de vários objetivos⁶⁹.

A necessidade de uma transparência ditou o surgimento da Diretiva n. 80/723/CEE, que se constituiu na primeira etapa da nova orientação⁷⁰ comunitária relativa às participações empresariais públicas. Essa diretiva consagrou um conceito lato de empresa pública, baseado no critério da influência dominante no comportamento da empresa⁷¹, o que não necessariamente se resume a uma participação pública majoritária.

Para o efeito da transparência, essa diretiva consagrou eventos a serem comunicados à Comissão, de forma meramente enunciativa, como por exemplo as subvenções a fundo perdido, empréstimos em condições privilegiadas, concessão de vantagens financeiras sob forma de não-percepção de benefícios ou de não-cobrança de créditos e renúncia à remuneração normal dos recursos utilizados.

Participações empresariais públicas podem constituir uma forma original de auxílio público incompatível, desde que não correspondam aos padrões normais de investimentos, em especial nos casos em que as sociedades não teriam capacidade para se financiarem no mercado de capitais, análise que é feita com o uso do critério do investidor privado normal, logo a seguir visto.

A caracterização como auxílio envolve ainda a análise do mercado relevante⁷². A definição deste, como já visto, envolve os critérios territorial e do produto. O do produto leva em conta a ótica do consumidor, julgada segundo o conceito mercadológico de necessidade. Perante a existência de saturação no mercado ou capacidade produtiva instalada excedente, qualquer, mesmo a mínima vantagem concedida a uma empresa por um Estado poderá afetar o comércio intra-comunitário. Um efeito, todavia, sobre o mercado relevante, diferentemente do que se passa nos artigos 81 e 82, não chega a ser necessário para a proibição da concessão do auxílio⁷³.

⁶⁸ MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 95.

⁶⁹ CASPARI, M. *Op. cit.*, p. 70 e MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 99.

⁷⁰ MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 99.

⁷¹ CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 190-198.

⁷² KOENIG e KÜHLING falam da necessidade de uma aplicação mais larga deste conceito como um dos princípios para a redução de inconseqüências e déficits no controle de ajudas públicas. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung?*, p. 522.

⁷³ JESTAEDT, Thomas; MIEHLE, Andreas. *Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten: Die neuen Leitlinien der Kommission*, p. 659. No mesmo sentido de que basta que a afetação seja potencial, o que no caso de auxílios é até presumido, ver NOWAK, Carsten. *Die Entwicklung des EG-Beihilfenkontrollrechts in den Jahren 1998, 1999 und 2000*, p. 296.

O conceito de Estado deve ser entendido de forma ampla e não pode basear-se unicamente na terminologia de um dos Estados-membros. Fazem parte do Estado as instituições constitucionalmente independentes, as coletividades descentralizadas, os organismos de tipo corporativo, os organismos públicos e privados instituídos pelo Estado, as pessoas jurídicas de direito público, todos os órgãos da administração, as entidades regionais ou locais dos Estados-membros, organismos cuja composição e funcionamento estão previstos por lei e que dependem dos poderes públicos pela nomeação dos seus membros, organismos públicos ou privados que o Estado institui ou designa com a finalidade de gerir a ajuda, entre outros⁷⁴.

A especificação do que significa a palavra Estado é tarefa da Comissão e do Tribunal. A palavra assume necessariamente um significado muito amplo, devido à substancial diversidade da organização administrativa dos países. Alguns possuem estrutura centralizada, como França e Holanda, e, outros, estrutura descentralizada, marcada pela repartição de competências entre Estado central e regiões, como Alemanha e Espanha. Assim, ambas as instituições consideram que a ajuda pode ser a concedida pelo Estado como entidade jurídica própria ou por sua articulação, qual seja um ministério, a província, a comunidade, a municipalidade, o departamento, a região, a comunidade autônoma ou os *Länder* alemães. Todos são diretamente obrigados, no âmbito de suas competências, a observarem as regras relativas à concessão de auxílios públicos.

Também as ajudas que não sejam pagas diretamente por organismos estatais devem submeter-se às regras. O importante é que em ao menos uma parte delas⁷⁵ haja recursos provenientes de recursos estatais. Sempre que o subsídio venha a sobrecarregar o orçamento de um Estado-membro, este requisito é cumprido. Não faz a menor diferença se o auxílio é proveniente do próprio Estado-membro ou de alguma de suas corporificações. O que seriam instituições do Estado? Numa interpretação ampla, como visto acima, estão envolvidas as empresas detentoras de direitos especiais ou exclusivos que fornecem auxílios estatais. Mas e o caso de instituições públicas e privadas erigidas pelo Estado? A discussão reside nas públicas, erigidas pelo Estado, mas mantidas por recursos privados. As privadas, que distribuem dinheiro estatal, assim quando são mantidas por empresas estatais, tornariam este um auxílio público, pois provenientes do Estado. Agora, e as públicas, que distribuem dinheiro privado? Pode vir este a ser considerado auxílio também, sempre que seja o Estado o ordenador da distribuição do dinheiro, isto é, quando a escolha do beneficiário recaia sobre o Estado ou alguém por ele indicado. Tal caráter faz

⁷⁴ Fundamentações jurisprudenciais para esta série de exemplos podem ser vistas em ALVES, J. de J. F. *Op. cit.*, p. 319-320.

⁷⁵ MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, p. 550.

com que o recurso estendido seja considerado auxílio. Essa análise se dá pelo grau da possibilidade de influência do Estado na concessão⁷⁶.

Os auxílios são classificados em despesas orçamentais positivas, nas quais entrariam as subvenções, despesas orçamentais negativas, envolvendo os benefícios fiscais, e as participações públicas no capital de empresas, que é a menos transparente de todas as modalidades⁷⁷.

Isso posto, como exemplos, são auxílios as isenções fiscais, qualquer diminuição das receitas públicas, bonificações de juros, coberturas de perdas de exploração e toda e qualquer outra medida equivalente, já que nenhuma enumeração é taxativa nem vinculativa, mais os auxílios para investimentos diretos, favorecimentos de créditos, facilitações de impostos, tarifas especiais para serviços públicos e compras de terrenos abaixo do preço de mercado⁷⁸. As ajudas concedidas por um Estado podem assumir ainda outras variadas formas, tais como garantias de empréstimos em condições particularmente favoráveis, concessão de prédios ou terrenos a título gratuito ou em condições particularmente favoráveis, financiamento de infra-estrutura e urbanização⁷⁹, fornecimento de bens ou serviços em condições preferenciais, isenção de impostos e taxas, isenções de direitos para-fiscais ou outras medidas de efeito equivalente, como o Estado deixar de receber ganhos financeiros.

A relação entre favorecimento e prestação pode ser avaliada a partir do critério de investidor privado (*market economy investor*, *Marktinvestorenprinzip*), que é decorrente da jurisprudência⁸⁰. Há critérios

⁷⁶ CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 219. Mais sobre o grau da possibilidade de influência estatal (*Grad der staatlichen Einflussmöglichkeit*) pode ser visto em KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Grundfragen des EG-Beihilfenrechts*, p. 1068.

⁷⁷ Segundo outra classificação, tais situações podem ser agrupadas em três categorias: financiamento da empresa em condições diversas das quais poderia oferecer o mercado de capitais, aportes de capitais em condições de não-remuneração e alívio sobre o balanço. CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 265.

⁷⁸ FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maike. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*, p. 100. Outro tanto está citado em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 207-208.

⁷⁹ Sobre esta modalidade de ajuda em específico, ver o trabalho de SOLTÉSZ. A verificação da compatibilidade com o mercado comum de urbanização de terrenos industriais e a melhoria da infra-estrutura tornou-se prática constante da Comissão em seus casos envolvendo a concessão de auxílios públicos, uma vez que tais práticas podem ser ajudas camufladas ou ocultas. Por certo, para um investidor é confortável receber do Estado tudo pronto. Por outro lado, incertezas na prática da Comissão levavam os Estados a contornar as rígidas regras e a se valer destes auxílios como elementos de atração para os investidores. Assim agindo, diminuíam os custos para as empresas que se instalavam, as colocavam em posição de competitividade melhor com as dos outros Estados-membros, e, em consequência final, podiam vir a falsear a concorrência. Superficialmente, é possível ser dito que a questão de se uma tal forma de ajuda é abrangida ou não pela regra do artigo 87 TCE depende ainda do universo dos beneficiários. Se for uma única empresa beneficiada, como por exemplo quando a infra-estrutura ou urbanização for realizada num pátio interno, está cumprido o critério da especificidade e tal é considerado auxílio público incompatível com o mercado comum. SOLTÉSZ, Ulrich. *Öffentliche Finanzierung von Infrastruktur- und Erschließungsmaßnahmen und das EG-Beihilferecht*, 107-111.

⁸⁰ Caso República Italiana c. Comissão (Alfa Romeo), TJCE, Col. 1991, p. I-1603, apartado 19 e seguintes, embora não haja acordo entre os autores em indicar qual foi a primeira sentença do

informadores importantes que não constaram do Tratado e que, portanto, vieram a ser definidos pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, como por exemplo o aqui abordado⁸¹. Mas, enfim, como diferenciar a atitude do Estado perante as empresas enquanto outorgador de auxílios ou investidor comum? Pois esta diferenciação é dada pelo critério do investidor privado. A sua aplicação hoje é plenamente reconhecida.

Entende-se por critério do investidor privado o aplicado quando o Estado financia uma empresa pública como acionista ou investidor normal. Isto é, quando financia a empresa como um acionista que financia uma empresa privada, com auxílios efetuados em circunstâncias aceitáveis por um investidor privado. Nesse caso, a análise que tem que ser feita é averiguar se em idênticas situações um investidor privado, pelas possibilidades de rentabilidades previsíveis, com abstração de considerações de caráter social ou de política regional ou setorial, teria igualmente procedido tal ingresso de capital ou, noutra perspectiva, se o investidor privado teria dispensado o recebimento de lucros que o Estado-membro dispensou. Ou, dito de outra forma, não se pode falar de auxílios de Estado e nem de favorecimento quando há entrada de capital fresco nas empresas, se ocorrer em circunstâncias que sejam aceitáveis para um investidor privado, atuando em condições normais de uma economia de mercado. Enfatizando, vale dizer que sempre que um investidor privado, baseando-se na taxa previsível de rentabilidade do capital investido⁸², tomasse a mesma decisão, o caso não se trata de auxílio e sim de investimento. O momento para essa análise, também um fator a considerar⁸³, é o no qual se adotou a decisão de investimento ou financiamento.

2. Artigo 87, n. 2

Na seqüência do Tratado, o artigo 87, n. 2 TCE apresenta as primeiras derrogações da proibição por exceções legais. Há situações em que as condições de mercado não permitem um livre comércio. Em tais hipóteses as ajudas públicas não são vistas como negativas⁸⁴, desde que completem a lacuna estrutural da empresa ou de setor débil da economia. A vertente social e o caráter excepcional que elas comportam fazem com que se adaptem perfeitamente aos

Tribunal que confirmou a validade da aplicação do princípio. A Comissão se valeu de uma Comunicação de 17 de setembro de 1984 para tanto. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. *Op. cit.*, p. 63-65.

⁸¹ Ver um estudo mais detalhado em JAEGER JUNIOR, Augusto. Os critérios de mercado relevante e investidor privado no Direito Comunitário da Concorrência. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org.). *Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI*, p. 187-191 e em CELLI JUNIOR, U. *Op. cit.*, p. 181-198.

⁸² Critérios para a determinação da rentabilidade provável do investimento, baseados no custo do capital e na taxa de retorno mínima, segundo o modelo de valoração de ativos financeiros, no prazo razoável de recuperação do investimento e no momento em que se tomou a decisão de investir, são analisados em RODRÍGUEZ MIGUEZ. *Idem*, p. 68-74.

⁸³ KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*, p. 326.

⁸⁴ CASSOTTANA, M.; NUZZO, A. *Op. cit.*, p. 272.

princípios e normas do direito comunitário⁸⁵. Portanto, o Tratado exclui a aplicação das regras nos âmbitos ali elencados e permite a derrogação da proibição constante do artigo 87, n. 1 TCE.

Algumas derrogações assumem caráter automático⁸⁶, outras são de decisões discricionárias da Comissão, possíveis em presença destas determinadas condições. As exceções *de iure* são imperativas, aplicando-se independentemente de qualquer apreciação das instituições comunitárias e de se afetam os intercâmbios ou falseiam a concorrência.

Essas exceções representam um estreito campo⁸⁷ de auxílio, que servem a circunstâncias sociais especiais ou à minimização de prejuízos, ou ao equilíbrio de desvantagens. Por isso, as disposições do artigo 87, n. 2 TCE, são de *per se* compatíveis com o mercado comum. O entendimento que se tem é que são ajudas⁸⁸, e sempre compatíveis com o mercado e com a concorrência comunitários, ainda que afetem os intercâmbios entre os Estados-membros, embora se saiba que essas permissões podem falsear a concorrência e como resultado final comprometer o atingimento do mercado comum.

A primeira exceção refere-se aos auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos. A segunda, aos auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários. Esses fenômenos são os que os ingleses classificam como *acts of God* e envolvem inundações, secas e epidemias. Por fim, a última regra de exceção refere-se aos auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens econômicas causadas por essa divisão (*Teilungsklausel*). Nessa questão, somente são admitidas as ajudas que mostrem uma função eliminadora de prejuízos, que venham condicionadas à separação da Alemanha e que precisam ser originadas em uma relação de causalidade entre prejuízos econômicos e a separação físico-geográfica. Com a Unificação Alemã, essas ajudas tornaram-se de maior necessidade, tendo em vista as enormes

⁸⁵ MOLINA DEL POZO, C. F. *Op. cit.*, p. 556.

⁸⁶ Algumas posições doutrinárias se referem a uma inexistência de poder de apreciação no quadro do artigo 87, n. 2 TCE, como há no n. 3. MORAIS não concorda inteiramente com este pensamento, ao afirmar que "O carácter automático do reconhecimento destas derrogações só aparentemente elimina por completo qualquer margem de apreciação da Comissão. 'Essa faculdade de apreciação subsiste (sob forma de discricionariedade propriamente dita, ou sob uma qualquer forma de discricionariedade imprópria)' embora em menor grau e extremamente limitada por vinculações normativas". MORAIS, L. *Op. cit.*, p. 88-89.

⁸⁷ KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 330. Também sobre a interpretação estreita que a prática oferece ver NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 296-297.

⁸⁸ Assim FERNÁNDEZ FARRERES, para quem esta é a única forma de entender o verdadeiro sentido da previsão, uma vez que se ela não existisse, as ali constadas seriam consideradas ajudas. FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Op. cit.*, p. 633.

transferências de recursos que vêm sendo efetuadas a fim de reequilibrar as disparidades na Alemanha⁸⁹.

3. Artigo 87, n. 3

O artigo 87, n. 3 TCE apresenta as cláusulas excepcionais submetidas a julgamento discricionário. Estas contêm os requisitos para a autorização de concessão de ajudas. As situações listadas são ajudas, mas apesar do efeito falseador da concorrência e dos intercâmbios comerciais que delas possa derivar, poderão ser consideradas compatíveis com o mercado comum. O rol é taxativo, e não-exemplificativo como os demais, especialmente os dos artigos 81 e 82 TCE⁹⁰.

Há três domínios de auxílios públicos que podem ser sujeitos a um juízo de compatibilidade com o Tratado, quais sejam os auxílios de natureza regional, que são de grande importância para a Comunidade⁹¹, auxílios de natureza setorial e auxílios de carácter geral. Atualmente, em função da autorização recebida pelo Regulamento n. 994/98, tem e já usou a Comissão a possibilidade de definir por regulamentos de isenção por categorias os auxílios que devem ser dispensados da obrigação de notificação.

Outras possibilidades de exceções também são admitidas. O artigo 89, n. 1 TCE tem como resultado a utilização de isenções por categorias para as liberações das proibições nos casos de ajudas públicas. Para tanto, existem regulamentos de isenção que se relacionam a auxílios para formação profissional, auxílios para pequenas e médias empresas e para ajudas

⁸⁹ A interpretação desta norma sempre gerou controvérsias entre a Comissão e a Alemanha e por tal foi muito tratada na doutrina. Há entendimentos de que o retrocesso de algumas *Bundesländer* não decorre da divisão em si, mas das condições dos diferentes sistemas econômicos adotados. Esta é a atual interpretação da Comissão, que não tem a norma como derogada com a Unificação, mas passou a interpretá-la estreitamente, como exceção. NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 297. E nem poderia, pois a manutenção deste preceito ainda no Tratado de Amsterdam foi devido ao veto alemão a sua supressão. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 242-243. Neste sentido KOENIG e HARATSCH, para quem "O atraso econômico dos novos Estados alemães em comparação com os antigos Estados não depende da divisão em si, mas do prejudicial sistema político-econômico que não é capaz de ser tomado em consideração". KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 330. Com esta interpretação também concorda o Tribunal. Lembram ainda os autores que mesmo em relação aos novos Estados a concessão de auxílios é dependente de uma estreita relação de causalidade entre o prejuízo econômico e o estabelecimento de linha divisória. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Op. cit.*, p. 1070. Exemplificando, FASTENRATH e MÜLLER-GERBES também têm que a aplicação desta exceção legal nos novos Estados é duvidosa, pois o Tribunal de Justiça de Primeira Instância reconheceu em uma decisão do ano de 2000 a inaplicabilidade do artigo 87, n. 2, letra c TCE. FASTENRATH, U.; MÜLLER-GERBES, M. *Op. cit.*, p. 101.

⁹⁰ A doutrina observa que o debate quanto ao carácter meramente exemplificativo dos artigos 81 e 82 TCE não é conclusivo, já que "Há os que consideram estas descrições legislativas como sendo 'tipos fechados'". A discussão pode ser acompanhada em PASSOS, Fernando. *O sistema de concorrência na União Europeia: modelo para o Mercosul?*, p. 32-33.

⁹¹ Sobre as diretrizes da Comunidade que reduziram o número de regiões e diminuíram os patamares máximos admissíveis destas ajudas, apontadas também como promotoras de uma reforma, ao lado das medidas aqui evidenciadas, ver KEPPELNE, Jean-Paul. *(R)évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'État*, p. 139-141.

ocupacionais⁹². Na condição de regulamentos, as isenções da proibição da concessão de auxílios públicos possuem aplicabilidade direta. Os Estados doadores não se submetem ao processo de notificação do artigo 88, n. 3 TCE. Isto é, caso uma ajuda cumpra os requisitos para a isenção disposta em algum dos regulamentos, o Estado está dispensado do dever de notificação. Ainda, outra vantagem observada com a adoção de regulamentos é que os processos sofrem uma facilitação e aceleração por ocasião da averiguação por parte da sobrecarregada Comissão, o que vinha muito relacionado aos desejos de reforma das regras de aplicação dos artigos 81 e 82 TCE.

O rol taxativo do artigo 87, n. 3 TCE apresenta cinco hipóteses. A primeira refere-se aos auxílios destinados a promover o desenvolvimento econômico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, conhecidas como as ajudas regionais e dizem respeito a territórios definidos. As regiões europeias não são economicamente homogêneas e, em função disso, há as que são sustentadas pelos Estados. Para que uma ajuda possa ser autorizada sob essa regra, a Comissão elabora um projeto coerente e orgânico que estabeleça previamente a linha de intervenção e os meios de realização.

A segunda hipótese do n. 3 refere-se aos auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-membro. Assim é o caso da construção de uma ponte ou de um aeroporto. Nestes, é prevalente o interesse geral comunitário ante a intervenção do Estado, o que permite que uma ajuda seja considerada compatível com as regras do Tratado. Bem como o dos auxílios destinados a sanar uma grave perturbação da economia de um Estado-membro, diversa de calamidades naturais ou de outro evento de natureza excepcional, pois essas vêm tratadas no n. 2, letra b, do mesmo artigo.

A terceira hipótese refere-se aos auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum. O conceito de atividade econômica não compreende qualquer tipo de atividade comercial, mas aquela que pode caracterizar a produção nacional de um Estado-membro. Deve ser assinalada com certa relevância na economia geral, e por tal um auxílio pode ser considerado compatível. Assim, vê-se a construção naval, a agricultura, a indústria automobilística e o transporte aéreo.

A quarta hipótese diz respeito aos auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do patrimônio, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na Comunidade em sentido contrário ao interesse comum. Ela tem sido empregada para favorecer a indústria editorial e

⁹² KOENIG, C.; HARATSCH, A. *Op. cit.*, p. 331 e PASCAR, N. A. *Op. cit.*, p. 98-101.

cinematográfica européia, obrigada a competir com a poderosa norte-americana, que dispõe de grandes investimentos e canais de distribuição.

Por fim, o artigo encerra as outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão. Essa alínea manifesta a larga margem de apreciação que a Comissão detém. A discricionariedade aqui é enorme, ainda que vozes doutrinárias vejam uma salvaguarda contra possíveis abusos nos condicionamentos da decisão do Conselho⁹³. Assim, o Tratado expressa o desejo de não limitar a vontade de aceitar outros tipos de ajudas, sempre e quando estas sejam relevantes para a finalidade perseguida.

A prática da Comissão pode ser melhor observada segundo os objetivos do fomento ou os destinatários do favorecimento⁹⁴. Quanto às ajudas segundo os objetivos do fomento, vale referir que as que diminuem os custos das empresas, sem propósitos ou projetos, são perniciosas e por tal não são autorizadas. Mas o artigo 87, n. 3, alínea a prevê exceções. Ajudas às exportações também são proibidas. Não cabem nem na exceção da regra *de minimis*. Ajudas financeiras para investimentos só são autorizadas com o objetivo de fomentos regionais ou envolvendo pequenas e médias empresas, ou ainda proteção ao meio ambiente. Alguns tipos de ajudas para pesquisa e desenvolvimento podem ser concedidas, em patamares entre 25 e 50 por cento dos custos brutos da pesquisa. Para a proteção ao meio ambiente, a Comissão possui regras do ano de 2000 com vistas à concessão de determinados auxílios. Quanto à formação profissional, desde 2001 grande parte dos auxílios dessa natureza estão liberados da notificação à Comissão, em função do Regulamento n. 68/2001/CE. Ainda, ajudas a vagas de trabalho só são permitidas em determinadas situações e por determinado tempo e necessitam ter como resultado a manutenção das vagas. Para a criação de novas vagas as ajudas são vistas com melhores olhos.

A prática da Comissão também se refere, por vezes, ao círculo de favorecidos. Aí é possível serem enquadrados projetos nacionais, em que certas ajudas, destinadas a algumas regiões, são automaticamente admitidas. Necessidades de investimentos em regiões de estruturas econômicas fracas tornam este tipo de auxílio não fatalmente impensável. Por tal, só são proibidos os auxílios que interferem na concorrência. Empresas em dificuldades representam uma outra categoria de favorecidos. Essas ajudas devem ser bem controladas, pois ações de salvamento podem meramente transferir esse problema a outras empresas ou Estados-membros. Quanto às pequenas e médias empresas, há disciplina no Regulamento n. 70/2001/CE. Ajudas a

⁹³ SCHINA, D. *Op. cit.*, p. 62.

⁹⁴ RAWLINSON, Francis. *Staatliche Beihilfen*. In: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.). *EU- und EG-Vertrag: Kommentar*, p. 1064-1066.

investimentos são permitidas em patamares de 15 por cento para pequenas e 7,5 por cento para médias, do total bruto dos custos.

2.3. Regras processuais aplicáveis aos Estados-membros

As regras processuais aplicáveis aos auxílios públicos encontram-se no artigo 88 TCE. A frase 3 do seu n. 3 detém aplicabilidade direta. Um detalhamento delas é encontrado no Regulamento n. 659/99 do Conselho⁹⁵. Enquanto o artigo 88 TCE apenas regula o procedimento em linhas gerais, ele contém um preciso e complementar caminho a ser seguindo, com o objetivo de tornar a fiscalização mais transparente e fornecer então uma melhor segurança do direito, eficiência e clareza. Até então a aplicação das regras processuais somente era entendida a partir da própria prática da Comissão e das decisões do Tribunal⁹⁶, o que tornava uma codificação sempre algo aguardado. Assim, pela primeira vez passou a Comunidade a contar com uma ordem processual codificada para as questões envolvendo as ajudas públicas.

2.4. Reformas dirigidas à modernização e descentralização nas regras

Assim como os artigos 81 e 82 TCE e o Regulamento de controle das concentrações de empresas, também as regras das ajudas públicas sofreram a sua própria reforma. Em 1998, o Conselho usou pela primeira vez em quase quarenta anos a autorização do artigo 89 TCE, que lhe permite emitir regulamentos de execução necessários à aplicação dos artigos 87 e 88 TCE.

⁹⁵ Uma análise ampla sobre o conteúdo dele e sobre as principais discussões levantadas, como por exemplo as envolvendo prazos em pedidos de novas informações pela Comissão quando esta considera que a notificação feita pelo Estado-membro não está a contento, as referentes à problemática do ressarcimento de auxílios ilegais concedidos ainda na fase da averiguação (descumprimento do *Stand-Still-Gebot*) antes mesmo do fim desta, bem como sobre um alargamento dos direitos dos terceiros, situação esta última que nem a Comissão, nem o Conselho, tinham interesse de alterar por ocasião do Regulamento n. 659/99, pode ser vista em SINNAEVE, Adinda. *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts*, p. 270-277. Elementos procedimentais e substanciais, especialmente sobre poderes da Comissão para emitir ordens com respeito às ajudas ilegais e sobre a comunicação de seus atos, ainda que as alterações não tenham sido grandes, podem ser vistos em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 266-267.

⁹⁶ Mesmo assim, de forma não codificada, permitia se falar na existência de uma ordem processual aplicável à concessão de ajudas públicas. ALTMEYER, Sabine. *Gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Beihilfen: Rückforderung und deren Durchsetzung im deutschen Recht*, p. 13-14.

Com efeito, o Regulamento n. 994/98 deu claros poderes à Comissão para excetuar, através de regulamentos de isenção por categorias, determinadas categorias de auxílios públicos horizontais. De certa forma, já vinha sendo admitido que certas situações padrões, cuja compatibilidade com o mercado comum não apresentavam problemas, sempre fossem dispensadas. Nessa autorização estava compreendida a possibilidade de isenção da proibição de ajudas dadas a uma mesma empresa, por um período e montante determinados, segundo o artigo 2º., n. 1⁹⁷. Auxílios que venham a se enquadrar nos requisitos disciplinados⁹⁸, através dos quais uma compatibilidade estará assegurada, também não se submeterão ao dever de notificação⁹⁹. Obrigados à notificação restarão apenas os auxílios referentes aos grandes projetos. É o mesmo que dizer que o processo de notificação *ex ante* foi substituído por um controle *ex post*, que em função da aplicabilidade direta é exercido por mais órgãos, inclusive nacionais. Os tribunais nacionais devem averiguar se os requisitos dos regulamentos de isenção por categorias são cumpridos e decidir a compatibilidade com o mercado comum. Para tal descentralização, alegou a Comissão o acúmulo de trabalho.

Em 1999 surgiu o Regulamento n. 659/99 sobre regras de procedimento, também fundado na autorização do artigo 89 TCE, que disciplinou os diferentes processos do controle de auxílios e promoveu em uma matéria sempre considerada obscura uma melhor transparência e segurança. Ambos os regulamentos citados serviram para modernizar e fornecer uma nova orientação ao direito de concessão de ajudas públicas. Seu principal significado está no valor de uma codificação de regras processuais antes só tidas em comunicações e sentenças, e não tanto nelas próprias, e na segurança jurídica atingida¹⁰⁰.

⁹⁷ Comentários sobre a nomeação de cinco categorias já neste regulamento, o que viria a facilitar a posterior regulamentação dele, como de fato ocorreu, pois as categorias já eram bem conhecidas, podem ser vistos em KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 133-138.

⁹⁸ A discussão doutrinária até então questionava se os regulamentos baseados no artigo 89 TCE (ou os baseados no baseado neste artigo, que é o que veio a ocorrer) poderiam ampliar o catálogo de ajudas consideradas compatíveis com o mercado comum. A resposta parecia ser negativa, ante a impossibilidade de um regulamento alterar disposições do direito primário. FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Op. cit.*, p. 643. O catálogo não poderia ser ampliado, nem quando se tratasse de ajudas que promovessem a realização dos fins perseguidos pelo Tratado. CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 240.

⁹⁹ GUAL, Jordi. *Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea*, p. 96.

¹⁰⁰ SINNAEVE, A. *Op. cit.*, p. 277. Também sobre a importância de ambos os regulamentos para o desenvolvimento do direito comunitário do controle das ajudas públicas nos anos subsequentes aos seus lançamentos ver NOWAK, C. *Op. cit.*, p. 293-306. Um primeiro balanço positivo da aplicação do Regulamento n. 659/99, especialmente quanto ao fato de ele ter conduzido para confirmações e modificações das interpretações tidas pela Comissão até o seu surgimento, pode ser encontrado em BARTOSCH, Andreas. *5 Jahre Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, eine Zwischenbilanz*, p. 43-49.

2.5. Primeiros regulamentos de isenção por categorias

Já em 2001 a Comissão emitiu três regulamentos, à imagem e semelhança dos regulamentos de isenções por categorias relacionados com o artigo 81, n. 3 TCE. Pela primeira vez alguns setores recebedores de ajudas eram dispensados da notificação. A partir de então, sempre que os requisitos do regulamento de isenção fossem cumpridos, as ajudas podiam ser concedidas sem a autorização da Comissão. Essa também foi a primeira vez que a Comissão usou de seus poderes delegados pelo Conselho mais de dois anos antes no Regulamento n. 994/98¹⁰¹, o primeiro aqui abordado em termos de reformas. Os regulamentos receberam os ns. de 70/2001, 68/2001 e 69/2001. Respectivamente, trataram dos temas de auxílios às pequenas e médias empresas, especialização, bem como houve a codificação da regra *de minimis* para as ajudas públicas. Os dois primeiros são vistos como típicos regulamentos de isenção por categorias¹⁰² e o último é como o estabelecedor da regra que até então só fazia parte de uma comunicação. Isso tudo promoveu alterações na aplicação das regras dos auxílios e por tal pode ser visto como um *Novum*¹⁰³, ou ao menos como uma reforma que trouxe transparência e segurança jurídica aos participantes do processo. A novidade é que eles definiram os critérios de autorização para a concessão de auxílios, isto é, regulam a dispensa do até então centralizador e abrangente controle da Comissão.

Visto o caso de outra forma, é de ser dito que o controle do cumprimento dos critérios de concessão de determinados tipos de auxílios foi transferido da Comissão para os Estados-membros¹⁰⁴. Esses regulamentos oferecem a possibilidade de um controle de auxílios ao nível de Estado-membro. Isto é, concorrentes que se sintam prejudicados podem dirigir suas queixas à Comissão ou diretamente aos tribunais nacionais, caso acreditem que as condições para a concessão do auxílio, segundo os regulamentos, não foram satisfeitas¹⁰⁵. A única limitação parece estar no grau de discricionariedade, que no caso dos Estados-membros restará limitado. Assim, não poderá ser declarada

¹⁰¹ Os motivos desta demora, como oferecimento de propostas, prazos de consultação, votação, oitivas, recebimento de manifestações, pelos quais também a Comissão preferiu emitir os três regulamentos simultaneamente, podem ser vistos em SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 69.

¹⁰² Um detalhamento das regras dos regulamentos pode ser consultado em CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 251-254 e 260-263.

¹⁰³ SINNAEVE, A. *Op. cit.*, p. 67.

¹⁰⁴ Dúvidas sobre o fato dos tribunais nacionais disporem de meios e de mentalidade jurídico-econômica necessários para julgar casos desta natureza foram levantadas por CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Op. cit.*, p. 239.

¹⁰⁵ SINNAEVE, A. *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts*, p. 270, nota de rodapé número 3.

a incompatibilidade das ajudas, mas somente sancionada a ilegalidade pela obrigação da violação de notificação¹⁰⁶.

Os argumentos levados em conta para essa reforma foram, em regra, a necessidade de supressão das incertezas, a multiplicação de notificações, o aumento do número de processos, a explosão do contencioso perante o juiz comunitário, a necessidade de descarga da Comissão e a possibilidade de ela, em função disso, concentrar-se nos casos mais graves¹⁰⁷. A experiência mostrava que os processos de notificação não ofereciam vantagens nítidas e limitavam a Comissão a dirigir seus recursos a casos que falseavam de forma mais nefasta a concorrência. Já para os Estados os benefícios também foram sensíveis, especialmente em ordem de eficiência, economia e no reforço do princípio de subsidiaridade¹⁰⁸.

Em termos de conteúdo, os regulamentos não alteraram a política da Comissão. Apenas facilitaram o processo, pois trouxeram os critérios materiais para a autorização de certas ajudas em si. Esses critérios não diferiram muito dos que já vinham sendo aplicados pela Comissão¹⁰⁹. Eles estabeleceram um teto máximo que, superado, determina às ajudas o caminho normal da notificação regulado pelo artigo 88, n. 3 TCE. Com isso, segue a Comissão a controlar as grandes ajudas, isto é, as que podem ter grande efeito na concorrência.

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 da ajuda pública com o mercado comum. Trata-se da 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.

¹⁰⁶ KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 136.

¹⁰⁷ KEPPELNE, J.-P. *Op. cit.*, p. 125. KOENIG e KÜHLING falam da necessidade da focalização do raio do controle (*Fokussierung des 'Kontrollstrahls'*) como um dos princípios para a redução de inseqüências e déficits no controle de ajudas públicas. KOENIG, C.; KÜHLING, J. *Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung?*, p. 521.

¹⁰⁸ SINNAEVE, A. *Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts*, p. 270 e SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 70.

¹⁰⁹ SINNAEVE observa apenas se não teria sido a oportunidade de a Comissão retocar o conceito de pequenas e médias empresas, o que melhoraria a segurança jurídica. SINNAEVE, A. *Die ersten Gruppenfreistellungen: Dezentralisierung der Beihilfenkontrolle?*, p. 72.

A Comunidade ainda se adapta às ampliações de Estados-membros de 2004 e 2007, à modernização da aplicação das normas dos artigos 81 e 82 TCE e à nova regulamentação das ajudas públicas. Todos esses processos representaram e seguem representando, como será visto agora, grandes desafios à defesa da concorrência.

3. Novo Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas (Regulamento n. 800/2008, da Comissão, de 6 de agosto de 2008)

A Comissão não perdeu de vista a necessidade do desenvolvimento do direito comunitário das ajudas públicas. Com caráter programático, ela adotou, no ano de 2005, um “Plano de Ação no Domínio das Ajudas Públicas”¹¹⁰, isto é, um “roadmap” para a reforma do direito comunitário das ajudas públicas prevista para ocorrer de 2005 a 2009, que deveria viabilizar a tomada de menores e melhor orientadas ajudas públicas no mercado comum. Esse plano de ação previu no ponto 35 a promulgação de um Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas, que isentaria do dever de notificação determinadas categorias de ajudas, de acordo com o artigo 88, n. 3, do Tratado da Comunidade Européia. Também o processo de autorização previsto no artigo 87 do Tratado deveria ser tornado previsível e mais rigorosamente executável. A Comissão buscava fortalecer a economia do bloco com a liberação de certas ajudas públicas tidas como compatíveis com o Tratado e com a geração de postos de trabalho duráveis, assegurando a união social e regional e a melhoria da qualidade dos serviços públicos¹¹¹. Esse Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas (RGIC) foi adotado como Regulamento n. 800/2008¹¹², em 6 de agosto de 2008.

Já antes da adoção do Regulamento Geral de Isenção por Categorias existiam, assim desde o ano 2001, regulamentos de isenção setorializados para determinadas categorias de ajudas públicas. Esses abrangiam os campos das pequenas e médias empresas¹¹³, ajudas públicas para a formação¹¹⁴ e ajudas *de minimis*¹¹⁵, isto é, ajudas que não ultrapassavam um certo limite monetário¹¹⁶. Além disso, a Comissão havia emitido regulamentos

¹¹⁰ Comunicação da Comissão Européia COM (2005), 107, versão final de 7 de junho de 2005.

¹¹¹ BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1093.

¹¹² JOCE n. L 214, de 9 de agosto de 2008, p. 3.

¹¹³ Regulamento n. 70/2001, alterado pelo Regulamento n. 364/2004.

¹¹⁴ Regulamento n. 68/2001.

¹¹⁵ Regulamento n. 69/2001.

¹¹⁶ O artigo 2º., número 2 do Regulamento n. 69/2001 ordenou um teto de 100 mil euros para as ajudas.

especiais nos anos seguintes para os campos de ajudas para o trabalho¹¹⁷, ajudas de investimentos regionais¹¹⁸, bem como para determinadas ajudas para empresas que se ocupassem da produção, processamento e comercialização de produtos agrícolas¹¹⁹ ou de pesca¹²⁰.

Todos esses regulamentos buscavam o objetivo de substituir o controle *ex ante* de ajudas estatais previsto nos artigos 87 e 88 TCE por um controle *ex post*¹²¹. Eles levavam a um complexo emaranhado de fontes jurídicas, pois, para a afirmação sobre se uma determinada ajuda estatal estava de acordo com o Direito da Comunidade Européia, deviam ser empregados diferentes regulamentos de forma paralela. Essa ausência de clareza afetava a segurança jurídica e a previsibilidade da aplicação legal¹²². Além disso, exigiam um considerável esforço burocrático dos Estados-membros e das empresas que tivessem a intenção de obter ajudas estatais¹²³.

Frente a esse pano de fundo, os regulamentos existentes deveriam ser centralizados em um único regulamento, um regulamento geral de isenção por categorias. Assim, foi através de uma revisão dos regulamentos citados, que se objetivou uma simplificação e maior coerência no direito comunitário das ajudas públicas¹²⁴. A - por assim dizer - dispensa “automática” de uma série de ajudas públicas deveria se encontrar resumida em um documento legislativo homogêneo¹²⁵, o qual deveria ter a preferência quando houvesse coincidência com as diretrizes e com o enquadramento comunitário regulado pela Comissão¹²⁶, e assim poder contribuir para uma maior clareza.

Os trabalhos preparatórios para o RGIC foram iniciados em abril de 2007. Após a oitiva do público interessado, a Comissão desenvolveu sucessivamente três projetos de regulamentos. Sobre as bases do último, isto é, do terceiro projeto, foi gerada, em acordo com os Estados-membros, a versão final do RGIC, na data de 7 de agosto de 2008. Para facilitar o trabalho com o regulamento na prática a Direção Geral de Concorrência da Comissão Européia atualizou o seu (juridicamente não vinculativo) “Vademecum: Community law on

¹¹⁷ Regulamento n. 2204/2002, alterado pelo Regulamento n. 363/2004.

¹¹⁸ Regulamento n. 1628/2006.

¹¹⁹ Regulamento n. 1/2004, substituído pelo Regulamento n. 1857/2006.

¹²⁰ Regulamento n. 736/2008.

¹²¹ BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3612.

¹²² CHOUEKA, Rosie. A small revolution. *New Law Journal*, p. 1176.

¹²³ BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1093.

¹²⁴ Ver o Considerando n. 4 do Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas, n. 800/2008, da Comissão, de 06 de agosto de 2008.

¹²⁵ BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1093-1094.

¹²⁶ BIEBER, Roland; EPINEY, Astrid; HAAG, Marcel. *Die Europäische Union: Europarecht und Politik*, p. 389.

State aid” em língua inglesa¹²⁷. Esse documento serve como um guia para os aplicadores do direito e permite um acesso inicial e rápido à informação de se uma ajuda pública determinada é permitida de acordo com as disposições do RGIC.

3.1. Princípios fundamentais e estrutura do RGIC

O RGIC divide-se em sua estrutura básica em três capítulos. O primeiro, intitulado “Disposições comuns” (artigos 1º. a 12 RGIC), apresenta uma parte geral do regulamento, que é aplicada para todas as ajudas públicas compreendidas no âmbito de aplicação do regulamento. Primariamente são tratados aspectos processuais da concessão de ajudas públicas¹²⁸. Contudo, o regulamento apresenta nessa parte também princípios fundamentais do direito comunitário das ajudas públicas, que, ainda que se restrinjam ao âmbito de aplicação do regulamento, colocam, com caráter de diretrizes, regras para a compatibilidade de ajudas públicas com o mercado comum. Assim, regula o artigo 5, n. 1 RGIC, que as ajudas devem ser transparentes, para que desfrutem da isenção tratada pelo regulamento. O princípio da transparência deve ser considerado como uma diretriz do direito comunitário das ajudas públicas.

O segundo capítulo (artigos 23 a 42 RGIC) estabelece regras especiais para determinadas e específicas categorias de ajudas estatais. Estas são, em parte, formuladas de forma bastante abrangente. Fundamentalmente há de se dizer que, primeiramente, os já existentes regulamentos de isenção por categorias foram atualizados e resumidos e que, em segundo lugar, foram criadas, pela primeira vez, condições de isenção por categorias para tipos de ajudas, para as quais até então não existia nenhuma regulamentação de isenção.

Finalmente, no terceiro capítulo encontram-se disposições finais (artigos 43 a 45 RGIC) que, sobretudo, são de relevante significado para a correta aplicação intertemporal do regulamento. A isso agregue-se ainda três anexos, sendo que o primeiro pode ser considerado como de grande importância. Nele encontra-se uma definição do conceito de “pequenas e médias empresas”, que é aplicada no documento – e não somente nele, mas também, e a cada vez mais, em todo o direito comunitário das ajudas públicas.

¹²⁷ Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.cfm. Consulta realizada em 25 de julho de 2009.

¹²⁸ NYSSSENS, Harold. The General Block Exemption Regulation (GBER): bigger, simpler and more economic. *Competition Policy Newsletter*, p. 13.

1. Artigo 3º. RGIC como norma fundamental

O princípio e objetivos fundamentais do regulamento encontram-se no artigo 3º., n. 1 RGIC: “Os regimes de ajudas que preenchem todas as condições fixadas no Capítulo I do presente regulamento, bem como as disposições relevantes do Capítulo II do presente regulamento são compatíveis com o mercado comum na acepção do n. 3 do artigo 87 do Tratado e isentos da obrigação de notificação estabelecida no n. 3 do artigo 88 do Tratado, desde que as ajudas individuais concedidas ao abrigo desses regimes preencham todas as condições fixadas no presente regulamento e que o regime faça expressamente referência ao presente regulamento, citando o seu título e a referência de publicação no *Jornal Oficial da União Européia*”.

São instituídas, portanto, para determinadas ajudas públicas, isenções da obrigação de fornecimento de declaração de compatibilidade com o artigo 87, n. 3 TCE e isenções da obrigação de comunicação à Comissão, exposta no artigo 88, n. 3 TCE. A partir dessa circunstância, se esclarece a definição extremamente diferenciada do âmbito de aplicação do RGIC, exposta no seu artigo 1º., que é feita segundo categorias de ajudas, de acordo com o artigo 1º., n. 1, com exceções no n. 2, segundo setores da economia englobados no regulamento, em função do artigo 1º., n. 3, com exceções no n. 4, e segundo as demais ajudas públicas para as quais o regulamento não é aplicável, expressas nos ns. 5 e 6, com definições de conceitos no n. 7¹²⁹. A possibilidade de liberação de determinadas categorias de ajudas públicas é considerada uma parte não desprezível do campo de aplicação do RGIC, motivo pelo qual o correto manejo dos conceitos lá definidos assume um especial significado.

2. Influência da jurisprudência de tribunais europeus presente no RGIC

O RGIC absorveu, além das experiências da Comissão, também o desenvolvimento da jurisprudência européia para o direito das ajudas públicas. Isto foi claramente demonstrado, por exemplo, em um momento de definição do âmbito de aplicação do regulamento: o artigo 1º., n. 6, letra b RGIC prescreve que do âmbito de aplicação do regulamento estão excetuadas ajudas ad hoc a favor de empresas sujeitas a uma injunção de recuperação, ainda pendente, tomada na seqüência de uma decisão anterior da Comissão que tenha declarado a ajuda ilegal e incompatível com o mercado comum. O considerando 16 esclarece essa determinação, dizendo que a Comissão deveria garantir que as ajudas autorizadas não alterassem as condições do mercado ao ponto de contrariarem o interesse comum. O pano de fundo do dispositivo é a decisão do

¹²⁹ Para um melhor detalhamento sobre o âmbito de aplicação ver BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3613 e seguintes.

Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE) no Caso Deggendorf¹³⁰, no qual o Tribunal decidiu que o não ressarcimento de uma ajuda pública ilícita representa um fundamento objetivo que pode vir a ser considerado no momento da averiguação da compatibilidade com o mercado comum de uma nova ajuda pública para o mesmo destinatário. Confrontada com esse tipo de situação, a Comissão tem a possibilidade de continuar com o dever de notificação ainda existente, de acordo com o artigo 88, n. 3 TCE, submetendo o caso concreto a uma análise *ex ante*, uma vez que o RGIC não encontra nenhuma aplicação nessa oportunidade. Vista a regra por outro lado, isso significa que todo o destinatário de ajudas que deseja se valer das isenções previstas no RGIC, deve sofrer a averiguação de se contra ele ainda existem demandas de ressarcimentos de ajudas ilícitas em aberto. Isso tem como consequência uma elevação dos gastos com meios para a obtenção de informações¹³¹.

3.2. Parte geral do RGIC (artigos 1º. a 12)

Conforme anteriormente citado, o artigo 1º. RGIC define o âmbito de aplicação do regulamento. O artigo 2º. contém definições conceituais centrais que valem para todo o regulamento. A elas se agrega o conceito de “pequenas e médias empresas”, para o qual o artigo 2º., n. 7 RGIC apresenta uma remessa expressa ao Anexo I do regulamento. O artigo 3º., como norma de base, exige que todas as regras de ajudas, ajudas individuais e ajudas ad-hoc devem corresponder às exigências do RGIC. Por isso que as normas relevantes do RGIC devem ser claramente mencionadas nas regras de ajudas públicas.

Os artigos 4º. a 8º. RGIC regulam as exigências básicas materiais para as ajudas submetidas ao âmbito de aplicação do RGIC, enquanto os artigos 9º. a 11 estabelecem pressupostos formais. De grande importância no tocante ao conteúdo, ou seja, às exigências básicas materiais, são os artigos 5º., com a busca de *transparência*, e 8º., com a exigência do *efeito de incentivo* para as ajudas públicas. Eles tratam dos pilares da parte geral do RGIC.

1. *Transparência no artigo 5º. RGIC*

No interesse da transparência, da igualdade de tratamento e de um controle eficiente de ajudas públicas deve o RGIC ter aplicação somente para ajudas transparentes¹³². Dessa forma, dispõe primeiramente o n. 1 do artigo 5º. sobre o referido princípio, a fim de, posteriormente, estabelecer indicações exatas

¹³⁰ TJCE, Sentença de 15 de maio de 1997, C-355/95 (TWD - Textilwerke Deggendorf GmbH/Comissão).

¹³¹ BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1093 e seguintes.

¹³² Ver o Considerando n. 20 do Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas, n. 800/2008, da Comissão, de 06 de agosto de 2008.

para formas específicas de ajudas. Quando o desejado critério de transparência é fundamentalmente preenchido é uma questão definida no artigo 2º., n. 6 RGIC: uma ajuda é transparente quando é possível calcular previamente e com precisão o seu equivalente-subvenção bruto¹³³ sem que seja necessário realizar uma avaliação dos riscos. Essa regra foi inspirada¹³⁴ no artigo 2º., n. 4 do Regulamento *de minimis*¹³⁵. Isso significa, antes de tudo, que ajudas diretas na forma de subsídios ou juros, isto é, dispêndios em dinheiro de um Estado-membro à uma empresa que tem a intenção de recorrer a ajudas, devem ser vistos em geral como transparentes. Para outras formas de ajudas, como para garantias, torna-se decisivo saber se é exigível ou não uma avaliação de riscos para a concessão. Isso deve ser julgado tendo em conta o passado da concreta forma de ajuda pública em questão.

Em contrapartida, algumas determinadas formas de ajudas são vistas *per se* como intransparentes, como, por exemplo, determinadas formas de ajudas incluídas em medidas de capital de risco¹³⁶, para cuja compreensão cabe uma vista no artigo 5º., n. 2, letra b do regulamento. Isso leva, segundo a natureza da coisa, a um privilégio consciente a determinadas formas de ajudas, como as ajudas diretas ou os empréstimos¹³⁷. Permite, contudo, que seja justificado o controle de ajudas sobre formas complexas, como as incluídas em medidas de capital, pois conformadas de forma essencialmente mais difícil e dispendiosa, de forma que os mecanismos de autorização e notificação previstos pelo TCE possam ser efetivos.

2. Efeito de incentivo no artigo 8º. RGIC

A regra sobre o efeito de incentivo do regulamento representa uma importante inovação. O artigo 8º., n. 1 postula que, segundo o regulamento, só podem ser isentas as ajudas que tenham um efeito de incentivo. O pensamento aqui tomado por base é que as ajudas para medidas de subsídios devam ser causais, isto é, que o destinatário do auxílio não iria executar a medida sem a ajuda. Pois a ajuda deve proporcionar um comportamento determinado e relevante de um participante do mercado nesse mercado e não apenas tornar mais barato um comportamento que é, de qualquer forma e sob qualquer

¹³³ O equivalente-subvenção bruto representa o valor do benefício antes da dedução dos impostos.

¹³⁴ BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3614.

¹³⁵ Regulamento n. 1998/2006; sobre a questão ver NORDMANN, Matthias Johannes. Die neue de-minimis Verordnung im EG-Beihilfenrecht. *Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht*, p. 752 e seguintes.

¹³⁶ Sob a expressão capital de risco entende-se, segundo o artigo 2, n. 25 RGIC, o investimento no financiamento de empresas na fase inicial (Seed-, Start-up- und Expansionsfinanzierung) com capitais próprios e meios similares a capitais próprios.

¹³⁷ Em posição crítica por isso, ver BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1093.

circunstância, realizado:¹³⁸ a ajuda deve “estimular” esses tipos de comportamento. Tenha-se em conta o exemplo de uma empresa que quer construir uma nova fábrica e pede uma ajuda pública. Para que haja um efeito de incentivo, é necessário que ela não estivesse propensa a construir a nova fábrica sem a ajuda pública. Se ela fosse construir a fábrica de qualquer maneira e quisesse a ajuda apenas para que os custos fiquem mais baratos para ela, não se trata aqui de um efeito de incentivo. Melhor dito, tem-se que a ajuda pública tem que ser uma *conditio sine qua non* para o comportamento para o qual ela é solicitada.

Antes da publicação do RGIC já fora presumido um efeito de incentivo, se a empresa favorecida em questão propusesse um pedido de ajuda em um Estado-membro, antes que se iniciasse a execução dos projetos ou das atividades fomentados. A idéia é que se a empresa pedir uma ajuda antes de realizar o projeto, tem-se um indicativo de que ela não é capaz de realizar o mesmo sem a ajuda. Pelo contrário, se ela já começou a realizar o projeto antes de pedir a ajuda, há um indicativo de que a ajuda serve apenas para a diminuição dos custos e, por conta disso, não é uma *conditio sine qua non* para o projeto.

Essa presunção de efeito de incentivo vigora, agora depois do surgimento do regulamento, somente ainda para pequenas e médias empresas¹³⁹. Grandes empresas, pelo contrário, devem sempre provar que um efeito de incentivo será gerado com a obtenção da ajuda requerida. Afirmações mais precisas de como essa explicação deve ser dada podem ser retiradas do considerando n. 29 RGIC: A grande empresa deve analisar, num documento interno, a viabilidade do projeto com e sem a ajuda pública. O Estado-membro, para o qual a ajuda foi requerida, deve ser capaz de verificar, com base nesse documento, se ela gera (a) um aumento significativo da dimensão e da abrangência do projeto ou da atividade, (b) um aumento significativo do montante total a ser despendido pelo beneficiário para o projeto ou atividade objeto da subvenção ou (c) um aumento significativo na rapidez da conclusão do projeto implicado¹⁴⁰. Essa obrigatoriedade de documentação cria um sensível aumento de despesa para as grandes empresas. Contudo, a Comissão não quer ir tão longe, ao ponto de verificar a decisão empresarial até nos mínimos detalhes¹⁴¹.

¹³⁸ Ver sobre a questão do efeito de incentivo em EHRICKE, Ulrich. Gruppenfreistellungsverordnung. In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, nota de margem número 178.

¹³⁹ Para o conceito de pequenas e médias empresas veja o artigo 2º., n. 7, em associação com o Anexo I, Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas, n. 800/2008, da Comissão, de 06 de agosto de 2008.

¹⁴⁰ Os conceitos são expressos de forma ampla e necessitam ainda de concretização por meio de prática da Comissão ou, conforme o caso, pela jurisprudência do TJCE. Veja BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1094.

¹⁴¹ BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3615.

3. Pressupostos formais da isenção

Os pressupostos formais da isenção presentes nos artigos 9º. a 11 dizem respeito à cooperação dos Estados-membros e da Comissão. Uma preocupação das regulamentações é de informar o público sobre as ajudas públicas que foram liberadas. Assim, prescreve o n. 1, do artigo 9º. RGIC que a Comissão deve promover uma comunicação breve sobre as ajudas isentas segundo o RGIC, publicando resumos no Jornal Oficial da Comunidade Européia e na internet. Além disso, segundo o n. 2, frase 1, do mesmo artigo, após a entrada em vigor de um regime de ajudas ou da concessão de uma ajuda *ad hoc*, o Estado-membro em questão publicará na internet o texto integral da medida. Isso alcança uma maior transparência que alhures, mas aumenta, contudo, os custos administrativos também para os Estados-membros¹⁴².

O artigo 10 do regulamento prevê que a Comissão monitore regularmente as ajudas que foram comunicadas por força do artigo 9º RGIC. Aos Estados-membros são impostas, ainda, outras obrigações de informar. Assim, devem redigir notas que contenham todas as informações, ressaltando que os pressupostos de isenção estipulados no RGIC foram cumpridos. No caso de um Estado-membro não apresentar essa informação de forma apropriada regularmente, a Comissão pode, após a imposição de um prazo e o transcurso sem sucesso deste, adotar uma decisão que estabeleça que todas ou parte das medidas para ajudas públicas futuras, abrangidas pelo regulamento, devam ser notificadas à Comissão, segundo o n. 3, do artigo 88 TCE, em atenção ao disposto no artigo 10, n. 3, frase 2 do RGIC. Nesse caso os Estados-membros (e indiretamente as empresas desses) perdem as vantagens jurídicas do RGIC¹⁴³.

3.3. Parte especial do RGIC (artigos 13 a 42)

A parte especial do RGIC é diferenciada por categorias de ajudas e elabora requisitos para cada uma dessas categorias. As regras são muito diferentes e detalhadas, de forma que se possa tratar, nessa parte do artigo, somente de questões escolhidas com especial ênfase às inovações essenciais.

1. Novas categorias de ajudas

De grande importância são três novas categorias de ajudas, que foram pela primeira vez reguladas por um regulamento da Comissão Européia: ajudas públicas para mulheres na condição de empresárias, desde que se trate

¹⁴² BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1094.

¹⁴³ Detalhadamente a respeito da decisão segundo o artigo 10, n. 3, frase 2 RGIC, ver BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3615.

de uma empresa pequena e recém criada (artigo 16 RGIC); ajudas à proteção ambiental (artigos 17 a 25) e determinadas modalidades de ajudas sob a forma de capital de risco (artigos 28 e 29).

As ajudas públicas para mulheres como empresárias devem ajudar a reduzir diferenças existentes de fato entre homens e mulheres em âmbito empresarial¹⁴⁴. O TJCE sempre enfatizou o significado do tratamento igualitário fático, em especial para o campo do direito do trabalho¹⁴⁵. Ele também é agora especialmente considerado no tratamento das ajudas públicas.

As novas ajudas públicas para a proteção ambiental trazem o conhecimento de que sob condições normais de mercado não há necessariamente o suficiente estímulo para as empresas agirem de forma ecologicamente correta, porque com isso possivelmente aumentem os seus custos¹⁴⁶. As novas regras correspondem ao atual programa da Comissão de proteção ao clima, de janeiro de 2008¹⁴⁷.

As normas são lidas como um “regulamento dentro do regulamento”. No artigo 17 há relevantes definições de conceitos que orientam os artigos seguintes sobre os pressupostos gerais e específicos para uma isenção. As regras referem-se a medidas de incentivos muito concretas, como, por exemplo, as do artigo 22, sobre a co-geração de calor e força com elevada eficiência por plantas de produção de energia (Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen).

A modalidade de ajudas públicas sob forma de capital de risco é especialmente necessitada de regras. De acordo com o artigo 28, n. 2 RGIC essas ajudas somente são possíveis na forma de uma participação num fundo de capitais de investimento com fins lucrativos e gerido numa base de princípios econômicos. O que se entender por “fins lucrativos” e “gerido numa base de princípios econômicos” é estabelecido detalhadamente no artigo 29, ns. 7 e 8 RGIC.

2. Inovações para as existentes categorias de ajudas públicas

As categorias de ajudas já existentes são reguladas de forma agrupada na parte especial do regulamento. No centro da questão estão ajudas de todos os tipos para as pequenas e médias empresas. Essas devem poder receber, de uma maneira mais simples, recursos para formação, pesquisa e desenvolvimento, como já buscou o “Small Business Act” dentro do Plano de Ação para a Europa¹⁴⁸, de 25 de junho de 2008¹⁴⁹. Deve ser dada a possibilidade

¹⁴⁴ Ver o Considerando n. 44 do Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas, n. 800/2008, da Comissão, de 06 de agosto de 2008.

¹⁴⁵ Ver, por exemplo, TJCE, Sentença de 6 de dezembro de 2007, C-300/06 (Voß/Land Berlin).

¹⁴⁶ Ver o Considerando n. 45 do Regulamento Geral de Isenção por Categorias de ajudas públicas, n. 800/2008, da Comissão, de 06 de agosto de 2008.

¹⁴⁷ NYSSSENS, Harold. The General Block Exemption Regulation (GBER): bigger, simpler and more economic. *Competition Policy Newsletter*, p. 17.

¹⁴⁸ Comunicação da Comissão Europeia COM (2008), 394.

aos Estados-membros de apoiarem pequenas e médias empresas em diferentes estados com ajudas públicas. Por isso foi significativamente aumentada especialmente a quantia de dinheiro para ajudas públicas a pequenas e médias empresas que os Estados-membros podem conceder sem a necessidade de cumprir com as obrigações de comunicação. Hoje ela está em 7,5 milhões de euros¹⁵⁰.

O significado especial de pequenas e médias empresas para a economia também é considerado como prioridade no Mercosul. Com a decisão n. 10/07, de 28 de junho de 2008¹⁵¹, o Conselho do Mercado Comum decidiu que o Grupo do Mercado Comum deveria receber a tarefa da preparação de propostas para a criação de um Fundo do Mercosul de Apoio a Pequenas e Médias Empresas.

No plano interno dos Estados-partes, existe no Brasil desde o final de 2006 o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte¹⁵², documento esse que oferece abrangentes regras para a proteção dessas empresas. Certas regras para ajudas públicas em modalidades especiais são encontradas, por exemplo, nos artigos 65 a 67 do Estatuto, os quais regulam o apoio à inovação para pequenas e médias empresas.

No RGIC também foram compiladas e simplificadas as regras de ajudas a trabalhadores desfavorecidos, seriamente desfavorecidos e portadores de deficiências¹⁵³. Observa-se que assim podem, por exemplo, empregados seriamente desfavorecidos, isto é, pessoas que estejam sem atividades há no mínimo 24 meses, receber complementações salariais na forma de ajudas públicas no caso de uma contratação para uma relação empregatícia para um período de dois anos, conforme o disposto no artigo 40, n. 3, frase 2 RGIC.

Um exemplo de acolhimento e incorporação no regulamento de regras já existentes, apenas com pequenas alterações, oferecem as normas para as ajudas públicas regionais: o artigo 13 RGIC acolheu as normas do Regulamento n. 1628/2006, de 24 de outubro de 2006. Em relação ao conteúdo, o RGIC tornou dispensável uma exigência estabelecida de acordo com aquele regulamento, que determinava que a instância nacional que concedia a ajuda, segundo as leis aplicáveis a ela, deveria realizar uma avaliação da capacidade de concessão da ajuda, antes do início da medida¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Ver OELGARTH, Achim. Brüssel aktuell – „Small Business Act“ für Europa. *Wertpapiermitteilungen*, p. 1427 e seguintes.

¹⁵⁰ NYSSSENS, Harold. The General Block Exemption Regulation (GBER): bigger, simpler and more economic. *Competition Policy Newsletter*, p. 16.

¹⁵¹ Mercosul/GMC/Decisão n. 10/07, de 28 de junho de 2008.

¹⁵² Brasil. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.

¹⁵³ As definições dos conceitos de “trabalhador desfavorecido”, “trabalhador seriamente desfavorecido” e “trabalhador com deficiência” encontram-se no artigo 2º., ns. 18 a 20 RGIC.

¹⁵⁴ Ver particularidades em BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3615.

3.4. Disposições transitórias, adequações nacionais e perspectivas

A fundamental transformação e concentração das regras comunitárias sobre a isenção de ajudas públicas aqui vistas tornaram necessária uma regra abrangente para o período de transição, de forma que os Estados-membros e as empresas pudessem se ajustar a eventuais novos deveres advindos com o RGIC. Os regulamentos até então existentes para ajudas públicas particulares puderam ainda ser aplicados até 31 de dezembro de 2008, conforme o artigo 44, n. 2 RGIC, e mesmo em paralelo às regras do novo regulamento. Aos Estados-membros havia, então, nesse sentido, uma espécie de direito de escolha¹⁵⁵. Desde 1º de janeiro de 2009, contudo, tem-se a aplicação exclusiva do novo regulamento. Ele próprio vale até 31 de dezembro de 2013. Deve ser referido, nesse contexto, o fato de que os Estados-membros podem cumprir seus deveres de informação através de um sistema on-line, o assim chamado State Aid Notifications Interactive System (SANI ou Sistema Interativo de Notificações de Ajudas Públicas)¹⁵⁶.

Os Estados-membros deviam e devem, em qualquer dos casos, emitir regulamentações sobre a implementação do RGIC, as quais devem regular em especial a competência dos órgãos nacionais. Dessa forma, na Alemanha, foi estabelecida, por meio do parágrafo 14a da lei de tráfego de mercadorias¹⁵⁷, a competência do Escritório Federal para o Tráfego de Mercadorias (Bundesamt für Güterverkehr) em relação ao tratamento das questões que envolvem ajudas de formação profissional concedidas de acordo com a seção 8 do regulamento (artigos 38 e 39).

¹⁵⁵ NYSSSENS, Harold. The General Block Exemption Regulation (GBER): bigger, simpler and more economic. *Competition Policy Newsletter*, p. 18.

¹⁵⁶ Disponível em: <https://webgate.ec.europa.eu/competition/sani/login/index.cfm>. Consulta realizada em 25 de julho de 2009.

¹⁵⁷ Lei de tráfego de mercadorias de 22 de junho de 1998 (BGBl. I, p. 1485), na última vez alterada pelo artigo 2º da Segunda Lei para a modificação da lei sobre o pedágio em autoestradas para veículos utilitários pesados de 22 de dezembro de 2008 (BGBl. I, p. 2967).

4. Considerações finais

Em uma avaliação geral, o RGIC representa uma extremamente positiva simplificação e unificação do direito de isenção de ajudas até então sempre tido como “incontrolável” no âmbito comunitário. O regulamento é, pela sua divisão entre parte geral e parte especial, claramente estruturado, e isso leva, especialmente na parte das regras gerais, a uma maior clareza e a um mais fácil manuseio¹⁵⁸. Contudo, teme-se que as despesas administrativas dos Estados-membros e das empresas aumentem significativamente por causa das novas regras¹⁵⁹. Além disso, nele encontram-se alguns conceitos jurídicos novos e indeterminados, como “sob condições de mercado”, presente no artigo 13, n. 7, ou “conjunto de ativos imobilizados economicamente indivisíveis”, presente no artigo 13, n. 10 RGIC. Para o esclarecimento desses pontos deve o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias - que segundo o artigo 234 TCE decide prejudicialmente sobre a interpretação desses conceitos como modelo para os tribunais nacionais¹⁶⁰ - apresentar contribuições.

Para o futuro resta esperar que a prática jurídica se ajuste ao novo regulamento e que ele possa ser concentrado na aplicação aos casos concretos. Existe uma incontestável necessidade de isenção de ajudas públicas por categorias. Um regime coerente de isenções, que dentro de certos limites não requeira uma decisão individual, oferece a empresas interessadas, primeiramente, o estímulo a terem em conta a possibilidade de requererem ajudas. Embora as ajudas possam distorcer a concorrência entre empresas de diferentes Estados-membros, elas são, sim, indispensáveis nos locais onde, por exemplo, uma falha de mercado gere o prejuízo de pequenas e médias empresas ou apresente efeitos indesejáveis à ordem política. No caso de ajudas públicas serem concedidas, isso deve resultar na proteção da livre e leal concorrência com base em um regime jurídico unificado, que apresente resultados previsíveis. Para isso – e conseqüentemente para o funcionamento de todo o mercado comum – o RGIC oferece uma contribuição decisiva.

¹⁵⁸ Da mesma forma pensa BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 3616.

¹⁵⁹ BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, p. 1094.

¹⁶⁰ Ver ainda BIBER, Roland; EPINEY, Astrid; HAAG, Marcel. *Die Europäische Union: Europarecht und Politik*, p. 140.

5. Referências bibliográficas

ALTMAYER, Sabine. Gemeinschaftsrechtswidrige staatliche Beihilfen: Rückforderung und deren Durchsetzung im deutschen Recht. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999. 193 p.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1992. 361 p.

ARNDT, Hans-Wolfgang. *Europarecht*. 4. ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1999. 170 p.

BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto Dell'Unione Europea*. 6. ed. Milão: Cedam, 2001. 700 p.

BARTOSCH, Andreas. 5 Jahre Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, eine Zwischenbilanz. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 15. Jahrgang, Heft 2, jan. 2004. p. 43-49.

BARTOSCH, Andreas. Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung im EG-Beihilfenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*, v. 50, a. 2008. p. 3612-3617.

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.

BARTOSCH, Andreas. Von der Freistellung zur Legalausnahme: was geschieht mit der Rechtssicherheit? *Wirtschaft und Wettbewerb*. Düsseldorf: Handelsblatt, 50. Jahrgang, Heft 5, maio 2000. p. 462-473.

BELLAMY, Christopher. Some reflections on competition law in the global market. *New England Law Review*. Boston: New England School of Law, v. 34, n. 1, 1999. p. 15-20.

BIEBER, Roland; EPINEY, Astrid; HAAG, Marcel. *Die Europäische Union: Europarecht und Politik*. 9. ed. Nomos: Baden-Baden, 2009. 629 p.

BOOS, Karlheinz; KLEINE, Juliane. Neuerungen im europäischen Beihilferecht: Erschwernisse statt Vereinfachung. *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, a. 2008. p. 1092-1094.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2001. 292 p.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Las Concentraciones de Empresas*. Madrid: Colex, 2006. 332 p.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*. Madrid: Colex, 2003. 1308 p.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; GOÑI URRIZA, Natividad. *El control de las concentraciones de empresas en Europa*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. 375 p.

CAMPELLO, Dyle. *O direito da concorrência no direito comunitário europeu: uma contribuição ao MERCOSUL*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 366 p.

CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994. 648 p.

CASPARI, Manfred. Die Beihilferegeln des EWG-Vertrags und ihre Anwendung. 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. 69-91.

CASSOTTANA, Marco; NUZZO, Antonio. *Lezioni di Diritto Commerciale Comunitario*. Torino: G. Giappichelli, 2002. 355 p.

CELLI JUNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 252 p.

CHOUEKA, Rosie. A small revolution. *New Law Journal*, v. 157, a. 2008. p. 1176.

COIMBRA, Guilhermina Lavoz. A política de defesa do direito de concorrência – a política brasileira, o Mercosul e a globalização da economia. In: PROENÇA, Alencar Mello; BIOCCA, Stella Maris. *La integración hacia el siglo XXI*. Pelotas: Educat, 1996. p. 436-457.

CRAIG, Paul; de BÚRCA, Gráinne. *EU law: text, cases, and materials*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. 1241 p.

CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: MERCOSUL e União Europeia*. Barueri: Manole, 2003. 368 p.

DE LEÓN, Ignacio. The role of competition policy in the promotion of competitiveness and development in Latin America. *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Bruxelas, dez. 2000, n. 11, p. 57-71.

DÍEZ MORENO, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*. 4. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2006. 926 p.

DRUESNE, Gérard. *Le développement du droit et de la politique de la concurrence en Europe*. Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1992. Heft 265. 11 p.

EHLERMANN, Claus-Dieter. Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts durch Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten. In: RANDELZHOFFER, Albrecht;

SCHOLZ, Rupert; WILKE, Dieter (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995. p. 45-55.

EHLERMANN, Claus-Dieter. Les entreprises publiques et le contrôle des aides d'État. *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*. Paris: Éd. Techniques et Économiques, n. 360, jul./ago. 1992. p. 613-620.

EHLERMANN, Claus-Dieter. The contribution of EC competition policy to the single market. *Common Market Law Review*. The Hague: Kluwer Law International, v. 29, 1992. p. 257-282.

EHLERMANN, Claus-Dieter. Wettbewerbspolitik im Binnenmarkt. *Recht der Internationalen Wirtschaft*. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 39. Jahrgang, Heft 10, okt. 1993. p. 793-797.

EHRICKE, Ulrich. Gruppenfreistellungsverordnung. In: IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Wettbewerbsrecht: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*. 4. ed. Munique: C. H. Beck, 2008. Rn. 178.

FARJAT, Gérard. Observation sur la dynamique du droit de la concurrence. In: CANIVET, Guy (dir.). *La modernisation du droit de la concurrence*. Paris: LGDJ, 2006. p. 3-29.

FASTENRATH, Ulrich; MÜLLER-GERBES, Maike. *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000. 264 p.

FAULL, Jonathan; NIKPAY, Ali. *The EC Law of Competition*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. 1400 p.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. El control de las ayudas financieras nacionales. In: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; GONZÁLES CAMPOS, Julio D.; MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Comunitario Europeo: Estudio sistemático desde el derecho español*. Madrid: Civitas, 1986. p. 619-647. t. 2.

FIGUEREDO, Julio. Derecho de la competencia e integración económica: la situación en el Mercosur. In: *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica 2*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 33-101.

FRIEDEL-SOUCHU, Evelyne. *Extraterritorialité du Droit de la Concurrence aux Etat-Unis et dans la Communauté Européenne*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994. 494 p.

GUAL, Jordi. Perspectivas de la política de la competencia en la Unión Europea. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Madrid: Cinsa, n. 206, mar./abr. 2000. p. 93-100.

HAKENBERG, Waltraud. *Gründzüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts*. 3. ed. München: Franz Vahlen, 2003. 239 p.

HIRSBRUNNER, Simon. Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle im Jahr 2005. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Heft 23, a. 2006. p. 711-716.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008, 433 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006. 807 p.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Os critérios de mercado relevante e investidor privado no Direito Comunitário da Concorrência. In: SILVA, Osmar Vieira da (Org.). *Os novos desafios e paradigmas do direito, comércio e relações internacionais no século XXI*. Londrina: UniFil, 2002. p. 187-191.

JAEGER JUNIOR, Augusto; NORDMEIER, Carl Friedrich. O Conceito de Empresa no Direito Comunitário da Concorrência: Subsídios para uma Definição no Mercosul. *Revista de Direito da Concorrência*. Brasília: IOB/CADE, v. 14, 2007. p. 11-43.

JESTAEDT, Thomas; MIEHLE, Andreas. Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten: Die neuen Leitlinien der Kommission. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 6. Jahrgang, Heft 19, out. 1995. p. 659-664.

KEPPENNE, Jean-Paul. (R)évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'État. *Revue du Marché Unique Européen*. Paris: Juglar, n. 1, 1998. p. 125-156.

KOENIG, Christian; HARATSCH, Andreas. *Europarecht*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. 420 p.

KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen. Grundfragen des EG-Beihilfenrechts. *Neue Juristische Wochenschrift*. München: C. H. Beck, 53. Jahrgang, Heft 15, apr. 2000. p. 1065-1074.

KOENIG, Christian; KÜHLING, Jürgen. Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs: Zeit für eine Neuausrichtung? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 10. Jahrgang, Heft 17, sep. 1999. p. 517-523.

MATHIJSEN, P. S. F. R. *Introdução ao Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1991. 432 p.

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht: zur Bedeutung von Art. 90 EWGV. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 52. Jahrgang, 1988. p. 526-586.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. 4. ed. Madrid: Dijusa, 2002. 1421 p.

MORAIS, Luís. *O Mercado Comum e os auxílios públicos: novas perspectivas*. Coimbra: Almedina, 1993. 194 p.

MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian; ZEHETNER, Franz. *Öffentliche und privilegierte Unternehmen im Recht der Europäischen Gemeinschaften*. Linz: Institut für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften, 1991. 157 p.

NORDMANN, Matthias Johannes. Die neue de-minimis Verordnung im EG-Beihilfenrecht. *Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht*, v. 24, 2007. p. 752-756.

NOWAK, Carsten. Die Entwicklung des EG-Beihilfenkontrollrechts in den Jahren 1998, 1999 und 2000. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 12. Jahrgang, Heft 10, maio. 2001. p. 293-306.

NYSENS, Harold. The General Block Exemption Regulation (GBER): bigger, simpler and more economic. *Competition Policy Newsletter*. Bruxelas: Comissão Europeia, n. 3, 2008. p. 12-18.

OELGARTH, Achim. Brüssel aktuell – „Small Business Act“ für Europa. *Wertpapiermitteilungen*, v. 30, 2008. p. 1427-1428.

PASCAR, Norma A. II parte: El derecho de la competencia en la Comunidad Europea. In: RIMOLDI DE LADMANN, Eve I. (Org.). *Derecho y política de defensa de la competencia: análisis comparado*. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 89-102.

PASSOS, Fernando. O sistema de concorrência na União Europeia: 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.

PÜTTNER, Günter. Die Zukunft öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt. *Zeitschrift für öffentliches Recht*. Wien: Springer, Band 56, 2001. p. 227-242.

RAWLINSON, Francis. Staaliche Beihilfen. In: LENZ, Carl Otto; BORCHARDT, Klaus-Dieter (Hrsg.). *EU- und EG-Vertrag: Kommentar*. 3. ed. Köln: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, 2003. p. 1036-1086.

RODRÍGUEZ MIGUEZ, José Antonio. Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. Madrid: Cinsa, sep./oct. 2002. p. 59-75.

RUIZ-JARABO COLOMER, Damaso. *El juez nacional como juez comunitario*. Madrid: Civitas, 1993. 202 p.

SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Direito comunitário da concorrência: perspectivas para o Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, out./dez. 1999. p. 74-109.

SCHWARZE, Jürgen. Der Staat als Adressat des europäischen Wettbewerbsrechts. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 11. Jahrgang, Heft 20, out. 2000. p. 613-627.

SCHINA, Despina. *State aids under the EEC treaty: Articles 92 to 94*. Oxford: ESC, 1987. 221 p.

SEIDEL, Martin. *Das Beihilfenrecht der Europäischen Gemeinschaft*. Saarbrücken: Europa – Institut der Universität des Saarlandes, 1984. Heft 26. 30 p.

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.

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.

SINNAEVE, Adinda. Die neue Verfahrensverordnung in Beihilfensachen: ein weiterer Schritt bei der Reform des Beihilfenrechts. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 10. Jahrgang, Heft 9, maio. 1999. p. 270-777.

SOLTÉSZ, Ulrich. Öffentliche Finanzierung von Infrastruktur- und Erschließungsmaßnahmen und das EG-Beihilferecht. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 12. Jahrgang, Heft 4, fev. 2001. p. 107-111.

STEINDORFF, Ernst. Beihilfeverbote im Gemeinschaftsrecht und nationals Privatrecht. In: IMMENGA, Ulrich; MÖSCHEL, Wernhard; REUTER, Dieter (Hrsg.). *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker: zum siebzigsten Geburtstag*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996. p. 497-519.

TAMAMES, Ramón; LÓPEZ, Mônica. *La Unión Europea*. 5. ed. Madrid: Alianza, 1999. 847 p.

TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*. 3. ed. Milão: Cedam, 2003. 865 p.

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

VAN DE WALLE DE GHELCKE, Bernard. Reflexión sur l'application 'horizontale' des règles sur les aides d'État. In: DONY, Marianne (Coord.). *Mélanges en Hommage à Michel Waelbroeck*. Bruxelles: Bruylant, 1999. p. 1589-1627. v. II.

van KAPPEL, Antonio Pérez. Auf dem Weg zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG durch die nationalen Gerichte. *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 12. Jahrgang, Heft 5, 2001. p. 228-233.

von der GROEBEN, Hans. Die Rolle der Wettbewerbspolitik für die Entstehung des Gemeinsamen Marktes. In: HRBEK, Rudolf; SCHWARZ, Volker (Hrsg). *40 Jahre Römische Verträge: Der deutsche Beitrag*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998. p. 171-173.

WEITBRECHT, Andreas. Das neue EG-Kartellverfahrensrecht. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*. Frankfurt am Main: Verlag C. H. Beck, 14. Jahrgang, Heft 3, feb. 2003. p. 69-73.

WEITBRECHT, Andreas. EU Merger Control in 2005 – An Overview. *European Competition Law Review*. London: Sweet and Maxwell, v. 27, n. 2, fev. 2006. p. 43-50.

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.