

DIREITO PÚBLICO ECONÔMICO *Eduardo FERREIRA JORDÃO¹*

Introdução

SEÇÃO 1. As estruturas de intervenção pública na economia

§1. *As estruturas para intervenção indireta*

- A. O parlamento
- B. A administração do Estado
- C. As instituições administrativas descentralizadas
- D. As autoridades administrativas independentes

§2. *A intervenção direta: as empresas públicas*

- A. O conceito de empresas públicas
- B. As formas possíveis
- C. As estruturas internas
- D. As formas de criação
- E. As privatizações
- F. O controle estatal sobre as empresas públicas
- G. O regime jurídico das empresas públicas

SEÇÃO 2. As técnicas de intervenção pública na economia

§1. *Regulação da concorrência*

- A. As autoridades de controle
- B. O controle das práticas anticoncorrenciais
- C. O controle de concentrações empresariais

§2. *As ajudas públicas*

- A. Ajudas estatais
- B. Ajudas das coletividades territoriais
- C. Ajudas comunitárias

§3. *As intervenções contratuais*

- A. A aquisição de bens e serviços: o *marché public*
- B. A delegação de serviços públicos
- C. Os contratos de parceria

Introdução

O direito público econômico é já há algum tempo, na França, objeto de manuais didáticos e de cursos ministrados em faculdades de direito. Embora sua

¹ Doutorando em Direito Público pelas Universidades de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (La Sapienza), em co-tutela; Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science (LSE), da Universidade de Londres; Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP); bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

existência como disciplina jurídica esteja relativamente assentada, o seu *conteúdo* e até mesmo a sua *denominação* são freqüentemente debatidos na doutrina francesa.² Não sendo necessário, neste espaço, adentrar as discussões respectivas, é possível adotar instrumentalmente a tese de que o direito público econômico é o *ramo do direito que cuida da intervenção do Poder Público no domínio econômico*.³

Tomando em conta esta definição, optou-se por dividir este trabalho em duas grandes seções. Na primeira delas, o enfoque é *estrutural*. Interessará examinar as autoridades, órgãos e entidades responsáveis por levar adiante a política pública econômica. Quais são estes *atores* público? Como estão eles organizados? Qual a competência de cada um deles no conjunto das ações públicas conformadoras do domínio econômico? Essas são as perguntas que informam a primeira parte do capítulo. Serão relevantes tanto as estruturas para intervenção indireta (como o parlamento, os ministérios e as autoridades reguladoras) como para intervenção direta (notadamente, as empresas públicas).

Na segunda seção, o foco é transferido para as diferentes *técnicas* de que se vale o Poder Público para intervir na economia. Serão examinadas três delas: a política antitruste (controle de práticas anticoncorrenciais e concentrações empresariais), as ajudas públicas e as intervenções contratuais (como *marché public*, delegação de serviços públicos e contratos de parceria). A finalidade principal desta segunda parte é perquirir as potencialidades e os limites materiais e jurídicos de cada uma destas técnicas para a consecução dos objetivos públicos.

Além de didática, esta repartição tem o mérito de ser adotada em boa parte dos manuais franceses de direito público econômico.⁴ Neste sentido, serve, também ela, para preparar o leitor para suas incursões posteriores neste ramo do direito francês.

SEÇÃO 1. As estruturas de intervenção pública na economia

Nesta primeira seção, o interesse está voltado aos *responsáveis* pela ação pública econômica. Inicialmente serão vistas as estruturas para intervenção *indireta* na economia. Em seguida, examinam-se as “empresas públicas”, mediante as quais o Poder Público desempenha eventuais atividades empresariais (dita intervenção direta).

§1. As estruturas para intervenção indireta

² É conhecida, por exemplo, a preferência de Pierre DELVOLVÉ pela denominação “Direito Público da Economia”. Cf. o seu *Droit Public de l'Économie*, Paris, Dalloz, 1998, pp. 5-10.

³ Para evitar a conotação negativa do termo “intervenção” (como a denotar a atuação em terreno alheio), Jean-Yves CHÉROT define o Direito Público Econômico como o *direito da política econômica* (in *Droit Public Économique*, Paris, Economica, 2007, p. 03). Por sua vez, Jean Philippe COLSON faz referência ao direito da *presença pública* no campo da ação econômica (in *Droit public économique*, 3. ed., Paris, LGDJ, 2001). As diferenças destas concepções para a concepção adotada neste trabalho são menos materiais que estilísticas.

⁴ Cf. LINOTTE, Didier; e ROMI, Raphaël. *Droit public économique*, Paris, Litec, 2007; COLSON, Jean Philippe. *Droit public économique*, 3. ed., Paris, LGDJ, 2001; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit Public de l'Économie*, Paris, Dalloz, 1998; COLIN, Frédéric. *Droit public économique*, Paris, Gualino, 2005; LINOTTE, Didier; e GRABOY-GROBESCO, Alexandre. *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 2001.

Cuidar-se-á em primeiro lugar das principais estruturas para *intervenção indireta* na economia. São elas: (i) o parlamento; (ii) as entidades da administração estatal; (iii) as entidades administrativas descentralizadas; e (iv) as autoridades administrativas independentes. Algumas outras estruturas importantes ficam de fora desta introdução, como é o caso das administrações de missão, das estruturas profissionais (ordens, câmeras e comitês profissionais) e de estruturas privadas associadas à ação pública econômica (como associações de consumidores, agências de urbanismo, etc).

A. O Parlamento

O Parlamento desempenha um papel limitado na concepção e na execução da política econômica francesa. Isso porque um grande número de decisões importantes de natureza econômica escapam ao domínio da lei.⁵ Além disso, a maioria das leis promulgadas são resultado de projetos do governo, em especial em matéria econômica.⁶ A grande exceção fica por conta da votação da lei de finanças, principal ato político do Parlamento.⁷

Ainda assim, algumas comissões e delegações parlamentares precisam ser aqui apresentadas. É de se destacar, de início, a atuação das *comissões permanentes*. Ao número fixo de seis para cada uma das duas câmeras, quatro delas merecem menção pelas suas competências econômicas mais diretas. Na Assembléia Nacional, a atual Comissão de Negócios Econômicos, do Meio Ambiente e do Território possui atuação setorial na economia (telecomunicações, energia, transporte, agricultura, indústria etc.). Além dela, a Comissão de Finanças, de Economia Geral e de Planejamento promove o controle de empresas públicas e se encarrega de problemas macroeconômicos como moeda, crédito e projetos de lei de caráter econômico ou financeiro. Em particular, cabe a esta comissão a preparação da discussão, debates e a promoção de eventuais emendas à lei de finanças, além do posterior controle à sua execução. No Senado, podem-se mencionar a Comissão dos Negócios Econômicos e do Planejamento e a Comissão de Finanças, do Controle orçamentário e das contas econômicas da nação. À primeira delas, cabe intervir nas questões relativas aos ministérios de “vocação econômica”: indústria, comércio, transporte etc. À segunda compete, em especial, o exame da lei de finanças.

A pedido do Governo ou da Assembléia Nacional, podem ainda ser formadas *comissões especiais* para o exame de algum projeto legislativo específico. A sua intervenção pode dar-se em qualquer fase do processo legislativo, seja nas preparações preliminares ou nos debates posteriores e emendas posteriores. As comissões são desfeitas após cumprida a tarefa para a qual foram criadas.

⁵ V., a propósito, nesta mesma coletânea, o capítulo sobre Direito Constitucional – As instituições Políticas, de Lise TUPIASSU e Thomas Passos MARTINS.

⁶ V. COLIN, Frédéric. *Droit public économique*, Paris, Gualino, 2005, pp. 52-54.

⁷ A votação desta lei pelo Parlamento “*ne lui permet cependant pas d'exercer une réelle maîtrise économique. D'abord en raison des conditions dans lesquelles s'exerce le contrôle budgétaire parlementaire, prisonnier des interdictions de l'article 40 de la Constitution et de la technique des services votés qui conduit à la reconduction automatique de la plupart des crédits. Ensuite, parce que les décisions budgétaires contenues dans la loi de finances entérinent plus qu'elles ne conditionnent un pouvoir de décision qui demeure aux mains de l'exécutif. L'examen du budget de la nation est devenu avant tout l'occasion d'un débat sur la politique conduite par le Gouvernement*” (in COLSON, Jean Philippe. *Droit public économique*, 3. ed., Paris, LGDJ, 2001, p. 183).

Também temporárias, as *comissões de averiguação* são formadas para conduzir estudos (pesquisas) sobre, por exemplo, a gestão de uma empresa nacional, de um serviço público ou sobre questões econômicas mais amplas, como problemas relacionados ao petróleo ou a questão do financiamento de partidos políticos. O seu trabalho resulta na publicação de um relatório no qual a comissão expõe todos os fatos levantados em sua averiguação e pode formular recomendações.

As *delegações parlamentares* são órgãos ligados às câmaras cujo objetivo é fornecer-lhes informação e sugestões sobre algumas matérias particulares. Algumas delas estão bastante ligadas à política econômica, como as delegações parlamentares para o planejamento⁸ (que informam as câmaras sobre a elaboração e a execução do plano) e as delegações para organização e desenvolvimento durável do território⁹ (responsável pela avaliação das políticas correspondentes, bem como pela colheita de informações relativas à sua execução). Finalmente, as delegações parlamentares para a União Européia¹⁰ possuem a missão de acompanhar, para o Parlamento, as atividades desempenhadas pelas instituições da União Européia. Por disposição inserida na revisão constitucional de 1992¹¹, as proposições de atos comunitários que comportem disposições de natureza legislativa devem ser submetidas à Assembléia Nacional e ao Senado para avaliação e eventuais pronunciamentos.

B. A administração do Estado

A administração do Estado, na França, compreende estruturas centralizadas (presidência da república, ministérios, autoridades de controle) e desconcentradas (representantes do Estado nas coletividades territoriais).

1. A administração central

As diferentes autoridades da administração central francesa podem assumir funções de direção, aconselhamento ou controle da intervenção pública na Economia.

Desempenhando a função de direção estão o Primeiro Ministro, o Presidente da República e os Ministros de Estado. De acordo com a Constituição Francesa, cabe ao governo a determinação e condução da política nacional¹² e ao Primeiro Ministro a direção da ação governamental.¹³ O Primeiro Ministro dispõe de poder regulamentar autônomo¹⁴ e exerce a coordenação interministerial, cabendo precipuamente a ele a determinação e a condução da política econômica do Estado. No desempenho desta função, o Primeiro Ministro conta com a ajuda do Conselho de Análise Econômica, órgão criado em 1997 e composto por quarenta especialistas em matéria econômica cuja função é a de analisar os principais problemas econômicos nacionais e propor algumas soluções de modo a orientar as decisões políticas do governo.

Embora menos expressivos, os poderes do Presidente da República nas decisões referentes à intervenção estatal na economia também são relevantes. Em especial, devem ser lembrados (i) o seu poder de veto em algumas iniciativas normativas (leis delegadas e decretos deliberados no Conselho de Ministros); (ii) o seu poder de nomeação dos mais altos funcionários e dirigentes das grandes empresas

⁸ Instituídas pela lei de 29 de julho de 1982.

⁹ Instituídas pela lei de 25 de junho de 1999.

¹⁰ V. lei de 10 de junho de 1994, que modificou lei anterior de 1979.

¹¹ V. art. 88-4.

¹² Art. 20 da Constituição Francesa.

¹³ Art. 21 da Constituição Francesa.

¹⁴ Art. 37 da Constituição Francesa.

públicas nacionais; (iii) a presidência de alguns Conselhos de vocação econômica que ele exerce.

No que concerne aos Ministros de Estado, eles normalmente não dispõem de poder regulamentar, salvo quando ele seja necessário ao funcionamento e à organização do serviço e a lei o preveja. Nesta hipótese, o Ministro pode desempenhar um papel econômico importante em matéria de preço, por exemplo. É expressivo o papel desempenhado pelo Ministério da Economia e das Finanças. Cabe-lhe uma série de funções como o estabelecimento do orçamento estatal, o cálculo das receitas públicas, o pagamento das despesas do estado, a gestão financeira nacional, a elaboração da política financeira e o controle dos atores econômicos. O Ministério da Economia e das Finanças desempenha o papel fundamental no sistema francês de controle de concentrações empresariais, como será visto mais adiante.

No exercício da função de aconselhamento da ação pública econômica, o principal organismo francês pertencente à administração central é o Conselho Econômico e Social (CES). Criado no período entreguerras e mantido na Constituição de 1958, é hoje composto por 230 membros e tem composição plural, com representantes dos assalariados, dos comerciantes e artesãos, das organizações agrícolas, dos empresários, entre outros. Seus membros exercem mandato de cinco anos e estão organizados em diferentes seções para o estudo dos principais problemas econômicos e sociais da França, como desemprego, relações exteriores, produtividade, finanças, etc. Sua função é de aconselhamento da administração central. O Conselho é *obrigatoriamente* consultado em caso de planejamento ou projeto de lei de programa de caráter econômico e social e *facultativamente* consultado sobre projetos de outros textos normativos.¹⁵

O controle (ou auto-controle) na Administração Central é desempenhado principalmente pela Inspeção Geral das Finanças e pela *Cour des Comptes*. A função da primeira destas autoridades é contribuir para uma gestão eficaz das finanças públicas. Cabe-lhe, por exemplo, o controle do funcionamento de organismos privados que recebam recursos do Estado. Por sua vez, a *Cour des Comptes* é um tribunal administrativo cujos membros gozam da qualidade de magistrados. É competente para apreciar os julgamentos das câmaras regionais de contas; para assistir ao Parlamento e ao governo no controle e execução do orçamento do Estado; e, ainda, para investigar e examinar as atividades financeiras das coletividades públicas, dos estabelecimentos públicos e das empresas públicas.¹⁶

2. Autoridades desconcentradas

Considerados pela Constituição como “delegados do governo” e representantes direto de cada ministro, os *préfets* de departamentos ou regiões possuem competências relevantes no âmbito do direito público econômico.¹⁷ A política de desconcentração da administração do Estado confere-lhes real poder de decisão em questões que não respeitem à integralidade do território nacional.¹⁸

¹⁵ Art. 70 da Constituição Francesa.

¹⁶ Cf. art. 111 do *Code des juridictions financières*.

¹⁷ Art. 72, al. 6, da Constituição Francesa.

¹⁸ De acordo com a lição de Frédéric COLIN, “*la déconcentration correspond à un mode d’administration d’État qui revient à conférer à des agents nommés par le pouvoir central, répartis sur l’ensemble du territoire national, un certain pouvoir de décision, ces agents relevant d’une seule et même personne morale (l’État en l’occurrence)*” (in *Droit public économique*, Paris, Gualino, 2005, p. 65).

O *préfet* do departamento é o depositário da autoridade estatal nesta coletividade territorial. Cabe-lhe cuidar da condução das políticas econômica e social do Estado no departamento. Ao *préfet* da região cabem competências semelhantes no âmbito de sua coletividade. É dele a tarefa de executar em âmbito regional a política do governo em matéria de desenvolvimento econômico e social e de organização territorial. É ele, também, o responsável pela boa coordenação entre os planejamentos nacional e regional.

Fundamentalmente, estas autoridades desempenham funções relativas à desconcentração dos investimentos públicos e da concessão de ajudas estatais. O *préfet* do departamento, por exemplo, preside o Comitê departamental de ajuda às empresas em dificuldade (CODEFI), enquanto o *préfet* da região preside Comitê semelhante em nível regional (CORRI – Comitê Regional de Reestruturação Industrial).

C. As instituições administrativas descentralizadas

Ao lado da desconcentração, que implica a existência de *representantes do Estado francês* nas coletividades territoriais, a descentralização corresponde à atribuição originária de competências às coletividades territoriais – competências estas que serão exercidas pelos seus próprios agentes. Com tradição política bastante centralizante, a França apenas recentemente reconheceu às comunas, departamentos e regiões atribuições econômicas importantes. De acordo com a lei de 7 de janeiro de 1982, sobre a repartição de competências entre as coletividades territoriais e o Estado, cabe a ambos atuar em prol do desenvolvimento econômico.

A primeira forma pela qual elas podem intervir na economia é através da concessão de ajudas públicas – tarefa cumprida antes exclusivamente pelo Estado nacional. As hipóteses de concessão são três: (i) ajudas ao desenvolvimento econômico; (ii) ajudas às empresas em dificuldade (salvo no caso das comunas); (iii) ajudas para a manutenção de serviços necessários à população da zona rural.¹⁹

Além disso, podem as coletividades territoriais participar de sociedades constituídas a partir da iniciativa do Estado, para o desenvolvimento regional, por exemplo. Podem também participar de sociedades de financiamento, concedendo empréstimos ou garantias de empréstimos a empresas privadas, em benefício do desenvolvimento industrial local. Igualmente, podem participar de sociedades de economia mista local (SEML), constituídas para explorar serviços públicos de caráter industrial ou comercial ou para qualquer outra atividade de interesse público.²⁰

¹⁹ Sobre cada uma destas hipóteses, veja-se a subseção deste capítulo referente às ajudas públicas (seção 2, §2º).

²⁰ De acordo com o art. 1º da lei de 7 de julho de 1983, “*Les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d’économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d’autres personnes publiques pour réaliser des opérations d’aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou pour toute autre activité d’intérêt général*”. A participação das coletividades territoriais nas sociedades de economia mista locais não deve ultrapassar 85% (art. 1522-2 do *Code général des collectivités territoriales*). Jean-Yves CHÉROT noticia um aumento exponencial no número de sociedades de economia mista locais, de 534 em 1983 para 1130 em 2006 (v. o seu *Droit Public Économique*, Paris, Economica, 2007, pp. 965). Este fato indica o correspondente aumento da atividade interventiva da economia das coletividades territoriais.

Diferentes coletividades territoriais podem ainda se agrupar para a realização conjunta de objetivos comuns, como grandes projetos regionais.²¹ Esta colaboração pode se dar entre coletividades de mesma natureza (duas ou mais regiões, por exemplo) ou de natureza diferente (*regroupements mixtes* entre departamentos e comunas, por exemplo). A cooperação é especialmente freqüente entre comunas. A propósito, todo departamento francês possui uma “comissão departamental de cooperação intercomunal”.²²

D. As autoridades administrativas independentes

Importadas da tradição administrativa anglo-saxônica, as autoridades administrativas independentes (AAI) são hoje, também na França, estruturas importantes da intervenção pública na economia. Embora possam também ser criadas para outras finalidades, como a proteção dos administrados (v., por exemplo, a *Commission nationale de déontologie de la sécurité*), a maioria destas autoridades possui poderes de regulação da economia. É este o caso da autoridade reguladora dos mercados financeiros (AMF), das comunicações eletrônicas e dos correios (ARCEP), da energia (CRE) e do Conselho da Concorrência, entre outras.

A importância crescente das AAI é traço marcante do chamado “Estado Regulador”, que abandona progressivamente a função de “empresário” para assumir a função de garantidor de uma economia liberal, fundada na competição entre agentes privados.²³

A sua composição é freqüentemente colegiada, formada por altos funcionários do Estado, magistrados ou mesmo parlamentares, que se reúnem em um “Comitê”, “Conselho” ou “Comissão”. Pode, entretanto, a AAI ser representada por apenas um indivíduo (autoridade única), como no caso do Mediador da República, figura inspirada no Ombudsman existente nos países nórdicos e a nível comunitário.²⁴

A regra na França é a de ausência de personalidade jurídica das autoridades administrativas independentes, embora a lei possa conferir a algumas delas alguns elementos da personalidade, como o poder de recrutar seus funcionários ou a autonomia financeira. No mais, algumas autoridades administrativas independentes,

²¹ No Brasil, o tema dos “consórcios públicos” está disciplinado na recente lei federal n. 11.107/05. Trata-se de parcerias formadas por dois ou mais entes da federação, para a realização de objetivos de interesse comum.

²² Sobre o tema da cooperação intercomunal, v. a chamada “loi Chevènement”, de 12 de julho de 1999.

²³ A doutrina aponta ter sido o jurista italiano Giandomenico MAJONE (in *La Communauté Européenne: un État Régulateur*, Paris, Montchrestien, 1996) quem primeiro reconheceu que o desenvolvimento da competência regulatória dá identidade a uma nova espécie de Estado, em substituição ao modelo de bem-estar social. As lições deste professor podem ser encontradas também em sua obra com Antonio LA SPINA, *Lo Stato Regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000 (em específico no primeiro capítulo, “Dallo Stato gestore allo Stato regolatore”, pp. 15-60). A respeito da evolução regulatória, sob uma perspectiva francesa, v. DUMEZ, Hervé; e JEUNEMAÎTRE, Alain. “Montée en puissance passée et impasses actuelles de la régulation économique européenne des industries de réseau”. FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir). *Règles et pouvoirs dans les systèmes de regulation*. Paris, Dalloz, 2004, pp. 1-15.

²⁴ O atual Mediador da República é Jean-Paul Delevoye. Seu mandato, que se iniciou em 2004, termina em 2010. São também autoridades administrativas independentes representadas por autoridade única o *Défenseurs des Enfants* e o *Médiateur du cinéma*.

como a Autorité des Marchés Financiers (AMF), possuem personalidade jurídica por expressa definição legal.²⁵

A “independência” destas autoridades é decorrência de algumas de suas características, como a criação pelo legislador e a insubmissão ao controle hierárquico ou à tutela de qualquer entidade da Administração Pública²⁶, ou o fato de que os seus membros, submetidos a regime de incompatibilidades, são designados para mandatos longos e fixos, irrevocáveis *ad nutum*.²⁷ Sob um certo ângulo, contudo, esta independência é relativizada por diversos fatos, tais como: (i) à falta de personalidade jurídica, as autoridades administrativas independentes agem, como regra, em nome do Estado²⁸; (ii) o orçamento destas autoridades está vinculado à Administração central (ao primeiro ministro ou a algum ministério); (iii) de regra, o Estado detém o poder de nomear alguns de seus dirigentes. É evidente, por fim, que a “independência” destas autoridades não as faz livre dos controles jurisdicional e econômico/financeiro.

A sua “autoridade” advém da detenção de poderes e competências próprias. Estas atribuições podem ter natureza executiva, investigativa, jurisdicional, consultiva, sancionatória e normativa. O exemplo mais evidente de AAI com poderes sancionatórios é o Conselho da Concorrência. Em relação às atribuições normativas, quando a lei lhes atribui competências regulamentares, trata-se de poder de execução das leis, e não de poder regulamentar autônomo.²⁹

Tratando-se de autoridades administrativas, os seus atos estão submetidos à jurisprudência administrativa e às regras do direito público. Por expressa previsão legal, contudo, as duas principais AAI estão vinculadas à jurisdição comum. Com efeito, os recursos contra decisões da Autoridade dos Mercados Financeiros (AMF) e do Conselho da Concorrência são da competência da *Cour d'appel de Paris*.³⁰

§2. As intervenções diretas: as empresas públicas

A empresa pública é estrutura criada para assegurar que o Poder Público possa exercer adequadamente atividades econômicas ou industriais. É, neste sentido, uma entidade típica do Estado de Bem-Estar social, do mesmo modo que as agências reguladoras são características do Estado Regulador. Natural, pois, que a sua primeira

²⁵ V. art. 2º da lei n. 706 de 1º de agosto de 2003. No Brasil, as ditas “agências reguladoras” são constituídas sob a forma de autarquia em regime especial e detêm personalidade jurídica, agindo em nome próprio (v., por exemplo, o art. 8º da lei 9.472/97, que cria a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL).

²⁶ Para uma visão crítica da independência das autoridades administrativas independentes, v. LOMBARD, Martine. “La régulation dans un État de Droit”. FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir). *Règles et pouvoirs dans les systems de regulation*. Paris, Dalloz, 2004, pp. 26-33.

²⁷ Cf. CE, Ass., 7 de julho de 1989, Ordonneau, AJDA 1989, p. 643.

²⁸ Sobre a relação entre detenção de personalidade jurídica e independência, v. a opinião de CHÉROT, Jean-Yves. *Droit Public Économique*, Paris, Economica, 2007, p. 322.

²⁹ Em artigo bastante interessante, Pierre-Alain JEANNENEY sustenta que os “poderes reais” das autoridades administrativas independentes ultrapassam largamente as suas competências formais. Cf. “Le régulateur producteur de droit”. FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir). *Règles et pouvoirs dans les systems de regulation*. Paris, Dalloz, 2004, pp. 44-51.

³⁰ V., a propósito, a decisão do *Conseil constitutionnel* n. 86-224 DC, de 23 de janeiro de 1987.

aparição no direito francês tenha se dado em 1946, no contexto altamente interventivo do segundo pós-guerra.³¹

Ao contrário do que ocorre no Brasil, em que é tema relativamente pouco explorado, as empresas públicas merecem longas considerações na doutrina publicista francesa. As mais importantes discussões, aqui resumidas, giram em torno (A) da conceituação; (B) das formas possíveis; (C) das estruturas internas; (D) das formas de criação; (E) das privatizações; (F) do controle estatal e dos instrumentos para flexibilizá-lo; (G) do regime jurídico aplicável.

A. O conceito de empresas públicas

O primeiro problema referente ao tema das empresas públicas no direito francês corresponde à sua conceituação. A diversidade das empresas públicas concorre para a dificuldade. Há empresas públicas que constituem pessoas jurídicas de direito público e outras que constituem pessoas jurídicas de direito privado. Há empresas públicas criadas originariamente pelo Estado, mas também há aquelas que se houveram públicas pelo processo de nacionalização.

Até recentemente, não havia definição legal.³² O conceito cabia então à doutrina e à jurisprudência, sendo pouco preciso. Fundamentalmente, não era claro o critério exato que permitiria identificar a natureza pública de uma empresa. Algumas decisões do Conselho de Estado deixavam transparecer a tendência à adoção do critério da “maioria do capital social pertencente a pessoas públicas”.³³ É fato, entretanto, que o controle de uma empresa pode decorrer de outros meios que não a detenção da maior parte do capital social.

Foi preciso esperar até que a Lei delegada (*Ordonnance*)³⁴ de 07 de junho de 2004, que transpunha a Diretiva 80/723/CEE, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados Membros e as empresas públicas, estabelecesse no seu artigo 1º que as empresa pública é “*todo organismo que exerce atividades de produção ou de comercialização de bens ou de serviços e sobre o qual uma ou algumas pessoas públicas exercem, direta ou indiretamente, uma influência dominante, em razão de propriedade, participação financeira ou das normas que o regem. A influência das pessoas públicas é considerada dominante quando elas, direta ou indiretamente, detêm a maioria do capital, dispõem da maioria dos direitos*

³¹ Sobre o tema, v. CHÉROT, Jean-Yves. *Droit Public Économique*, Paris, Economica, 2007, p. 468. O mesmo autor noticia que, em 2003, o setor público francês era composto de 1447 empresas, com 1.117.400 empregados (v. *idem*, p. 488).

³² No Brasil, as definições legais de empresa pública e de sociedade de economia mista encontram-se no art. 5º, II e III, do Decreto Lei n. 200/67, e são objeto de crítica severa da doutrina. V., a propósito, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 14. ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 164-170.

³³ V., por exemplo, CE, 24 de novembro de 1978, *Syndicat national des personnels de l'énergie atomique CFDT et sieur Schwartz*; CE, 22 de dezembro de 1982, *Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne*; CE, 11 de outubro de 1985, *Syndicat general de la recherché agronomique CFDT*; CE, 6 de março de 1991, *Syndicat national CGT du crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises*. O Conselho de Estado foi levado a se pronunciar sobre a questão porque a aplicação de algumas regras do direito positivo (como o art. 34 da Constituição Francesa) dependiam da definição deste conceito. Sobre o tema, v. CHÉROT, Jean-Yves. *Droit Public Économique*, Paris, Economica, 2007, p. 476-481.

³⁴ Sobre as diferentes espécies normativas no Direito Francês, ver, nesta mesma coletânea, o capítulo sobre “Direito Constitucional – As instituições políticas”, de Lise TUPIASSU e Thomas Passos MARTINS.

de voto ou podem designar mais da metade dos membros do órgão de administração, de direção ou de fiscalização”.

Note-se aqui a concepção bastante mais ampla de empresa pública, através da adoção do critério da “influência dominante de pessoas públicas”, independentemente do modo por meio do qual ela se constitua. A definição está alinhada com o Direito Comunitário, que, em Diretiva de 25 de junho de 1980, conceituava empresa pública como “*toda empresa sobre a qual os poderes públicos puderem exercer diretamente ou indiretamente uma influência dominante em razão da propriedade, participação financeira ou das normas que a regulamentam*”.

Em face destes desenvolvimentos legais, tem a doutrina francesa destacado a existência de três critérios comuns e essenciais às empresas públicas.

O primeiro critério é a detenção de personalidade jurídica própria, característica que lhe confere a capacidade de ser titular de direitos e obrigações. A detenção de personalidade jurídica permite ainda a responsabilização própria das empresas, bem como lhe facilita a gestão de seus próprios meios.³⁵ Trata-se de arranjo jurídico adequado para entidades que desempenharão atividade econômica.

A segunda característica essencial da empresa pública é a exploração de uma atividade de caráter industrial e comercial – e não apenas administrativa.³⁶ Esta atividade pode ou não constituir serviço público.³⁷

Finalmente, há o critério da influência pública determinante, que pode ser exercida diretamente por pessoas públicas (o Estado, as coletividades locais, os estabelecimentos públicos) ou por pessoas privadas controladas majoritariamente por pessoas públicas. Como visto acima, a influência pública dominante pode derivar de diferentes razões.

B. As formas possíveis

Três são as formas jurídicas de que se podem revestir as empresas públicas na França. A primeira delas não possui correspondente no direito brasileiro. Trata-se dos chamados “estabelecimentos públicos industriais e comerciais” (EPIC – *établissement public industriel et commercial*), empresas públicas com personalidade jurídica de direito público e características próximas às das autarquias brasileiras. É sob esta forma que estão constituídas, por exemplo, a EDF e a GDF, empresas públicas atuantes no setor de fornecimento de energia elétrica e de gás. Apesar da personalidade de direito público, são amplas as derrogações privadas a que estas entidades se submetem no direito francês.

³⁵ Na França, ao contrário do que ocorre no Brasil, o Estado às vezes atua em atividades de caráter industrial e comercial através de sua própria personalidade jurídica. É o que ocorre nos casos das “régies”. Cf., a propósito, o artigo de SANTIAGO, Fernando. “Le droit public économique”. ALMEIDA, Domingos Paiva de (dir.), *Introduction au Droit Brésilien*, Paris, L’Harmattan, 2006, p. 177. Alguns serviços prestados originalmente na forma de “régies” foram transferidos para empresas públicas. Assim ocorreu com a exploração industrial de tabacos e fósforos (Lei delegada de 5 de janeiro de 1959) e com os serviços de correios e de telecomunicações, que foram transferidos a duas pessoas jurídicas de direito público (“La Poste” e a “France Telecom”). V. LINOTTE, Didier; GRABOY-GROBESCO, Alexandre. *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 2001, p. 143.

³⁶ “*L’activité doit être industrielle et commerciale, et pas seulement administrative (c’est le cas pourtant d’organes qualifiés d’EPIC par les textes, comme les SAFER: Sociétés d’aménagement foncier et de regroupement rural, qui ne peuvent donc être qualifiées d’entreprise publique)*” (in COLIN, Frédéric. *Droit public économique*, Paris, Gualino, 2005, p. 185).

³⁷ Note-se que, embora o tema das empresas públicas esteja relacionado aos serviços públicos industriais e comerciais (SPIC), nem toda empresa pública os explora – caso, por exemplo, da Renault.

As duas outras figuras são típicas do direito privado: as “sociedades privadas de capital público” (*sociétés privées à capital public*) e as “sociedades de economia mista” (*sociétés d'économie mixte*). Com algumas particularidades, elas correspondem às figuras brasileiras da *empresa pública* e da *sociedade de economia mista*.

As sociedades privadas de capital público são inteiramente constituídas com capital público. Estas sociedades francesas são sempre constituídas sob a forma de sociedade anônima, sendo o Estado o seu único acionário. A constituição de uma empresa pública como sociedade privada de capital público, e não como EPIC, permite-lhe maior leveza para atuação comercial e industrial.

Também constituída sob a forma de sociedade anônima, a sociedade de economia mista é composta pela associação de capitais públicos e privados sob o controle de uma coletividade pública (Estado ou coletividade local). Como visto acima, este controle pode derivar de diferentes formas societárias. Do mesmo modo, são diversas as formas de participação pública: pode o Poder Público adquirir parte das ações da sociedade ou contribuir *in natura*, aportando, por exemplo, bens móveis ou imóveis, ou mesmo recursos naturais.³⁸ São sociedades de economia mista a Air France e a Compagnie Française des Pétroles, por exemplo.

C. As estruturas internas

A direção das empresas públicas francesas é geralmente dividida em dois órgãos: (i) a presidência do conselho de administração e (ii) a diretoria geral. Ao primeiro cabe a direção da empresa; ao segundo, a sua gerência quotidiana.

O principal órgão da administração é o conselho de administração, a quem cabe a definição da política empresarial. O conselho de administração é órgão plural, responsável pela composição de interesses diversos e por vezes conflitantes. Daí ser composto por representantes do Estado (nomeados por decreto), dos usuários do serviço em questão (também nomeados por decreto) e dos empregados (eleitos por eles próprios).³⁹ Em alguns casos, compõem ainda o conselho representantes dos acionistas (designados pela Assembleia Geral) e pessoas com *expertise* técnica relevante para a empresa (nomeados por decreto).

Salvo algumas exceções, o mandato dos membros do conselho de administração tem duração de cinco anos, durante os quais incidem regras de incompatibilidade, visando a garantir a sua independência. Não podem eles, assim, ocupar concomitantemente mandato parlamentar ou direção de empresa privada. No que toca à revogabilidade, a rigidez dos mandatos é variável. Enquanto os representantes do Estado são demissíveis *ad nutum*, os representantes dos empregados só perdem o cargo após demonstração de culpa grave e requisição da maioria dos membros do conselho de administração.

D. As formas de criação

São três as formas de criação de empresas públicas no direito francês. A primeira delas é a *nacionalização de empresas privadas*, usualmente referida no

³⁸ LINOTTE, Didier; e GRABOY-GROBESCO, Alexandre. *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 2001, p. 153.

³⁹ Ver, a propósito, a lei de 26 de julho de 1983, responsável pela democratização do setor público. Ainda de acordo com essa lei, algumas empresas públicas contam com estrutura bipartida, sendo compostas apenas por representantes do Estado e dos empregados.

Brasil como “estatização”. A nacionalização consiste na transferência de todo o ativo e passivo empresarial para o setor público, por força de um ato de *puissance publique*.⁴⁰ A história francesa recente é marcada por duas grandes ondas de nacionalizações: uma logo após o final da segunda guerra mundial (com a nacionalização de setores inteiros, como o setor de energia elétrica, de gás e de transportes aéreos) e outra no início da década de 80.⁴¹

Sua base jurídica principal reside no Preâmbulo da Constituição de 1946, ao qual faz referência a Constituição de 1958.⁴² Mais abstratamente, já houve nacionalizações fundadas na “necessidade pública”, e com fulcro no art. 17 da Declaração de Direitos do Homem. Em todos os casos, a nacionalização depende sempre de lei (art. 34 da Constituição de 1958), que deverá esclarecer em que consiste a necessidade pública em questão. A nacionalização deve, ademais, ser acompanhada de indenização “justa” aos antigos proprietários/acionários da empresa em questão.⁴³

Na segunda hipótese de criação de empresas públicas na França, o Poder Público toma, de forma consensual, o controle de empresas privadas. Esta forma é utilizada quando o emprego do modo autoritário parece inadequado por razões políticas, econômicas ou sociais.⁴⁴ Pode ocorrer, por exemplo, através da aquisição da maioria das ações com direito a voto. O caso mais célebre é o da SNCF, criada em 1937, a partir de um acordo entre o Estado francês e as companhias concessionárias do serviço. Por tratar-se de modo de “publicização” consensual, não há, aqui, necessidade de lei autorizativa.⁴⁵

A terceira forma de criação das empresas públicas é pouco comum na França – e, por outro lado, é a mais comum no Brasil. Trata-se da criação de empresas públicas *ex nihilo*, sem qualquer estrutura pré-existente. O mais comum nestes casos é que a empresa assuma a forma de “estabelecimento público”, com personalidade jurídica de direito público. A aprovação de lei é também necessária nesta modalidade de criação de empresas públicas.

⁴⁰ Explicam Didier LINOTTE e Alexandre GRABOY-GROBESCO que “*contrairement à l'expropriation qui vise uniquement la propriété d'un bien immeuble ou d'un droit réel immobilier, l'opération de nationalisation atteint tout un ensemble économique matérialisé par les éléments (actif et passif) constitutifs de l'entreprise. Encore plus générale, la nationalisation peut même s'étendre à toute une branche d'activité comme cela a été le cas, à la Libération, pour l'électricité et le gaz*” (in *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 2001, p. 145).

⁴¹ V. a lei de nacionalização de 11 de fevereiro de 1982.

⁴² É o texto original, em francês: “*Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité*”.

⁴³ Historicamente, já houve também a hipótese de nacionalização por sanção a certos comportamentos políticos. Foi o que ocorreu em 1945 com a Renault, nacionalizada em sanção à colaboração desta empresa com as forças nazistas na guerra então recém-terminada.

⁴⁴ Como explica Hubert-Gérald HUBRECHT, “*c'est pas la négociation que s'est opérée le rachat par l'État d'un certain nombre de filiales françaises de sociétés étrangères que le gouvernement français n'avait pas voulu nationaliser de manière autoritaire pour des raisons diplomatiques faciles à comprendre*” (in *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 211-212).

⁴⁵ Fato que não foge à crítica da doutrina. Para Pierre DELVOLVÉ, “*Il est remarquable que toutes ces 'nationalisations conventionnelles' aient été réalisées, sauf pour certaines dispositions budgétaires, sans intervention du Parlement. (...) En limitant aux nationalisations strictement entendues la compétences du législateur, l'article 34 de la Constitution a privé celui-ci d'un rôle dans la détermination de l'étendue du secteur public: la propagation du secteur public peut se faire en dehors de lui*” (in *Droit Public de l'Économie*, Paris, Dalloz, 1998, p. 668).

E. As privatizações

A exemplo de diversos países outros países, a França possui a história recente marcada por uma onda de privatizações e diminuição da atuação empresária do Estado.⁴⁶ De acordo com o art. 34 da Constituição de 1958, a competência para fixar as regras para as privatizações é do legislador, embora este dispositivo não exija que toda operação implicando a transferência de uma empresa do setor público ao setor privado seja diretamente decidida por ele.⁴⁷

O movimento privatizante tem como um de seus marcos iniciais a elaboração da lei de 2 de julho de 1986, que previa a transferência ao setor privado de sessenta e cinco empresas públicas indicadas em lista anexa. Relançou-se, posteriormente, e após curto período de retração⁴⁸, pela lei de 19 de julho de 1993, que trouxe nova lista de empresas a serem privatizadas.⁴⁹ Via de regra, buscou-se passar ao setor privado as empresas públicas atuantes em mercados concorrenciais.

Na lei de 2 de julho de 1986, foram estabelecidas três modalidades procedimentais diferentes.⁵⁰ Enquanto a privatização de empresas mais importantes e de maior porte depende de lei específica que a autorize; as empresas de médio porte podem ser privatizadas após decreto; e, finalmente, empresas de menor porte e menor importância podem ser privatizadas mediante mera declaração prévia ao ministro da Economia. É a própria lei quem esclarece os critérios para classificar as empresas como pertencentes ao primeiro, segundo ou terceiro grupo.

Alguns mecanismos de “proteção do interesse nacional” foram previstos nestas leis sobre privatizações. De início, havia vedação à aquisição de mais de 20% da empresa por estrangeiros. A limitação, entretanto, foi gradualmente abandonada: primeiro, ela deixou de ser aplicável a comunitários; em seguida, ela foi completamente eliminada. Por outro lado, a lei de 1993 adotou o princípio da “*action spécifique*” (ou “*golden share*”), que garante a manutenção, pelo Estado de ações diferenciadas, mesmo após a privatização. O regime particular da *golden share* permite ao primeiro ministro a detenção de alguns poderes importantes, como o de se opor a decisões de cessão de ativos e o de nomeação, por decreto, de representantes do Estado no conselho de administração.

F. O controle estatal sobre as empresas públicas

As empresas estatais estão submetidas a diversos tipos de controle. O primeiro deles é a tutela ministerial, que pode ter caráter *técnico* ou *econômico e financeiro*. A tutela técnica é promovida pelo ministério cuja pasta está relacionada à empresa em questão. Assim, por exemplo, cabe ao ministério dos transportes tutelar a SNCF (*Société nationale chemins de Fer*) e ao ministério da indústria tutelar a GDF (*Gaz de France*). Esta tutela técnica se traduz por meio de poderes de aprovação prévia de

⁴⁶ Para além das privatizações propriamente ditas, poderiam ser citadas as “privatizações parciais”, decorrentes da abertura de capital de diversas empresas públicas.

⁴⁷ Cf. CHÉROT, Jean-Yves. *Droit Public Économique*, Paris, Economica, 2007, p. 488.

⁴⁸ É o período conhecido como “ni-ni” – *ni nationalisation-ni privatisation* (nem nacionalização, nem privatização), fórmula contida no programa do candidato François Mitterrand à presidência da França em 1988.

⁴⁹ Algumas dessas empresas já constavam da lista da lei de 1986, mas ainda não haviam sido privatizadas. É o caso da Thomson, Elf-Aquitaine, do Crédit Lyonnais e da AGF, por exemplo. Outras empresas, como a Air France e a Renault, não constavam da lista anterior.

⁵⁰ Sobre a procedimento a ser seguido para a privatização de empresas públicas, v. HUBRECHT, Hubert-Gérald. *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 214-219.

determinadas medidas, bem como poderes de orientação e mesmo, em alguns casos, de veto. Por sua vez, a tutela econômica e financeira, também prévia, é promovida pelo Ministério da Economia, envolve o exame de utilizações orçamentárias e pode alcançar todas as empresas públicas.⁵¹

Como as empresas públicas brasileiras, as empresas francesas também se submetem ao crivo da *Cour de Comptes*, que procede a um controle *a posteriori* e pontual das suas gestões orçamentárias.⁵² Controle posterior também pode ser promovido pelo Comissário de Contas indicado pelo Ministro da Economia para atuar perante empresas públicas de certa importância.

Finalmente, duas outras modalidades de controle menos importantes podem ser citadas. A primeira delas é o controle parlamentar, promovido por comissões constituídas *ad hoc*. A segunda é o controle exercido pelo Alto Conselho do Setor Público (*Haut Conseil du Secteur Public*), criado em 1982, pela lei de nacionalização. Formado por parlamentares, representantes do Estado, dos empregados e por alguns *experts*, o Conselho tem a função de acompanhar a evolução de empresas públicas e publicar, a cada dois anos, um relatório sobre a sua gestão.

Por outro lado, alguns instrumentos jurídicos têm sido utilizados para dar às empresas públicas maior flexibilidade e autonomia do Poder Público. De um modo geral, estes instrumentos visam a substituir controles prévios por avaliações posteriores de desempenho.⁵³ Em alguns casos, a tutela estatal prévia é relativizada, mas a empresa se compromete com objetivos de produtividade. Os dois principais instrumentos são os “contrats de plan” e os “contrats d’objectifs”, freqüentemente confundidos na prática.

Os “contrats de plan” são avenças plurianuais (de 3 a 5 anos), firmadas entre os dirigentes das empresas públicas e os ministérios correspondentes à área de sua atuação, por meio das quais se fixam os objetivos a serem alcançados pelas empresas, assim como as obrigações recíprocas entre elas e o Estado. São destinados principalmente a empresas prestadoras de serviço público. Empresas como EDF, GDF, France Télécom, SNCF e La Poste já firmaram acordos semelhantes.

Os “contrats d’objectifs” possuem duração de 3 anos e também fixam objetivos a serem cumpridos pela empresa pública em questão. São utilizados especialmente para empresas atuantes em mercados concorrenciais e, ao contrário dos “contrats de plan”, não envolvem compromissos financeiros por parte do Estado.

G. O regime jurídico das empresas públicas

O regime jurídico das empresas públicas na França é bastante variado, dada a grande diversidade das próprias empresas. Como visto acima, duas das modalidades de empresa pública possuem personalidade jurídica de direito privado (sociedade de economia mista e sociedades privadas de capital público), enquanto a outra delas possui personalidade jurídica de direito público (estabelecimentos públicos industriais e comerciais). Esta última modalidade de empresa pública não detém a qualidade de sociedade comercial, nem está sujeita a procedimentos de falência e insolvência.

Quanto ao regime de pessoal, a regra é a de que os componentes da empresa pública sejam assalariados em regime privado, submetidos às disposições do Direito

⁵¹ O ministério da economia também pode desempenhar a tutela técnica no tocante a algumas atividades no setor bancário ou de seguros, por exemplo.

⁵² V. arts. 133-1 e 133-2 do Código de jurisdições financeiras.

⁵³ Cf. DELVOLVÉ, Pierre. *Droit Public de l’Économie*, Paris, Dalloz, 1998, pp. 743-745.

do Trabalho. As exceções ficam por conta (i) dos agentes que ocupam cargos de direção; (ii) do chefe da contabilidade; e (iii) de alguns agentes aos quais a lei atribuiu de forma explícita o caráter de funcionários públicos (como os funcionários dos correios). A particularidade é que os funcionários de algumas empresas públicas – notadamente aquelas prestadoras de serviços públicos, como EDF, GDF, RATP e SNCF – estão submetidos a estatutos específicos, de origem legislativa. Estes estatutos, que possuem natureza jurídica de atos administrativos de caráter regulamentar, são resultados de negociação entre representantes da empresa pública e dos empregados. Em geral, as disposições estatutárias são bastante favoráveis aos empregados, que podem cumular vantagens típicas dos funcionários públicos, com outras típicas da iniciativa privada.

O princípio da continuidade dos serviços públicos impõe restrições ao direito de greve dos empregados das empresas públicas que os prestam.⁵⁴ Incide, ainda, a obrigação de que as paralisações sejam notificadas com antecedência de cinco dias.

Aos bens das empresas públicas se aplicam em geral as regras do direito privado. São três as exceções: (i) se a empresa pública está constituída sob a forma de estabelecimento público industrial e comercial, seus bens são submetidos ao regime do domínio público; (ii) os bens públicos afetados a empresas concessionárias de serviço público e que deverão retornar ao Estado após o final da concessão (bens reversíveis) também são bens integrantes do domínio público; (iii) os bens alocados pelo Estado a uma empresa pública afetadas a um serviço público seguem no domínio público do Estado.

Quanto à arbitragem, a regra geral é que ela pode ser utilizada pelas empresas constituídas sob a forma de sociedades anônimas. Já as empresas públicas com personalidade jurídica de direito público estão em geral proibidas de se utilizarem desta forma de resolução de conflitos, salvo se houver autorização legal específica (como ocorre para a SNCF⁵⁵ e La Poste⁵⁶, por exemplo).

SEÇÃO 2. As técnicas de intervenção pública na economia

Examinadas as *instituições* através das quais o Poder Público francês se vale para intervir no domínio econômico, cumpre, na seqüência, examinar as *técnicas* utilizadas para este fim. Entre elas, destacam-se (i) a regulação da concorrência; (ii) as ajudas estatais; (iii) as intervenções contratuais; (iv) o planejamento; e (v) a regulação setorial. Por força dos limites de espaço e tempo para a produção deste capítulo, as duas últimas técnicas de intervenção não serão aqui tratadas. Quanto às demais, estão elas examinadas uma a uma nas linhas seguintes.

§1. Regulação da concorrência

Durante longo período após a segunda guerra mundial, a economia francesa experimentou intensa regulação estatal dos preços de bens e serviços ao consumidor.

⁵⁴ Sobre a conciliação do direito de greve com a continuidade dos serviços públicos, v. CE, 7 julho 1950, *Dehaene*, Rec. p. 426.

⁵⁵ V. lei de 30 de dezembro de 1982.

⁵⁶ V. lei de 2 de julho de 1990.

Este poder discricionário⁵⁷ do Estado decorria da lei delegada n. 1484, de 30 de junho de 1945, que autorizava a determinação direta dos preços por decisões interministeriais ou do Ministro da Economia. O rígido regime foi sendo abandonado progressivamente. De um método puramente unilateral, o Estado passou a adotar, a partir da década de 60, procedimento mais consensual, fazendo uso dos chamados “contratos de programa” e da “liberdade contratual dos preços”, pelos quais induzia os preços do mercado. Contudo, apenas através da lei delegada n. 1243, de 1º de dezembro de 1986, foi estabelecido o princípio geral da livre determinação de preços.⁵⁸

Paralelamente à supressão do controle direto de preços, optou-se por intensificar a aplicação do direito antitruste. A partir de então, a “regulação da concorrência” passou a ser uma das mais importantes técnicas de intervenção na economia de que se vale o Estado francês. Através do seu manejo, o Poder Público pode *evitar* a formação de estruturas que propiciem ou possibilitem condutas anticompetitivas (atuação preventiva, especialmente através do chamado controle de estruturas) ou sancioná-las, quando vierem a ocorrer (caso típico do controle de condutas). A exposição está dividida em três partes. Depois de apresentar as autoridades de controle (item A), examinam-se as regras relativas às práticas anticoncorrenciais (item B) e às concentrações empresariais (item C).

A. As autoridades de controle

A mais importante autoridade no sistema francês de defesa da concorrência é o Conselho da Concorrência. Contudo, relevantes tarefas são cumpridas também pelos órgãos da administração central, como o Ministério da Economia.

1. O Conselho da Concorrência

O Conselho da Concorrência⁵⁹ é formado por 17 conselheiros nomeados por decreto do ministro da Economia para exercer mandatos renováveis de seis anos.⁶⁰ Sua natureza jurídica é de autoridade administrativa independente, ainda que a este respeito não haja disposição normativa explícita. Sua composição é mista: oito dos membros são magistrados, provenientes do *Conseil d’Etat*, da *Cour de Cassation* e da *Cour des Comptes*, por exemplo; quatro são personalidades escolhidas em função de sua competência em matéria econômica, concorrencial ou de consumo; e cinco são

⁵⁷ Assim o considerou a jurisprudência administrativa. Cf. CE, 30 de março de 1955, *Syndicat national des depositaires de journaux*.

⁵⁸ As exceções ao princípio estão previstas na própria lei. Alguns produtos e serviços seguem tendo os seus preços controlados de acordo com o regime anterior, a exemplo dos medicamentos, dos transportes públicos, dos produtos agrícolas e dos medicamentos. Ademais, nos setores em que a concorrência é limitada, os preços são fixados por decreto do *Conseil d’Etat*, após parecer do Conselho da Concorrência. Finalmente, pode o Estado determinar os preços em caso de crises e circunstâncias excepcionais, como calamidades públicas e guerras. Cf. art. 1º da lei delegada n. 1243, de 1º de dezembro de 1986.

⁵⁹ O *Conselho da Concorrência* foi criado pela Ordonnance n. 86-1243 de 1º de dezembro de 1986 para suceder a *Comissão da Concorrência*, que fora criada em 1977. Para maiores informações, cf. o site <http://www.conseil-concurrence.fr>

⁶⁰ Lembre-se que, no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é composto por um presidente e seis conselheiros que exercem mandatos de dois anos, renováveis por mais dois. Há discussões no Congresso para o aumento dos mandatos dos conselheiros do CADE. Os conselheiros são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal (v. art. 4º da lei federal brasileira n. 8.884/94)

personalidades que exercem ou exerceram atividades nos setores de produção, distribuição, artesanato, de serviços ou de profissões liberais.⁶¹ O governo nomeia ainda, através do Ministro da Economia, um comissário que o representa perante o Conselho, mas não tem direito a voto, nem participa das deliberações.

O Conselho da Concorrência possui funções consultivas e contenciosas. No desempenho de suas funções consultivas, atua como “advogado da concorrência”.⁶² Assim, pode ser levado a pronunciar-se em consultas do governo ou de comissões parlamentares sobre projetos de leis ou sobre qualquer questão relacionada ao direito da concorrência.⁶³ Também podem promover consultas as coletividades territoriais, as organizações profissionais e sindicais, câmeras de comércio e autoridades de regulação setorial.⁶⁴ Em todos estes casos, a consulta é facultativa.

Mais interessantes – por inexistentes no caso brasileiro – são as hipóteses em que a consulta é obrigatória.⁶⁵ De acordo com o art. 462-2 do Código de Comércio, o Conselho da Concorrência será *necessariamente* consultado pelo governo sobre todo projeto de textos regulamentares para instituição de um novo regime que tenha por efeito direto (i) submeter o exercício de uma profissão ou o acesso a um mercado a restrições quantitativas; (ii) estabelecer direitos exclusivos em certas zonas; (iii) impor práticas uniformes em matéria de preços ou de condições de venda. Também o Ministro da Economia possui a obrigação de consultar o Conselho para a decisão de questões relacionadas a concentrações empresariais que ele estime que provocam efeitos restritivos à concorrência.⁶⁶

Quanto à atuação contenciosa do Conselho da Concorrência, ela é exclusiva no controle de *condutas* anticoncorrenciais. Neste caso, atua em todos os setores da economia, de ofício ou a partir da provocação de interessados. Pode determinar

⁶¹ Os membros do Conselho da Concorrência podem ser aposentados ou ainda ativos. Na prática, a maior parte deles cumula a função pública com outras atividades profissionais. V. BRAULT, Dominique. *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Paris, LGDJ, 2004, p. 454.

⁶² Sobre o tema, v. o meu “O impacto anticompetitivo da regulação estatal”, Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *mimeo*, 2008, em especial o capítulo quinto. Cf., ainda, COOPER, James C. *et alli*, “Theory and practice of competition advocacy at the FTC”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 72, No. 3, 2005; e EVENETT, Simon J. “Competition Advocacy: time for a rethink?”, *26 Northwestern Journal of International Law & Business*, 2005-2006.

⁶³ Sobre os limites materiais das consultas ao Conselho da Concorrência, v. MICHEL-AMSELLEM, Valérie. “La procédure devant le Conseil de la Concurrence”. *L’application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*. Paris, LGDJ, 2008, pp. 364-365.

⁶⁴ A consulta ao Conselho de Concorrência não é facultada às empresas. Dominique BRAULT explica que “*les auteurs de l’ordonnance n’ont pas voulu donner aux entreprises la possibilité d’obtenir auprès du Conseil des consultations gratuites alors que certains professionnels offrent ce service. (...) Enfin, admettre la consultation du Conseil par les entreprises eût vite fait dégénérer le contrôle a posteriori des ententes et des abus de puissance économique en un contrôle a priori et, de surcroît, dépourvu de sanction*” (in *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Paris, LGDJ, 2004, p. 464).

⁶⁵ No Brasil, por outro lado, nos processos judiciais em que se discuta a aplicação da lei antitruste, há a obrigatoriedade de *notificação* do CADE para que, querendo, possa intervir no feito (v. art. 89 da lei federal brasileira n. 8.884/94). A este respeito, voltando ao direito francês, pode ser lembrado que o art. 15, § 3º do Regulamento n. 1/2003 da Comunidade Européia possibilita ao Conselho da Concorrência atuar como *amicus curiae* perante a jurisdição francesa, transmitindo-lhe observações escritas a propósito da aplicação dos artigos 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia.

⁶⁶ Outras consultas obrigatórias ao Conselho da Concorrência foram estabelecidas em leis esparsas, como uma lei de 26 de julho de 1996 relativa às telecomunicações ou um decreto de aplicação da lei n. 2000-108 de 10 de fevereiro de 2000 sobre a modernização e desenvolvimento do serviço público de energia elétrica.

medidas preventivas, injunções, impor sanções pecuniárias e estabelecer compromissos de condutas.

Por outro lado, a participação do Conselho da Concorrência no controle de *estruturas* é meramente consultiva. Com efeito, a decisão a propósito da licitude concorrencial de uma concentração cabe ao Ministro da Economia. Trata-se de importante peculiaridade do sistema francês. Como se sabe, no Brasil, o CADE é competente para a análise tanto de condutas como de estruturas potencialmente anticompetitivas.⁶⁷

Quando provocado para o exame de questões que extrapolam as suas atribuições, o Conselho da Concorrência deve se declarar incompetente. Isso ocorre não apenas em casos relacionados a concentrações, mas também em casos de perdas e danos ou de demandas de anulação de contratos (cuja competência é da jurisdição comum) ou de atos administrativos (cuja competência é da jurisdição administrativa), mesmo quando relacionados a questões concorrenciais. Cabe, finalmente, ao Conselho da Concorrência provocar o procurador da República para a instauração de procedimentos penais por infrações econômicas e provocar os juízos cíveis ou comerciais quando se tratar de práticas discriminatórias ou recusas de contratar.

2. *A administração central*

A administração central tem papel relevante e direto no sistema de proteção à concorrência na França. Cabe precipuamente ao Ministério da Economia o exame dos atos de concentração. Compete-lhe autorizá-los ou impedi-los, promover injunções e aplicar eventuais sanções às empresas envolvidas. O procedimento específico de controle de estruturas será exposto adiante. Para além da atuação fundamental do Ministro da Economia, o controle de concentrações pode depender também da manifestação de outros ministros relacionados com os setores da economia envolvidos na operação.

Cumprir referir ainda à atuação da Direção Geral da Concorrência, do Consumo e da Repressão a Fraudes (DGCCRF). Trata-se de estrutura ministerial especializada criada em 1985 à qual compete uma regulação global da concorrência. A DGCCRF desempenha funções ligadas à informação e defesa do consumidor. Em específico, (i) examina operações de concentração em auxílio ao Ministro da Economia e (ii) pode propor-lhe a provocação do Conselho da concorrência caso detecte acordos empresariais ilícitos ou de abuso de posição dominante.⁶⁸

B. O controle das práticas anticoncorrenciais

As práticas anticompetitivas estão reguladas a partir do art. 420 do Código de Comércio. Proíbem-se as ações concertadas, as convenções e os acordos expressos ou tácitos que tenham por *objeto* ou possam ter por *efeito* impedir, restringir ou falsear a concorrência nos mercados. Note-se que a ilicitude pode decorrer até mesmo de limitações tácitas à competitividade. Além disso, o elemento subjetivo (a intencionalidade da restrição concorrencial) é irrelevante para a configuração da

⁶⁷ V., por exemplo, os art. 20 e 54 da lei federal brasileira n. 8.884/94.

⁶⁸ A Direção Geral da Concorrência, do Consumo e da Repressão a Fraudes (DGCCRF) contribui ainda para a garantia da competitividade dos procedimentos de compras públicas e delegações de serviços públicos.

ilicitude antitruste dos acordos empresariais restritivos da competitividade, a exemplo do que ocorre no sistema brasileiro.⁶⁹

Como exemplos de ilícitos, a lei cita acordos que (i) limitem o acesso ao mercado ou ao livre exercício da concorrência por outras empresas; (ii) façam obstáculo à fixação de preços pelo livre jogo do mercado; (iii) limitem ou controlem a produção, os investimentos e o progresso técnico; (iv) repartam o mercado ou as fontes de abastecimento.⁷⁰

É também proibida a *exploração abusiva* da posição dominante ou do estado de dependência econômica no qual se encontre uma empresa cliente ou fornecedora.⁷¹ Estas explorações abusivas são proibidas “nas mesmas condições” das práticas referidas no artigo 420-1 – ou seja, à medida em que tenham por objeto ou possam ter por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência nos mercados. A exploração abusiva da posição dominante ou do estado de dependência poderá se verificar em casos de recusa de contratar, vendas casadas, práticas discriminatórias ou ruptura de relações comerciais estabelecidas em razão de insubmissão da empresa parceira a “condições comerciais injustificadas”.

A “posição dominante” não está definida em lei, mas é entendida na jurisprudência como a situação que permite a uma empresa obstaculizar a manutenção da concorrência efetiva sobre o mercado em causa, em lhe fornecendo a possibilidade de comportamentos independentes em relação aos seus concorrentes.⁷² À semelhança do que ocorre no direito brasileiro, não há uma proibição da posição dominante em si – apenas da sua exploração abusiva.⁷³ Do mesmo modo, a noção de “estado de dependência econômica”, tipicamente francesa⁷⁴, é dada pela jurisprudência. O Conselho da Concorrência a tem entendido como a situação em que um dos parceiros não possui “solução alternativa (ou equivalente)” se recusar a contratação com o outro, nas condições que ele lhe impõe.⁷⁵

⁶⁹ V. art. 20 da lei federal brasileira n. 8.884/94.

⁷⁰ V. art. 420-1 do Código de Comércio.

⁷¹ V. art. 420-2 do Código de Comércio.

⁷² Cf. FRISON-ROCHE, Marie-Anne; PAYET, Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 122-129.

⁷³ Nas palavras de Louis VOGEL, “*bien loin d’être étranger à la concurrence, l’effet de domination en constitue un élément essentiel*” (in *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, Economica, 1998, p. 103). No direito brasileiro, v. art. 20, § 1º, da lei federal brasileira n. 8.884/94.

⁷⁴ Louis VOGEL relata as razões que levaram à previsão do abuso de dependência econômica: “*The emergence of mass retailing has led to a reversal in the balance of power between producers and retailers in favour of the latter since the 1970s. However, the notion of abuse of a dominant position is not well adapted to dealing with abuses by retailers, as they do not as a general rule occupy a dominant position on a defined product market. (...) Although it is also aimed at also aimed the economic dependency of distributors on suppliers, the provision [of the abuse of economic dependence] mainly seeks to protect producers from the abusive behaviour of mass retailers and in particular from the abusive delisting practices of buying groups*” (in “*Competition Law*”. BERMANN, George A.; e PICARD, Etienne (coord.), *Introduction to French Law*, Amsterdam, Kluwer, 2008, p. 384).

⁷⁵ A compreensão do Conselho da Concorrência deriva da redação anteriormente vigente do art. 420-2 do Código de Comércio. Esta redação, modificada pela lei de 15 de maio de 2001, fazia referência à “ausência de solução equivalente” como critério da dependência econômica. A despeito da alteração redacional, o Conselho segue aplicando o referido critério, por entender que “*la notion même de dépendance suppose l’absence de solution équivalente*” (cf. *Conseil constitutionnel*, 18 de agosto de 2003, *Pratiques mises en oeuvre par Suzuki et autres sur le marche de la distribution des motocycles*,

São nulas e estão sujeitas a sanções as práticas empresariais levadas a efeito em violação às proibições aqui referidas. A exceção fica por conta das condutas (i) que resultarem da aplicação de lei ou regulamento; (ii) que promovam progresso econômico ou criação/manutenção de empregos, dentro das condições estritas previstas na lei.⁷⁶ Também podem constituir exceções alguns acordos que tenham por objeto melhorar a gestão de médias e pequenas empresas.⁷⁷

O controle das práticas anticoncorrenciais compete ao Conselho da Concorrência, a quem cabe identificá-las e avaliar a incidência de uma das exceções previstas em lei. O Conselho pode pronunciar-se de ofício ou após provocação. Detém poderes de sanção, injunção, determinação de medidas cautelares ou fixação de compromisso de condutas.⁷⁸

Por outro lado, a lei prevê a possibilidade de exoneração total ou parcial das sanções pecuniárias à empresa que, admitindo haver participado de práticas anticompetitivas (como cartéis), contribua com a investigação correspondente, identificando os seu autores e provendo informações de que o Poder Público ainda não dispunha (“programa de leniência”).⁷⁹

As decisões do Conselho da Concorrência podem ser anuladas ou reformadas pela *Cour d’appel de Paris*.⁸⁰ Esta corte, que poderá examinar questões de fato ou de direito, pode reenviar o caso para nova decisão do Conselho da Concorrência ou substituir-se a ele, e ingressar no mérito da causa. Da decisão da *Cour d’appel de Paris* cabe recurso para a *Cour de Cassation*.

C. Os controles de concentrações empresariais

O sistema de controle de concentrações no Direito Francês foi reformado pela lei sobre as “novas regulações econômicas”, de 15 de maio de 2001. As normas atualmente regentes estão consolidadas no Código de Comércio, a partir do art. 430 (Livro IV, Título III). De acordo com estes dispositivos, verifica-se uma operação de concentração quando ocorre a fusão de duas ou mais empresas antes independentes ou quando uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, o controle da totalidade ou de partes de outra(s) empresa(s). O *controle* deve ser entendido como a possibilidade de exercer “influência determinante” sobre a atividade da empresa.⁸¹

Submetem-se ao escrutínio do Poder Público francês as concentrações que reúnam as três condições seguintes: (i) o faturamento total mundial fora tributos do

ponto 46). Este entendimento foi confirmado por instâncias superiores (*Cour d’appel de Paris* e *Cour de Cassation*).

⁷⁶ V. art. 420-4, I, 2º, do Código de Comércio.

⁷⁷ V. art. 420-4, II, do Código de Comércio.

⁷⁸ V. arts. 464-1 e 464-2 do Código de Comércio.

⁷⁹ V. 464-2, IV, do Código de Comércio.

⁸⁰ Afirma Frédéric COLIN: “*La création du Conseil de la concurrence, soumis ici à la compétence de la Cour d’appel de Paris, complique la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Chacune d’entre elles souhaite par ailleurs conserver sa compétence. Ceci a amené le Conseil d’État à intégrer l’ordonnance de 1986 au sein du bloc de la légalité administrative, et notamment, on l’a vu, à consacrer un nouveau principe général du droit, celui de la liberté de la concurrence qui ‘découle de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986’ (CE, 1^{er} avril 1998, Union hospitalière privée). La répartition des rôles entre Conseil de la concurrence, et Conseil d’État (qui applique donc aussi le droit de la concurrence) peut s’analyser ainsi: il appartient au premier de contrôler s’il y a abus ou entente, et au second si ce comportement est le résultat d’une décision des pouvoirs publics*” (in *Droit public économique*, Paris, Gualino, 2005, p. 228).

⁸¹ V. art. 430-1, III, do Código de Comércio.

total de empresas ou grupos de pessoas físicas ou jurídicas participantes da concentração é superior a 150 milhões de euros; (ii) o faturamento total fora tributos realizados na França por ao menos duas das empresas ou grupos de pessoas físicas ou jurídicas envolvidas na concentração é superior a 50 milhões de euros; (iii) a operação não se enquadra no âmbito da competência da Comissão Europeia, que é prevalente.

As operações que preencherem estes requisitos acima relacionados deverão ser *previamente* notificadas ao Ministro da Economia, sob pena de imposição de multa.⁸² Notificado, o Ministro da Economia deverá (i) declarar que a operação não constitui concentração ou não preenche as condições apontadas no parágrafo anterior; (ii) autorizar a operação, com ou sem reservas; ou (iii) consultar o Conselho da Concorrência, se entender que a operação poderá causar problemas concorrenciais irremediáveis pela simples imposição de compromissos de condutas. Nesta última hipótese, o Conselho da Concorrência analisará as características da operação em questão e transmitirá a sua opinião ao Ministro da Economia. O Ministro, então, poderá proibir a operação, determinando às partes que adotem todas as medidas necessárias ao restabelecimento da concorrência, ou autorizá-la – sem reservas ou sob condições (remédios) que reduzam os riscos de limitação à competitividade ou promovam progresso econômico e social que compense esta limitação.

Após notificado, o Ministro da Economia dispõe de prazo de cinco semanas para analisar as operações simples.⁸³ No caso de operações mais complexas, nas quais o Ministro da Economia decide consultar o Conselho da Concorrência, o prazo para análise pode se estender a até quatro meses.⁸⁴ Decorridos os prazos sem resposta, a operação está implicitamente autorizada. Por outro lado, durante o prazo de exame, as operações ficam suspensas, salvo “necessidade particular devidamente motivada”.⁸⁵

Note-se que é do Ministro da Economia a competência mais relevante para análise de concentrações, no sistema francês de defesa da concorrência. Seu poder de decisão será compartilhado apenas – e eventualmente – com o Ministro responsável pelo setor da economia relativo à operação. Por outro lado, a competência do Conselho da Concorrência é meramente consultiva⁸⁶ – e esta consulta só é obrigatória quando o Ministro da Economia acredite haver indícios de que a concentração deva ser vetada. Estas características do sistema francês reforçam o caráter fortemente político das análises referentes ao direito antitruste.⁸⁷

⁸² A obrigatoriedade de notificação decorreu da lei sobre as “novas regulações econômicas”, de 15 de maio de 2001. Antes, ela era facultativa. A lei brasileira, por sua vez, permite a notificação posterior à concretização da concentração (v. art. 54, § 4º, da lei n. 8.884/94).

⁸³ V. art. 430-5, I, do Código de Comércio.

⁸⁴ V. art. 430-6 do Código de Comércio.

⁸⁵ V. art. 430-4 do Código de Comércio.

⁸⁶ De acordo com a sistemática atual, o Ministro não está vinculado à conclusão do parecer do Conselho da Concorrência. Antes da Lei delegada n. 86-1243 de 1º de dezembro de 1986, havia uma vinculação “relativa” (v. art. 8º da lei de 19 de julho de 1977). Sobre o tema, consulte-se COT, Jean Mathieu; e LA LAURENCIE, Jean-Patrice de. *Le contrôle français des concentrations*, 2. ed., Paris, LGDJ, 2003, p. 398 et seq.

⁸⁷ Para Marie-Anne FRISON-ROCHE e Sébastien BONFILS, “*cette attribution de compétence traduit la philosophie même du contrôle des concentrations. En effet, si l’on estime que le contrôle des concentrations n’est jamais qu’un déplacement du temps de la lutte contre les comportements anticoncurrentiels, passage de l’aval de la sanction à l’amont de la prévention, la compétence devrait alors revenir au Conseil de la concurrence. Si la compétence ministérielle persiste, cela signale que le contrôle porte sur la conception que l’on peut avoir de bienfaits de la structure du marché en cause, voire profiter du mouvement entre entreprises importantes pour influencer sur cette structure. Nous passons alors dans une dimension de politique de la concurrence, voire de*”

As decisões ministeriais podem ser impugnadas perante a jurisprudência administrativa, dentro do prazo de dois meses. Assim, cabe ao Conselho de Estado julgar as ações contra decisões tomadas na análise de concentrações econômicas. A doutrina aponta que o Conselho de Estado tem se permitido um exame cada vez mais profundo das decisões ministeriais.⁸⁸ Fundamentalmente, considera-se que os Ministros exercem, nesta hipótese, um poder de polícia econômico, subordinado a um controle de proporcionalidade.⁸⁹

§2. As ajudas públicas

Técnica clássica de intervenção na economia, as ajudas públicas a empresas ou setores da economia constituem um importante instrumento de política econômica, com fortes implicações jurídicas. Se por um lado elas permitem a realização de políticas públicas de desenvolvimento econômico e industrial, por outro promovem o risco de falseamento das leis do mercado, em função do favorecimento artificial e desigual que aporta aos seus beneficiários. Daí lhes ser sensível o direito francês e, em especial, o comunitário.

A despeito de sua relevância jurídico-econômica, as ajudas públicas não estão expressamente definidas em textos normativos franceses ou europeus. Este fator, somado à diversidade das características de ajudas públicas, resulta na dificuldade de identificá-las.⁹⁰ De logo, pode o destinatário da ajuda pública ser uma empresa (pública ou privada) ou um setor da economia (agricultura, têxtil etc.). Do mesmo modo, pode o concedente da ajuda ser pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado *sob influência determinante de pessoas públicas*. Elas também variam quanto à origem: há ajudas públicas estatais, comunitárias e das coletividades territoriais. A sua forma também é bastante variável. De um modo geral, costuma-se classificá-las como *diretas* e *indiretas*. As ajudas diretas são de natureza financeira, produzindo impacto imediato nas contas do beneficiário. Correspondem à atribuição de recursos em condições mais favoráveis do que aquelas normalmente disponíveis no mercado. É o caso de empréstimos a taxas de juros reduzidas ou mesmo de subvenções. Por outro lado, as ajudas indiretas não implicam transferência monetária e consistem na conferência de uma vantagem não imediatamente financeira. Podem consistir em exonerações tributárias, cessões de usos de bens públicos, cauções e garantias de empréstimos, concessão de direitos monopolísticos,

politique industrielle, que le pouvoir politique continue d'exercer" (in *Les grandes questions du droit économique*: introduction et documents, Paris, PUF, 2005, pp. 399-400).

⁸⁸ Cf. COT, Jean Mathieu; e LA LAURENCIE, Jean-Patrice de. *Le contrôle français des concentrations*, 2. ed., Paris, LGDJ, 2003, p. 445 et seq.

⁸⁹ A virada jurisprudencial se deu a partir da decisão de dois casos: CE 8 de abril de 1999, n. 197654, *Société Interbrew*, Rec. 117, e CE, 9 de abril de 1999, *Société The Coca-Cola compagy*, Rec. 119.

⁹⁰ Claude Lucas de LEYSSAC e Gilber PARLEANI noticiam que, em 1989, o Conselho de Estado publicou documento intitulado "*Réflexions sur le droit des aides publiques aux entreprises*", em que ensaiou a seguinte definição de ajudas públicas: "*opération de l'État ou de ses établissements, vers une entreprise même publique, dont l'objet n'est pas un gain direct et quantifiable pour l'État, qui a un impact quantitatif sur les comptes de l'entreprise, et qui lui est versée directement ou indirectement, ou lui bénéficie par le biais de son environnement, sous condition dans ce cas d'avoir une finalité économique*" (in *Droit du marché*, Paris, PUF, 2002, p. 602).

atribuição de prerrogativas de *puissance publique* (como o recurso à expropriação), entre outros.⁹¹

Ao lado de toda esta diversidade, é claro que existem alguns critérios que podem ajudar na identificação da ajuda pública. O primeiro deles é o de que a ajuda pública não corresponde ao aumento de capital aportado normalmente pelo acionário a uma sociedade – embora haja uma freqüente suspeição, por parte das autoridades de controle, de que aportes de acionários públicos constituam ajudas camufladas. Além disso, as ajudas públicas são medidas caracterizadas pela ausência de contrapartida direta em benefício do seu concedente, pelo que se diferenciam dos contratos administrativos para aquisição de bens ou serviços (*marchés publics*).⁹² Finalmente, as ajudas públicas supõem uma *individualização do destinatário*, não se confundindo com medidas de política econômica geral para relançamento do consumo, do emprego ou dos investimentos, por exemplo.

Os limites e as implicações jurídicas das ajudas públicas dependem fundamentalmente de sua proveniência. Como já foi dito, há ajudas estatais (item A), ajudas das coletividades territoriais (item B) e ajudas comunitárias (item C). Eis a razão pela qual é recomendável examiná-las separadamente.

A. Ajudas estatais

Até 1982, as ajudas públicas, na França, eram exclusivamente estatais. A despeito da progressiva descentralização que vem ocorrendo desde então, o Estado segue cumprindo um papel de relevante na concessão de ajudas. Essas ações estatais sofrem um considerável enquadramento por parte do direito comunitário (item A.2), mas também por parte do direito nacional (item A.1), em função de seu potencial efeito falseador da concorrência.

1. Enquadramento pelo direito francês

As ajudas estatais podem ser concedidas mediante ato administrativo unilateral ou contrato administrativo. Quando se tratar de ato administrativo, três podem ser os regimes.⁹³ Em primeiro lugar, há as ajudas cujos requisitos de concessão estão exaustivamente elencados na lei. Cumpridos tais requisitos, o administrado *tem direito* à ajuda (por exemplo, isenção a alguma espécie de tributo), que não pode ser negada pelo Estado francês. Em segundo lugar, há as ajudas condicionadas, para as quais a lei estabelece os requisitos mínimos de obtenção, deixando, ainda, uma pequena margem de apreciação à Administração, submetida ao controle do Tribunal

⁹¹ Para uma mais extensa classificação das ajudas públicas, consultem-se HUBRECHT, Hubert-Gérald. *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 321-324; e COLSON, Jean Philippe. *Droit public économique*, 3. ed., Paris, LGDJ, 2001, p. 345 et seq.

⁹² Como explicam Marie-Anne FRISON-ROCHE e Marie-Stéphane PAYET, “*le défaut de contrepartie est parfois évident: l’aide est gratuite, c’est, par exemple, une subvention ou un prêt sans intérêt. Parfois, au contraire, la mesure étatique prend la forme d’un acte à titre onéreux, comme, en particulier, un crédit, remboursable avec un intérêt, ou un apport en capital. L’avantage obtenu par l’entreprise sera révélé par la comparaison avec une situation normale de marché. Le taux de crédit est, par exemple, inférieur à celui pratiqué sur le marché. L’apport en capital, par exemple encore, ne correspond pas à celui qu’une entreprise aurait normalement pu obtenir sur le marché des capitaux. Le critère utilisé est dit de ‘l’opérateur privé en économie de marché’. Cette évaluation impose, selon le constat même du juge, une ‘appréciation économique complexe’, laissant un large pouvoir à la Commission*” (in *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2006, p. 51).

⁹³ Cf. HUBRECHT, Hubert-Gérald. *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 325 et seq.

administrativo. Em terceiro lugar – e mais frequentemente – há a situação em que, para a concessão da ajuda, o Poder Público exerce competência discricionária, frente à qual o controle jurisdicional é mínimo, apenas em caso de erro manifesto de apreciação.

Em qualquer hipótese, o (potencial) beneficiário da ajuda estatal deverá fornecer as suas contas (receitas e despesas) para o ministro que concede a subvenção, assim como apresentar outros documentos que o ministro julgue úteis para a avaliação da sua situação.⁹⁴ No mais, uma vez que a ajuda estatal visa à consecução de um objetivo de interesse público, o seu beneficiário deverá, ao recebê-la, assumir alguns compromissos de conduta. Descumpridas estas obrigações, caberá ao Poder Público aplicar as sanções adrede previstas, como a supressão da ajuda e a exigência do reembolso, por exemplo. De todo modo, por força de uma série de decisões recentes da jurisprudência administrativa, a decisão de conceder uma ajuda financeira foi considerada como decisão criadora de direitos, razão pela qual, mesmo quando ilegais, não poderão ser revogadas unilateralmente pela Administração após o prazo de quatro meses, salvo em caso de descumprimento, pelo beneficiário de suas obrigações.⁹⁵

No que concerne aos limites desta atuação estatal perante o direito francês, pode-se afirmar que há considerável liberdade. Com efeito, à falta de disposições legislativas expressas, as restrições às ações estatais derivam especialmente de princípios constitucionais como a igualdade e a liberdade de comércio e indústria – e, por isso mesmo, são bastante maleáveis.⁹⁶ O Estado francês está muito mais condicionado pelas restrições existentes no direito comunitário.

2. Enquadramento pelo direito comunitário

O princípio geral válido para o direito comunitário é o de que as ajudas estatais são proibidas.⁹⁷ Com efeito, de acordo com o art. 87 do Tratado que instituiu a Comunidade Européia, *“salvo derrogações previstas pelo presente tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, as ajudas concedidas pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”*.

Note-se, a princípio, que a disposição do Tratado incide amplamente, atingindo tanto as ajudas concedidas diretamente pelos Estados Membros como aquelas de alguma forma “provenientes de recursos estatais”. Assim, atinge também as ajudas concedidas por empresas estatais e coletividades territoriais.⁹⁸

⁹⁴ Cf. art. 1º do Decreto-Lei de 25 de junho de 1934, modificado por um decreto de 2 de maio de 1938.

⁹⁵ V. CE, 6 de novembro de 2002, *Soulier*; CE, Ass, 26 de outubro de 2001, *Ternon*; CE, 14 de fevereiro de 1994, *Société Gama*. V., ainda, nesta coletânea, o artigo de Domingos Paiva de ALMEIDA sobre o Direito Administrativo Francês, em especial na parte sobre a revogação de decisões criadoras de direitos.

⁹⁶ V. COLIN, Frédéric. *Droit public économique*, Paris, Gualino, 2005, pp. 246-247.

⁹⁷ O mesmo “princípio geral” é válido para o direito interno. *“Toutefois, comme il existe de très nombreuses aides que personne ne songe à contester, le principe de condamnation illustre qu'en droit de l'économie, l'exception peut absorber la règle”* (V. LEYSSAC, Claude Lucas de; e PARLEANI, Gilber. *Droit du marché*, Paris, PUF, 2002, p. 601).

⁹⁸ V., por exemplo, Casos C-6/64 *Flaminio Costa v. ENEL* [1964] ECR 585 e C-189/91 *Petra Kirsammer-Hack v Nurhan Sidal* [1993] ECR I-6185; Caso 78/76 *Steinike und Weinlig* [1977] ECR 595.

De todo modo, é importante observar que as ajudas estatais possuem relevância para o direito comunitário “na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros” e “falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”.⁹⁹ Quando determinada ajuda pública não afetar o comércio inter-estatal e não ameaçar a concorrência, não incide o art. 87 do Tratado.

Além disso, o próprio artigo que estabelece o princípio de proibição das ajudas estatais remete às “derrogações previstas no presente Tratado”. Estas derrogações são de duas ordens: as espécies de ajuda que são diretamente compatíveis com o direito comunitário e aquelas que, a critério da Comissão, *poderão* ser assim consideradas.

São diretamente compatíveis com o mercado comum: (i) as ajudas de natureza social atribuídas a consumidores individuais, na condição de serem concedidas sem qualquer discriminação relacionada à origem dos produtos e (ii) as ajudas destinadas a remediar danos causados por calamidades naturais ou outros acontecimentos extraordinários.¹⁰⁰

Diversas outras espécies de ajudas podem ser consideradas compatíveis com o mercado comum, a critério da Comissão Européia. São elas: (i) as ajudas destinadas a promover o desenvolvimento econômico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego; (ii) as ajudas destinadas a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-membro; (iii) as ajudas destinadas a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não alterem as condições de troca comerciais de maneira que contrarie o interesse comum; e (iv) as ajudas destinadas a promover a cultura e a conservação do patrimônio, quando não alterem as condições das trocas comerciais na Comunidade de maneira que contrarie o interesse comum.¹⁰¹

Além das espécies enumeradas acima, outras categorias de auxílio podem ser consideradas compatíveis com o direito comunitário, sob proposta de Comissão e decisão por maioria qualificada do Conselho.¹⁰² Além disso, de acordo com o regulamento n. 994/98, de 07 de maio de 1998, da Comunidade Européia, a Comissão Européia está autorizada a declarar a compatibilidade com o mercado comum das ajudas em favor de pequenas e médias empresas, da pesquisa e do desenvolvimento, da proteção do meio ambiente, bem como do emprego e da formação profissional (ditas ajudas “horizontais”).

Finalmente, é preciso referir à relativização recente no que concerne às ajudas para compensar obrigações de serviço público. Em importante decisão no caso *Altmark Trans*, a Corte Européia de Justiça reconheceu que a *estrita compensação financeira* dos custos enfrentados pela empresa responsável por obrigações de serviço público (universalidade e continuidade do serviço) não caracteriza ajuda pública ilícita sob o Tratado Europeu.¹⁰³

⁹⁹ V. Caso C-241/94 *République Française v Commission* [1996] ECR I-04551.

¹⁰⁰ São ainda compatíveis com o mercado comum as ajudas atribuídas à economia de certas regiões da antiga República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que necessárias para compensar as desvantagens econômicas causadas por esta divisão (art. 87, §2º, c). Esta hipótese, no entanto, não é relevante para o objeto deste artigo.

¹⁰¹ Art. 87, §3º, do Tratado da Comunidade Européia.

¹⁰² Art. 87, §3º, letra “e”, do Tratado da Comunidade Européia.

¹⁰³ Caso C-280/00 *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg* [2003] ECR I-7747. A Corte aplica, no caso, a exceção do art. 86, 2º, do Tratado da Comunidade Européia, regra

Os Estados-membros possuem a obrigação, perante o Tratado, de notificar a Comissão Européia das ajudas que pretendam instituir ou alterar.¹⁰⁴ Esta notificação deve ser promovida com antecedência de dois meses e deverá conter todas as informações para que a sua compatibilidade com o mercado comum possa ser avaliada. À falta de notificação, a ajuda é tida como ilícita sem possibilidade de correção posterior e o Estado pode sofrer sanção pecuniária.¹⁰⁵

Para que as ajudas possam ser autorizadas pela Comissão, elas deverão respeitar o “imperativo da transparência” (sendo quantificáveis e tendo finalidades e destinatários claramente identificados) e deverão apresentar razões fortes o suficiente para compensar os malefícios causados ao mercado comum. Na sua avaliação da compatibilidade destas espécies de ajuda com o direito comunitário, a Comissão Européia exerce competência discricionária, sujeita a controle judicial em caso de erro manifesto de apreciação.¹⁰⁶ Apenas após a autorização da Comissão pode a ajuda ser efetuada.

Por outro lado, se entendê-la contrária ao mercado comum, a Comissão determinará que o Estado suprima ou modifique a ajuda pretendida, no prazo por ela estabelecido.¹⁰⁷ Desatendida a determinação, pode a Comissão ou qualquer Estado interessado recorrer à Corte Européia de Justiça.¹⁰⁸

B. Ajudas das coletividades territoriais

Como já foi dito, o direito francês promove, desde 1982¹⁰⁹, uma progressiva descentralização no que concerne às ajudas públicas. Atualmente cabe também às coletividades territoriais (comunas, departamentos e regiões) a concessão de ajudas, tarefa antes cumprida exclusivamente pelo Estado francês. De acordo com os textos normativos, as ajudas das coletividades territoriais podem ser de três espécies: (i)

antes aplicável apenas para o exame de práticas anticoncorrenciais. Sobre o tema, há vasta literatura. Cf., sobretudo, LOUIS, Frédéric; e VALLERY, Anne. “Ferring revisited: the Altmark case and State financing of public service obligations”, in 2004, *World Competition* 27(1): 53-74; RIZZA, Cesare. “The financial assistance granted by Member States to undertakings entrusted with the operation of a service of general economic interest: the implications of the forthcoming Altmark judgment for future State Aid control policy”, in 9 *Columbia Journal of European Law* 429; e WINTER, Jan A. “Re(de)fining the notion of State Aid in article 87(1) of the EC Treaty” in *Common Market Law Review* 41: 475-504, 2004.

¹⁰⁴ Art. 88, §3º, do Tratado da Comunidade Européia.

¹⁰⁵ V. Caso C-354/90 *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires* [1991] ECR I-05505.

¹⁰⁶ Cf. Caso 730/79 *Philip Morris Holland BV v Commission of the European Communities* [1980] ECR-2671.

¹⁰⁷ Art. 88, §2º, do Tratado da Comunidade Européia.

¹⁰⁸ Frédéric COLIN noticia uma redução no número de ajudas estatais: “*Le résultat est là: le niveau global des aides d’État a baissé de plus de 28% entre 1997 et 2000 dans l’Union européenne, soit une baisse de 23 milliard d’euros. Elles représentent encore, en 2001, un peu moins de 1% du PIB européen. Les services de l’Union relèvent que ‘en termes absolus, l’Allemagne a accordé le plus d’aides en 2001 (23 milliards d’euros), suivie par la France (16 milliards d’euros) et l’Italie (12 milliard d’euros)’*” (in *Droit public économique*, Paris, Gualino, 2005, p. 254).

¹⁰⁹ V. as leis de 7 de Janeiro de 1982 e de 2 de março de 1982. Mais recentemente, v., por exemplo, as leis de 8 de janeiro de 1988 e 13 de agosto de 2004. De acordo com Jean-Yves CHÉROT, antes das leis de 1982, as intervenções das coletividades locais estavam submetidas à aprovação prévia discricionária da autoridade superior. No que concerne especificamente às ajudas, os *préfets* aplicavam a orientação dos ministérios do Interior, que só as admitiam em casos excepcionais (v. *Droit Public Économique*, Paris, Economica, 2007, p. 916).

ajudas ao desenvolvimento econômico; (ii) ajudas às empresas em dificuldade; (iii) ajudas para a manutenção de serviços necessários à população da zona rural.

As ajudas ao desenvolvimento econômico têm por objetivo a criação ou extensão de atividade econômicas. Podem ser diretas e indiretas, de acordo com os critérios apresentados acima. Enquanto as ajudas diretas são concedidas prioritariamente pelas regiões, as ajudas indiretas podem ser concedidas indistintamente por todas as espécies de coletividades territoriais.¹¹⁰ Por decisão do Conselho de Estado, as ajudas diretas das coletividades territoriais que não estejam expressamente autorizadas pela lei são proibidas.¹¹¹

As ajudas às empresas em dificuldade têm a função de proteger interesses econômicos e sociais da população local. Podem evitar, por exemplo, demissões em massa ou problemas econômicos estruturais. Devem ser acompanhadas da assinatura de uma convenção por meio da qual a empresa beneficiária assume alguns compromissos de conduta. As decisões a propósito da concessão e do regime da ajuda cabem ao Conselho Regional.

Finalmente, as ajudas para a manutenção de serviços imprescindíveis à satisfação das necessidades da população da zona rural deve ter lugar apenas quando “a iniciativa privada for falha ou insuficiente” para assegurá-la autonomamente.¹¹² Poderão ser diretas ou indiretas e, também neste caso, a concessão da ajuda deve ser seguida de assinatura de convenção que estabeleça as obrigações dos seus beneficiários. A menção legal aos “serviços imprescindíveis à satisfação das necessidades da população da zona rural” não deve ser entendida como equivalente a “serviços públicos” – podem se beneficiar de ajudas mesmo atividades que não possuam tal natureza.

As coletividades territoriais poderão intervir em matéria econômica e social “desde que respeitem a liberdade de comércio e da indústria, o princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei, bem como as regras de organização territorial definidas pela lei do planejamento”.¹¹³ O controle da atenção a esses e outros limites previstos no direito interno francês à concessão de ajudas públicas é da competência do representante regional do Estado, o *préfet*. Para evitar abusos das autoridades locais, as ajudas das coletividades territoriais são minuciosamente regulamentadas na lei nacional (em especial, no *Code général des collectivités territoriales*), em nítido contraste com o que ocorre em relação às ajudas estatais.¹¹⁴

Do ponto de vista do direito comunitário, as ajudas locais são raramente relevantes. Com efeito, tendo em conta que apenas interessam ao direito comunitário aquelas ajudas que possam afetar as trocas entre os Estados Membros, não é comum que o art. 87 limite a liberdade das coletividades territoriais na concessão das ajudas que elas julguem necessárias.¹¹⁵

¹¹⁰ V. art. 1511-3 do Code général des collectivités territoriales (CGCT).

¹¹¹ CE, 6 de junho de 1986, *Département de la Côte d’Or*.

¹¹² Arts. 2251-3 e 3231-3 do Code général des collectivités territoriales (CGCT). V. também, a este respeito, CE, 25 de julho de 1986, *Commune de Mercouer c/ Morand*.

¹¹³ V. arts. 2251-1 e 3231-1 do Code général des collectivités territoriales (CGCT). De acordo com a lei de 2 de março de 1982, cabe precipuamente ao Estado a responsabilidade pela condução da política econômica e social.

¹¹⁴ LEYSSAC, Claude Lucas de; e PARLEANI, Gilber. *Droit du marché*, Paris, PUF, 2002, p. 606.

¹¹⁵ Embora esta hipótese não possa ser excluída, como ressalta CHÉROT, Jean-Yves. *Droit Public Économique*, Paris, Economica, 2007, pp. 202-204.

C. Ajudas comunitárias

A despeito dos limites que o seu Tratado impõe às ajudas públicas estatais ou locais, a própria Comunidade Européia pode conceder ajudas. O objetivo principal, neste caso, é o de reduzir as disparidades econômicas e sociais intrabloco (política de coesão econômica social), embora também possam as ajudas servir às políticas de aumento da competitividade, de incentivo à pesquisa e de desenvolvimento tecnológico, entre outras.

Foram criados diversos fundos ditos “estruturais”, dentre os quais se destacam o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), criado em 1975 com o objetivo de contribuir à correção dos principais desequilíbrios regionais da comunidade, e o Fundo Social Europeu (FSE), para atribuição de ajudas que contribuam para redução do desemprego.¹¹⁶

No que concerne às ajudas comunitárias, destaque-se, ainda, a incidência do princípio da subsidiariedade, inscrito no art. 5º do Tratado. Reza o referido princípio que, nos domínios em que não goze de competência exclusiva, a Comunidade apenas intervirá *se e na medida em que* os objetivos por ela buscados não puderem ser realizados de maneira satisfatória pelos Estados-membros e, em razão das dimensões ou dos efeitos da ação pretendida, sejam melhor realizados a nível comunitário.¹¹⁷

§3. As intervenções contratuais

Finalmente, é possível que o Poder Público intervenha na Economia por meio de instrumentos contratuais. Também na França, este expediente é largamente utilizado, em especial para (i) adquirir bens e serviços, (ii) estabelecer delegações de serviços públicos e (iii) firmar os chamados contratos de parceria (*contrats de partenariat*) com o setor privado. Esta última parte do capítulo está dedicada a tais procedimentos contratuais.

A. A aquisição de bens e serviços: o *marché public*

Mais simples das formas contratuais de intervenção na economia, o *marché public* equivale à figura brasileira do contrato administrativo da lei n. 8.666/93. Trata-se do instrumento utilizado para que o Poder Público adquira bens ou serviços mediante pagamento de preço fixo e prévio ao contratado.¹¹⁸

O vínculo estabelecido com o contratado, no *marché public*, é o menos intenso e mais pontual dentre todas as figuras contratuais aqui apresentadas. O contratado é um mero fornecedor de um produto, prestador de um serviço ou realizador de obras

¹¹⁶ Há ainda o Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola (FEOGA), criado em 1962 para agir em prol do crescimento da produção agrícola; e o Instrumento Financeiro de Orientação da Pesca (IFOP). Sobre a ação dos fundos, ver o Regulamento do Conselho Europeu de 21 de junho de 1999.

¹¹⁷ Para Frédéric COLIN: “*Dans tous les cas, l’aide européenne se veut donc complémentaire de l’aide des États, les aides européennes sont en tout état de cause déjà très importantes: durant la période 1994-1999 les régions éligibles au titre des fonds structurels européens auront concernés 51% de la population européenne totale pour une somme équivalente à une année de budget de la France*” (in *Droit public économique*, Paris, Gualino, 2005, p. 263).

¹¹⁸ Na definição do art. 1º do Code des marchés publics: “*Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l’article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services*”.

definidas pela autoridade pública. De todo modo, a importância econômica desta figura contratual pode ser extraída do fato de que ela representa cerca de 6% do produto interno bruto francês (estatísticas referentes ao ano de 2005).¹¹⁹

A contrapartida financeira oferecida pelo Poder Público ao contratado, nos *marchés publics*, pode corresponder a um preço, mas também a utilidades indiretas, como isenções tributárias ou abandono de receitas em benefício do contratado.

A normatização destes contratos, na França, foi objeto de forte influência comunitária. A doutrina aponta três grandes princípios regentes do *marché public*: (i) a liberdade de acesso; (ii) a igualdade entre os candidatos; (iii) e o controle na utilização dos recursos públicos. São diversos os procedimentos que podem ser utilizados para ultimar a contratação, como *appel d'offres*, *procédure négociée*, *dialogue compétitif*, *concours* etc. O uso de cada uma das formas, no entanto, não é livre: depende do valor do contrato em questão ou da natureza da sua prestação.

Estas regras procedimentais atingem as contratações realizadas pelo Estado, pelos estabelecimentos públicos não industriais e comerciais, pelas coletividades territoriais e pelos seus estabelecimentos públicos. Por outro lado, ao menos a princípio, não atingem as contratações dos estabelecimentos públicos industriais e comerciais (EPIC), em função do seu caráter comercial. Finalmente, o fato de o eventual contratado tratar-se de pessoa pública é irrelevante e não dispensa o procedimento concorrencial.

De todo modo, o *Code des marchés publics* exclui da sua abrangência doze tipos de contratos que *a priori* lhe estariam submetidos. A exclusão responde a (i) razões ligadas à especificidade do contratado (v. g., quando se trate de pessoa sobre a qual o contratante exerce controle comparável àquele que exerce sobre os seus próprios serviços); (ii) razões ligadas às relações internacionais ou à defesa (v. g., contratos que estejam submetidos a exigências peculiares de segurança e sigilo); ou (iii) decorre do fato de que a concorrência seria inconveniente, por não se adaptar à contratação pretendida (v. g., compra de objetos de arte).¹²⁰

B. A delegação de serviços públicos

A delegação de serviços públicos é forma clássica de intervenção contratual do Poder Público na França. Concerne especialmente – embora não exclusivamente – os chamados “serviços públicos industriais e comerciais”, como saneamento básico e transportes públicos. Apesar de conhecida desde o *Ancien Régime*, só ganhou menção legislativa expressa na década passada.¹²¹ Um pouco mais recentemente, outra lei trouxe a sua definição, que reteve as características essenciais apontadas ao longo dos anos pela jurisprudência¹²²: “*uma delegação de serviço público é um contrato pelo qual uma pessoa jurídica de direito público confere a gestão de um serviço público*

¹¹⁹ COLIN, Frédéric. *Droit public économique*, Paris, Gualino, 2005, p. 94.

¹²⁰ LICHÈRE, François. *Droit des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 29-30.

¹²¹ V. lei de 6 de fevereiro de 1992, sobre a administração territorial da República, e a lei de 29 de janeiro de 1993, referente à prevenção da corrupção e da transparência da vida econômica e dos procedimentos públicos.

¹²² Cf. CE, 15 de abril de 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/commune de Lambesc*, Rec. P. 137; CE, 7 de abril de 1999, *Commune de Guilherand-Granges*, req. n. 156008; CE 30 de junho de 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marais – SMITOM* -, req. n. 198147.

pele qual ela é responsável a um delegatário público ou privado, cuja remuneração está substancialmente ligada aos resultados da exploração do serviço”.¹²³

Como o *marché public*, a delegação de serviço público assume a forma contratual. O traço essencial que os diferencia é que, ao contrário do que ocorre no *marché public*, o delegatário assume o risco econômico do negócio. Este critério está expresso na definição legal, que vincula a remuneração do delegatário aos *resultados da exploração* do serviço delegado.

Além disso, se o critério da remuneração é essencial para a caracterização da delegação de serviço público, ele é também fundamental para classificá-la. As diferentes formas de delegação de serviço público, apresentadas a seguir, tem neste fator o seu principal elemento de dissociação.

Em qualquer de suas formas, a delegação de serviço público, que terá duração limitada, deve ser precedida de publicidade que permita aos interessados apresentar as suas propostas.¹²⁴ Além disso, o instrumento contratual deverá prever as tarifas a serem aplicadas e os critérios para a sua atualização.

1. Os diferentes tipos de delegação de serviço público

São quatro os principais tipos de delegação de serviço público, normalmente mencionados pela doutrina no Direito Público Francês: (i) concessão de serviço público; (ii) *affermage*; (iii) *régie intéressée*; e (iv) *gérance*.

Figura mais completa entre as formas de delegação da gestão de serviço público, a *concessão de serviço público* é um contrato por meio do qual a coletividade pública (poder concedente) delega a gestão de um serviço público a uma pessoa pública ou privada, a quem corresponde a obrigação de investir na infra-estrutura correspondente e o direito de ser remunerado em função da sua performance na exploração do serviço.¹²⁵ A concessão é a modalidade utilizada para os casos em que a prestação do serviço público deve ser acompanhada de investimentos para a construção ou reforma de infra-estruturas e equipamentos, por exemplo. De regra, o concessionário responsabiliza-se por realizar tais investimentos, amortizando-os de forma diferida, durante o longo relacionamento contratual.

Diferente da concessão é o contrato de *affermage*, normalmente utilizada pelas coletividades locais para a delegação de serviços de saneamento básico e aquecimento urbano. Este tipo de contrato tem lugar quando apenas a gestão do serviço é delegada, sem que o *fermier* (contratado pelo Poder Público) tenha que promover investimentos

¹²³ V. lei de 11 de dezembro de 2001, “Loi MURCEF”, art. 3, codificado no art. 1411-1 do Code général des collectivités territoriales (CGCT). A “categoria contratual” delegação de serviço foi introduzida pela lei de 29 de janeiro de 1993, “Loi Sapin”, que reagrupou sob esta mesma expressão contratos que possuíam objetos semelhantes.

¹²⁴ Mesmo que, do ponto de vista da formação do contrato, as regras sejam menos restritivas do que aquelas que se aplicam aos *marchés publics*. Nas palavras de Yves GAUDEMET: “*En matière de contrats de délégation de service public, la règle du libre choix du cocontractant de l’administration qui en matière de marchés sauf exception n’existe pas, même si des textes récents ont soumis ce choix à des règles de publicité préalable (...), à quoi s’ajoute le respect de la concurrence communautaire*” (in *Droit administratif*, 18. ed., Paris, LGDJ, 2005, p. 284).

¹²⁵ Embora seja corrente a afirmação de que o concessionário gere o serviço concedido por sua conta e risco, a própria lei afasta alguns fatores de risco. Há, assim, também na França, a chamada “*álea extraordinária*” do contrato, que corresponde a riscos independentes da performance do concessionário e quem quando verificados, terminam sendo suportada pelo poder concedente. Do mesmo modo, tem o concessionário direito à manutenção do “*equilíbrio econômico-financeiro do contrato*”.

relacionados à construção ou reforma da infra-estrutura ou dos instrumentos necessários à prestação do serviço, os quais já se encontram em boas condições. Deste fato decorrem duas características importantes da *affermage*. Primeiro, não havendo investimentos vultosos do contratado a serem amortizados, os contratos de *affermage* são mais curtos do que os de concessão (entre 7 e 12 anos, em média). Segundo, deve o *fermier* pagar periodicamente ao Poder Público uma quantia referente à amortização dos investimentos públicos nesta infra-estrutura que ele está usando para explorar o serviço. A sua remuneração, aliás, corresponde à diferença entre o montante percebido a título de exploração do serviço e os valores pagos ao Poder Público.

Já no contrato de *régie intéressée*, tradicionalmente utilizado para os serviços de transporte, o *régisseur* não explora o serviço “por sua conta e risco”, mas por conta do Poder Público, que mantém os poderes de organização do serviço. A remuneração do *régisseur* não é paga pelo usuário último do serviço, mas pelo Poder Público que o delega. O valor, no entanto, é variável e está associado a critérios estabelecidos no instrumento contratual (ganhos de produtividade promovidos pelo *régisseur*, melhorias na qualidade ou extensão do serviço etc.). É exatamente em razão de que a remuneração do parceiro é “substancialmente assegurada pelos resultados da exploração do serviço” que o contrato de *régie intéressée* deve ser encarado como delegação de serviço público, e não como um *marché public*.¹²⁶

Finalmente há o contrato de *gérance*. Embora seja tradicionalmente considerado como forma de delegação de serviço público, suas características correspondem mais precisamente àquelas do *marché public*. É que a remuneração do *gérant* é fixa e pré-estabelecida, não estando ligada à sua performance na exploração do serviço.¹²⁷

C. Os contratos de parceria

A lei delegada de 17 de junho de 2004 inseriu no direito público econômico francês uma nova figura contratual.¹²⁸ Trata-se dos chamados “contratos de parceria” (*contrats de partenariat*), inspirado no modelo inglês de “private finance initiative” (PFI). Seu objetivo principal é permitir uma mais intensa associação de empresas nas tarefas da administração. De acordo com o texto da lei, o contrato de parceria poderá servir para estipular ao parceiro missões globais referentes (i) ao financiamento de investimentos materiais, de obras ou equipamentos necessários ao serviço público; (ii) à construção ou à transformação de obras ou equipamentos; (iii) à sua manutenção, exploração ou gestão; (iv) a outras prestações dos serviços públicos; (v) à própria concepção destes mesmos projetos.¹²⁹ Como exemplos, poderão caber ao parceiro privado a concepção, construção e posterior gestão de penitenciárias ou hospitais públicos.

O contrato de parceria é normalmente longo (entre 20-30 anos), de modo a permitir a amortização gradual dos investimentos promovidos pelo parceiro. A remuneração do parceiro, paga pelo Poder Público, estará ligada à sua *performance*

¹²⁶ CE, 30 de junho de 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais* – SMITOM.

¹²⁷ Ver, a propósito, CE, 7 de abril de 1999, *Commune de Guilhaumand-Granges*, p. 78.

¹²⁸ Embora esta espécie contratual já fosse prevista por legislações de alcance setorial, como a lei delegada de 4 de setembro de 2003 para edifícios de estabelecimentos de saúde ou a lei de 9 de setembro de 2003 para edifícios de justiça.

¹²⁹ Cf. art. 1º da Lei delegada de 17 de junho de 2004.

(cumprimento de objetivos definidos em contrato) ou à disponibilidade do bem ou do serviço em questão. Poderá, ainda, incluir receitas ancilares.

Note-se como esta espécie contratual se distingue das figuras apresentadas anteriormente. Em contraste com o *marché public*, o contrato de parceria é longo, inclui “prestações globais” e implica uma participação relevante do parceiro em matéria financeira.¹³⁰ Diferentemente do que ocorre na delegação de serviço público, nos contratos de parceria a remuneração do parceiro não está diretamente ligada à *exploração* do serviço. Fundamentalmente, o contrato de parceria permite uma maior *flexibilidade* ao poder público, além de possibilitar uma mais profunda *partilha de riscos* do projeto com o parceiro do Poder Público.¹³¹

Os contratos de parceria poderão envolver todo tipo de pessoa pública, com todo tipo de “terceiro”. Ou seja, não estão excluídas parcerias entre duas pessoas públicas – fato que explica o abandono, na lei delegada de 17 de junho de 2004, da denominação “parcerias público privadas”, contida num primeiro projeto.¹³²

De todo modo, o contrato de parceria deve ser entendido como instrumento contratual de uso *extraordinário*. Pelo menos é isso que deflui do procedimento que a lei prevê para anteceder-lo. De um lado, deve o Poder Público demonstrar o caráter de “urgência ou complexidade” que justifica o recurso a esta espécie contratual, sob pena de ter anulado o seu projeto.¹³³ De outro lado, precisará realizar avaliações prévias que evidenciem ser o contrato de parceria a alternativa menos custosa ou mais vantajosa para atingir as finalidades públicas em questão.¹³⁴ Essas barreiras legais talvez expliquem porque ainda são raros os contratos de parceria efetivamente firmados, após ultrapassados quatro anos da sua introdução no direito francês.¹³⁵

¹³⁰ Ambos os contratos, no entanto, (*marchés publics* e contrato de parceria) constituem formas de “command publique” de acordo com a lei delegada de 17 de junho de 2004.

¹³¹ Os contratos de parceria do direito francês se assemelham à figura brasileira da “concessão administrativa”, introduzida pela Lei Federal das PPPs (n. 11.079/04), que assim a define: “*Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens*” (art. 2º, § 2º). Por outro lado, parece-nos que a figura brasileira da concessão patrocinada corresponderia, na França, a alguma das espécies de delegação de serviço público (desde que a remuneração do parceiro dependa *substancialmente* da sua performance na exploração do serviço). V., a propósito, CE, 30 de junho de 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais – SMITOM*.

¹³² Cf. LICHÈRE, François. *Droit des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2005, p. 32.

¹³³ De acordo com decisão do Conselho de Estado, a condição de urgência se aplica “*sous réserve qu’elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminées, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d’équipements collectifs*”.

¹³⁴ Cf. art. 2º da Lei delegada de 17 de junho de 2004. A lei brasileira de PPPs também prevê algumas condições prévias para a contratação de uma concessão administrativa. A maioria delas é de ordem financeira (referentes à responsabilidade fiscal). De todo modo, deve ser também demonstrada “a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada” (art. 10, I, a, da lei n. 11.079/04). V., também, o art. 4º, VII e o art. 10, VI, desta mesma lei. Além disso, Carlos Ari SUNDFELD sustenta que a *complexidade* é característica necessária também dos contratos de concessão administrativa no Brasil (v. “Guia jurídico das parcerias público-privadas”, in *Parcerias Público Privadas*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 31).

¹³⁵ O governo francês tem buscado eliminar essas dificuldades. Além de iniciativas para excluir os requisitos de “complexidade e urgência” para firmar-se um contrato de parceria (a última depositada pela Ministra da Fazenda de Nicolas Sarkozy, Christine Lagarde), foram criadas algumas

Citar como:

JORDÃO, Eduardo Ferreira . Direito Público Econômico. In: Thales Costa. (Org.). Introdução ao direito francês. Curitiba: Juruá, 2009, v. 1, p. 315-352.

Bibliografia

BRAULT, Dominique. *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Paris, LGDJ, 2004.

CHÉROT, Jean-Yves. *Droit Public Économique*, Paris, Economica, 2007.

COLIN, Frédéric. *Droit public économique*, Paris, Gualino, 2005.

COLSON, Jean Philippe. *Droit public économique*, 3. ed., Paris, LGDJ, 2001.

COT, Jean Mathieu; e LA LAURENCIE, Jean-Patrice de. *Le contrôle français des concentrations*, 2. ed., Paris, LGDJ, 2003.

DELVOLVÉ, Pierre. *Droit Public de l'Économie*, Paris, Dalloz, 1998.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir). *Règles et pouvoirs dans les systems de regulation*. Paris, Dalloz, 2004.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne; e BONFILS, Sébastien. *Les grandes questions du droit économique: introduction et documents*, Paris, PUF, 2005.

_____ ; PAYET, Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence*, Paris, Dalloz, 2006.

HUBRECHT, Hubert-Gérald. *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1997.

LEYSSAC, Claude Lucas de; e PARLEANI, Gilber. *Droit du marché*, Paris, PUF, 2002.

LICHÈRE, François. *Droit des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2005.

LINOTTE, Didier; e GRABOY-GROBESCO, Alexandre. *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 2001.

_____ ; e ROMI, Raphaël. *Droit public économique*, Paris, Litec, 2007.

VOGEL, Louis. "Competition Law". BERMANN, George A.; e PICARD, Etienne (coord.), *Introduction to French Law*, Amsterdam, Kluwer, 2008.

_____. *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, Economica, 1998.

Missões (MAPPP e MAINH) para ajudar as pessoas públicas a promover as avaliações e comparações prévias exigidas pela lei.