

**REVISTA OA | DOCTRINA**

Doutrina

Processo

Data do documento

Relator

caa358d3072312db7e2a\_INDF

31 de dezembro de 2019

Gil Valente Maia

**DESCRITORES**

O Regime Europeu de Auxílios de Estado: Algumas Reflexões

**SUMÁRIO**

N.D.

**TEXTO INTEGRAL**

o regime europeu de auxílios de estado algumas reflexões Por gil valente maia(1) SUMÁRIO: Prolegómenos. Delimitação do Objeto. Razão de ser. I. Auxílios de Estado. Contextualização e Noção Geral. II. Elementos constitutivos da noção de Auxílios de Estado. II.I. a origem (pública) da medida. II.II. a existência de uma vantagem económica: o critério definidor de conceito de “vantagem económica”. II.III. a seletividade da medida. ii.iii.i. a seletividade material. ii.iii.iii. a seletividade regional ou geográfica. ii.iv. afetação da concorrência. III. Derrogações ao princípio da incompatibilidade dos auxílios de estado com o mercado interno. IV. O papel da Comissão no controlo dos Auxílios de Estado. V. Breve referência ao regime nacional dos Auxílios de Estado. Síntese Conclusiva. Bibliografia.

Prolegómenos. Delimitação do Objeto. Razão de ser os auxílios de estado (também designados “auxílios públicos” ou “ajudas de estado”) constituem uma das matérias jusconcorrenciais mais desafiantes para a construção e garantia do mercado interno europeu(2). (1) Jurista. mestre em direito das empresas e dos negócios pela universidade Católica Portuguesa - Centro regional do Porto, 2019. (2) referindo-se à importância da matéria, andrea Biondi afirma que o regime de auxílios de estado é a joia rara da coroa (“is one of the purest jewels in the European legal system crown”). Para mais desenvolvimentos, cf. Biondi, andrea, “some reflections on the notion of state resources in european Community state aid law”, Fordham International Law Journal, 30 (2006), 1428.

106

gil valente maia

o seu estudo justifica-se, desde logo, por configurarem uma das matérias mais originais no regime do tratado sobre o Funcionamento da união europeia (“tFue”), cuja amplitude e desenvolvimento

jurisprudencial se afigura verdadeiramente singular. Com efeito, a regulação dos auxílios de estado, conquanto seja uma matéria regulada desde o tratado de roma e que se mantém praticamente inalterada, ganhou, nos últimos tempos, uma especial candência, em resultado da crise económica e da concessão generalizada de auxílios pelos estados durante esse período(3). esse contexto serve, aliás, para se aquilatar de um dos grandes desafios deste regime jurídico: se, por um lado, ele procura proteger os interesses da união europeia na garantia de um sã funcionamento da concorrência, por outro ele procura refrear (e combater) a natural tentação dos estados em criar obstáculos protecionistas e políticas de condicionamento protetoras das economias nacionais. assiste-se, por isso a uma verdadeira dialética entre essas duas realidades. não deixa, desse modo, de ser importante referir que o tema se reveste de particular atualidade, numa época em que a europa (re)encontra discursos protecionistas, de índole nacionalista, que almejam subtrair a concorrência, para isso incrementando o volume de auxílios na tentativa de fechar o mercado à concorrência e impedir aquilo que consideram uma erosão da soberania nacional. a questão de saber qual o grau de equilíbrio entre a intervenção do estado e o funcionamento do mercado livre é, porventura, o maior desafio que o legislador e os órgãos da união europeia têm em mãos, com refrações na legislação em geral e, em particular, no regime dos auxílios de estado(4). tal questão assume importância axial, dado que entre os objetivos da união encontram-se políticas sociais, como a promoção do emprego, a luta contra a exclusão social ou a melhoria do investimento em serviços públicos, as quais reclamam uma atitude ativa dos estados, com ficou plasmado na estratégia de lisboa e na estratégia europa 2020(5). (3) a tal ponto que a literatura de origem anglo-americana utiliza, para caracterizar a evolução e atualidade do regime dos auxílios de estado, a metáfora de que a evolução do regime configura uma espécie de “ugly duck turning into a swan”. Parece que a matéria, depois de anos de esquecimento e desconsideração, alcançou o reconhecimento merecido. neste sentido, cf. ruBini, luCa (2009), *The Definition of Subsidy and State Aid*, 1.ª ed., oxford: oxford university Press. (4) defendendo esta ideia de “equilíbrio” entre os auxílios de estado e o direito da união europeia, particularmente no ramo das energias renováveis, cf. gomes de andrade, ana rita, “as energias renováveis — uma luz verde aos auxílios de estado?”, *Revista da Concorrência e Regulação*, número 3 (2010), pp. 33-46. (5) Para uma análise detalhada dos objetivos e das metas a atingir, vide o regime euroPeu de auxílios de estado

107

Consciente desta realidade, sintetiza lapidarmente Paulo Pitta Cunha:

e

Para além dos modelos políticos (Europa Federal ou Europa intergovernamental), importa considerar a posição que se desenha quanto aos modelos económicos de integração. Trata-se aqui do choque da perspectiva do mercado aberto e da plena concorrência, que constitui a actual fase da integração introduzida pela CEE e continuada através do mercado único, e a abordagem intervencionista do fenómeno, como afirmação dos objetivos de política económica nacional, designadamente em termos da realização do chamado “modelo social”. Torna-se difícil fundir as duas correntes, sendo certo que, na sua lógica extensão, o intervencionismo não deixa de se mostrar contrário ao próprio desígnio da integração(6). Fundamental na construção do mercado interno e na própria estrutura axiológica da união europeia, o regime europeu da defesa da concorrência através da proibição dos auxílios de estado (como veremos

infra) parte da constatação de que as ajudas do estado às empresas e produções nacionais são nocivas para a livre concorrência, uma vez que desincentivam as empresas auxiliadas a investirem em novos processos e estruturas produtivas, com o prejuízo daí decorrente em termos de eficiência; a sua permissão redundaria na ideia de “nacionalismo económico”, isto é, caso o controlo dos auxílios fosse efetuado a nível nacional, a tentação de privilegiar as empresas nacionais face às concorrentes estrangeiras seria praticamente inevitável, o que fere os elementares princípios do mercado aberto e da livre prestação de serviços; os auxílios de estado provocam uma maior probabilidade das empresas auxiliadas correrem riscos excessivos (“moral hazard”) na sua atividade, dado que sabem que serão socorridas pelo estado(7/8). [pa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy\\_pt](http://pa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy_pt)>. (6) Pitta e Cunha, Paulo; silva morais, luís (2008), A Europa e os desafios do século XXI. 1.ª ed., Coimbra: edições almedina, cit., p. 233. (7) referindo que a racionalidade económica não é a razão fundamental no controlo dos auxílios de estado, escreve hans W. FriederisZiCK: “Although state aid control is related to these well-developed fields os economics, most of the analysis in the practice of European State aid control is not firmly rooted in economic principles”. Para mais desenvolvimentos, cf. FriederisZiCK, hans, roller, lars-hendriK, verouden, vinCent (2006), Handbook of antitrust economics. 1.ª ed., mit Press, pp. 625-669. (8) manuel lopes Porto fornece-nos alguns dados estatísticos sobre a matéria, referindo que, no período entre 2003 e 2005, os países mais prevaricadores em matérias de auxílios de estado foram os países mais ricos da união europeia. naquele hiato, a itália foi condenada por 28 vezes, a alemanha e França por 11 vezes, a espanha por 71 vezes e o reino unido e a Bélgica por 6 vezes. nesse mesmo período, Portugal não fora condenado, ainda que tenham sido apreciadas 25 situações. Cf. Porto, manuel loPes (2016), Teoria da Integração e Políticas da União Europeia, vol. i, 1.ª ed., Coimbra: edições almedina, p. 258.

108

gil valente maia

o legislador europeu encara, por isso, com bastante desconfiança os auxílios de estado porque tem a plena consciência de que a sua instituição generalizada pode gerar efeitos muito próximos aos provocados pelas barreiras aduaneiras e outras formas de protecionismo. O que são auxílios de Estado? A quem compete o seu controlo e como se processa o mesmo? Quais as consequências da sua violação? estas são as questões medulares a que a presente investigação procurará responder, procurando, sempre que possível, elencar as matérias mais controvertidas do regime e, outrossim, o debate doutrinal e jurisprudencial existente em torno do objeto analisado. uma breve referência comparativa será ainda feita ao regime nacional dos auxílios de estado.

I. Auxílios de Estado: contextualização e noção geral o controlo dos auxílios de estado consta do tFue, no título vii, no capítulo relativo às regras da concorrência (arts. 101.º a 109.º), e concretamente, para o que ora nos importa, nos arts. 107.º a 109.º do tFue. dispõe o art. 107.º: “Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou produções”. a fórmula encontrada pelo legislador é complexa e dela

decorrem um conjunto de requisitos que carecem de preenchimento. esta previsão mantém-se praticamente incólume desde a redação do tratado de roma, onde a matéria já se encontrava regulada no art. 87.º do referido tratado. em primeiro lugar, facilmente se depreende que o legislador não forneceu uma definição legal de auxílio de estado, preferindo a identificação de uma série de requisitos que indiciam a existência do mesmo. destarte, a construção legal do conceito e o sentido a atribuir-lhe resultam em larga medida da atuação da Comissão europeia e da construção pretoriana conduzida pelo tj, os quais acabam por construir uma dogmática geral sobre o tema, fornecendo as linhas interpretativas e orientadoras para o preenchimento de um numeroso acervo de requisitos. o legislador europeu parte de uma presunção de que os auxílios de estado são incompatíveis com o mercado interno. trata-se de uma “pre-

o regime europeu de auxílios de estado

109

sunção negativa”(9) ou “presunção de ilegalidade das medidas de auxílio de Estado”(10), cuja razão de ser é a ideia de incompatibilidade entre um mercado único e um apoio seletivo às empresas. Como escreve miguel gorjão-henriques: A regra da incompatibilidade dos auxílios de Estado radica na ideia de evitar que a intervenção de um fator visto pela UE como externo ao funcionamento do mercado, como é o comportamento dos Estados, possa criar artificialmente vantagens para certas empresas em detrimento de outras criando, com efeitos protecionistas, barreiras financeiras e outras, perturbadores da livre concorrência transnacional(11).

apesar desta presunção de proibição dos auxílios de estado, esta não tem um carácter absoluto ou automático. não estamos, por isso, perante uma proibição geral e indiscriminada, mas perante uma “interdição circunscrita a hipóteses precisas e condicionadas à tutela de particulares interesses comunitários”(12). Como veremos, o tFue admite a possibilidade de certos auxílios serem compatíveis com o mercado interno, o que se justifica por razões de interesse público, nos termos dos números 2 e 3 do art. 107.º do tFue. ainda assim, estes artigos são normas excecionais, derogando a regra geral da proibição de auxílios de estado consagrada no número 1 do referido artigo. o conceito de auxílio de estado é um conceito eminentemente jurídico(13) e amplo(14), com uma série de elementos que carecem de preenchimento para se determinar a sua incompatibilidade com o mercado interno. a doutrina tem procurado definir o conceito(15), sendo que as várias tenta-

(9) nogueira de almeida, J., “Conteúdo e limites da análise económica no controlo da compatibilidade dos auxílios de estado com o mercado interno”, Boletim de Ciências Económicas, vol. 54 (2011), cit., p. 221.

(10) Lei da Concorrência Anotada (coord. Carlos Botelho moniz), vol. i, 1.ª ed., Coimbra: edições almedina, 2016, cit., p. 625. (11) gorjão-henriques, miguel (2014), Direito da União, 1.ª ed., Coimbra: edições almedina, s.a., cit., p. 174. (12) Parecer do Conselho Consultivo da Pgr (rel. Fernandes Cadilha), de 14 de agosto de 2002. (13) o “conceito de auxílio, como é definido no tratado, tem carácter jurídico...”: vide considerando 40 do acórdão do tribunal de Primeira instância de 17 de outubro de 2002, Linde AG v. Comissão das Comunidades Europeias, processo t-98/00. (14) dado o carácter amplo dos auxílios, abrangendo medidas positivas e negativas, chegou a ser proposto o seu alargamento a “medidas de efeito equivalente”. Cf. resposta à questão posta pelo parlamentar Burgbacher (Jo 125/35, de 17 de agosto de

(9) nogueira de almeida, J., “Conteúdo e limites da análise económica no controlo da compatibilidade dos auxílios de estado com o mercado interno”, Boletim de Ciências Económicas, vol. 54 (2011), cit., p. 221.

(10) Lei da Concorrência Anotada (coord. Carlos Botelho moniz), vol. i, 1.ª ed., Coimbra: edições almedina, 2016, cit., p. 625. (11) gorjão-henriques, miguel (2014), Direito da União, 1.ª ed., Coimbra: edições almedina, s.a., cit., p. 174. (12) Parecer do Conselho Consultivo da Pgr (rel. Fernandes Cadilha), de 14 de agosto de 2002. (13) o “conceito de auxílio, como é definido no tratado, tem carácter jurídico...”: vide considerando 40 do acórdão do tribunal de Primeira instância de 17 de outubro de 2002, Linde AG v. Comissão das Comunidades Europeias, processo t-98/00. (14) dado o carácter amplo dos auxílios, abrangendo medidas positivas e negativas, chegou a ser proposto o seu alargamento a “medidas de efeito equivalente”. Cf. resposta à questão posta pelo parlamentar Burgbacher (Jo 125/35, de 17 de agosto de

(9) nogueira de almeida, J., “Conteúdo e limites da análise económica no controlo da compatibilidade dos auxílios de estado com o mercado interno”, Boletim de Ciências Económicas, vol. 54 (2011), cit., p. 221.

(10) Lei da Concorrência Anotada (coord. Carlos Botelho moniz), vol. i, 1.ª ed., Coimbra: edições almedina, 2016, cit., p. 625. (11) gorjão-henriques, miguel (2014), Direito da União, 1.ª ed., Coimbra: edições almedina, s.a., cit., p. 174. (12) Parecer do Conselho Consultivo da Pgr (rel. Fernandes Cadilha), de 14 de agosto de 2002. (13) o “conceito de auxílio, como é definido no tratado, tem carácter jurídico...”: vide considerando 40 do acórdão do tribunal de Primeira instância de 17 de outubro de 2002, Linde AG v. Comissão das Comunidades Europeias, processo t-98/00. (14) dado o carácter amplo dos auxílios, abrangendo medidas positivas e negativas, chegou a ser proposto o seu alargamento a “medidas de efeito equivalente”. Cf. resposta à questão posta pelo parlamentar Burgbacher (Jo 125/35, de 17 de agosto de

1963). (15) J. nogueira de almeida avança a seguinte noção: “toda a medida que seja financiada por meio de recursos públicos, que conceda uma vantagem económica, seja selectiva, distorça ou ameace

110

gil valente maia

tivas acabam por redundar numa formulação mais ou menos acabada dos vários requisitos exigidos pelo número 1 do art. 107.º de acordo com o número 1 do art. 107.º, para que estejamos perante uma medida pública incompatível com o mercado interno e, por isso, proibida, esta tem de reunir quatro requisitos cumulativos, a saber: i) a medida tem de resultar da intervenção do estado; ii) essa intervenção tem de consubstanciar uma vantagem económica; iii) a medida tem de se traduzir numa vantagem seletiva; iv) a medida deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência. não importa para o preenchimento do conceito a forma que reveste o auxílio ou os objetivos da medida concedida. é, portanto, um conceito de base objetiva, sendo absolutamente indiferente a forma de que se reveste o auxílio e os fins para os quais este é concedido. tal foi afirmado pelo tribunal de Justiça da união europeia (tj), tendo ficado conhecido como a “doutrina dos efeitos”(16). a densificação do conceito passa, portanto, pela decomposição do mesmo e pela análise isolada de cada um dos seus elementos.

II. Elementos constitutivos da noção de Auxílios de Estado II.1.

A origem (pública) da medida

aparece-nos imediatamente, como primeiro elemento carecido de preenchimento, o requisito de que temos de estar perante um auxílio “concedido pelos Estados ou provenientes de recursos estatais”. Cabe, em primeiro lugar, referir que o auxílio tem de ser concedido a empresas ou produções, na aceção jusconcorrencial do conceito. não distorcer a concorrência no mercado único e, por último, afecte o comércio entre os Estados-Membros”. Carlos Botelho moniz, numa formulação um pouco diferente, define auxílio de estado como “qualquer vantagem específica concedida a certa ou a certas empresas, através de um acto imputável a uma entidade pública, implicando a mobilização de recursos financeiros, da qual resulte — em virtude da situação de privilégio assim criada — uma afectação actual ou potencial da concorrência e uma distorção dos fluxos comerciais no interior da Comunidade”. (16) Cf. ac. do tj de 2 de julho de 1974, processo 173/73, Itália v. Comissão.

o regime europeu de auxílios de estado

111

cabendo na economia da presente investigação uma análise aprofundada do conceito de empresa, deixámos uma definição perfunctória. o conceito de empresa “deve ser entendido em sentido funcional e abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de funcionamento. Uma entidade que não desenvolva uma actividade económica não é empresa na aceção do direito da concorrência”(17). o conceito de estado a que alude o artigo é um conceito restritivo, no sentido em que a existência do auxílio não se basta com o facto de a conduta ser imputável ao estado. mais do que imputável ao estado, a conduta tem de resultar num encargo para o mesmo(18). deste modo, o segmento que expusemos no início, ao contrário do que indicia, é uma noção cumulativa, uma vez que o auxílio tem de ter uma origem pública (em sentido lato) e traduzir-se num encargo suportado pelo estado, podendo este ser um encargo efetivo ou potencial. esta noção consta de

duas decisões fundacionais nesta matéria: o acórdão PreussenElektra AG/Schlesweg AG(19), sendo depois confirmada no Acórdão Perle BV(20). é um conceito económico, que não se confina a uma noção orgânica ou institucional de estado. a noção de estado deve ser entendida como extensível a autoridades que não se enquadrem organicamente na estrutura da administração Pública (incluímos, nesta noção ampla, o estado, os entes públicos menores, as entidades regionais e locais, as associações públicas, as entidades administrativas independentes, as empresas privadas de ou com capitais públicos e, ainda, as entidades privadas incumbidas pelos poderes públicos de gerir uma concreta medida de auxílio). incluir apenas os organismos em que o estado concede diretamente auxílios seria permitir contornar as regras do regime em causa. o auxílio não tem, portanto, de provir estritamente do estado para poder ser qualificado como auxílio estatal(21). aliás, a origem dos fundos não é o busílis da questão: mais importante será determinar se o auxílio é ou não imputável ao

(17) Conclusões da advogada-geral Juliane Kokott apresentadas em 16 de fevereiro de 2017 (processo C-74/16). o excerto em causa encontra-se no n.º 36 das Conclusões. (18) salientando a noção de encargo suportado pelo estado, a jurisprudência Sloman Neptune acentuou a necessidade de a vantagem entroncar diretamente nos recursos do estado, constituindo um encargo para o mesmo. Cf. ac. tj de 17 de março de 1993, processos apensos C-72/91 e C-73/91. (19) ac. tj de 13 de março de 2001, processo C-379/98, Preussenelektra ag/ schlesweg ag v. Windpark reussenköge iii gmbh. (20) ac. tj de 15 de julho de 2004, processo C-345/02, pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Hoge Raad der Nederlanden): Pearl BV v. Hoofdbedrijfschap Ambachten. (21) ac. tj de 30 de janeiro de 1985, processo 290/83, França v. Comissão.

112

gil valente maia

estado(22). a dificuldade deste primeiro requisito está em saber como imputar ao estado um comportamento de um terceiro (que concede o auxílio). neste sentido, o que é verdadeiramente determinante para o preenchimento deste requisito é que se esteja perante uma transferência de recursos públicos, ou seja, uma mobilização de recursos estatais para as empresas. o conceito implica sempre um sacrifício financeiro para o estado (atual ou potencial), que se consubstancia num aumento direto da despesa ou na diminuição da receita a receber e que, de alguma forma, entronca nos recursos existentes no orçamento de estado. esta mobilização de recursos pode traduzir-se em medidas positivas (positive aid) ou ainda a não perceção de receitas a que o estado teria direito (negative aid). tal pode assumir numerosas formas: subvenções diretas, participações no capital social, empréstimos, garantias, assim como a renúncia a prestações a que o estado teria direito. o conceito inclui igualmente a criação de um risco concreto que se traduza em prestações suplementares a serem suportadas pelo estado no futuro, como a prestação de uma garantia ou uma proposta contratual. Como decorre da jurisprudência do tj, o simples facto de uma medida ter sido concedida por uma empresa pública não significa automaticamente que esta seja imputável ao estado. nesses casos, é necessário analisar se as autoridades públicas devem ou não ser consideradas implicadas nessa medida. o tj é categórico a este respeito(23): "(...) embora o Estado possa controlar uma empresa pública e exercer uma influência dominante nas suas operações, o exercício efectivo deste controlo não deve ser automaticamente presumido". na esteira deste aresto, a

imputabilidade ao estado de uma medida de auxílio adotada por uma empresa pública deve basear-se num método indiciário, que tome em atenção, entre outros, a inserção da empresa no contexto da administração Pública, a natureza das suas atividades, a intensidade da tutela exercida pelo estado ou o estatuto jurídico da empresa (regulação pelo direito Público ou pelo direito societário)(24). o facto de uma empresa pública conceder um determinado auxílio não implica que ela não possa ser beneficiária de auxílios de estado, desde que o auxílio concedido tenha sido diferente do auxílio do qual esta é beneficiária. (22) é esta a ideia que ressalta das Conclusões do advogado-geral m. darmon relativo ao acórdão de 7 de março de 1993 (C-72/91). ver, em particular, os n.os 40 a 43 das Conclusões. (23) acórdão do tribunal de Justiça de 16 de maio de 2002, processo C-482/99, França/ /Comissão. o excerto por nós referido encontra-se no n.º 52 do acórdão. (24) gorjão-henriques, miguel ... [et al.], Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense, 1.ª ed., Coimbra: edições almedina, 2013.

o regime europeu de auxílios de estado

113

Caso o estado-membro não goze de qualquer margem de discricionariedade na aplicação da medida (no caso, por exemplo, de esta decorrer diretamente de um ato legislativo europeu) não se verifica a imputabilidade necessária(25). no entanto, se a medida resultar de um ato legislativo europeu que, de alguma forma, permita uma margem de conformação ao estado-membro, a jurisprudência tem afirmado que a imputabilidade pode ainda funcionar. é importante mencionar e debater a suficiência ou não deste requisito. alguma doutrina tem advertido para o facto de que o requisito da seletividade (o qual examinaremos infra) é mais adequado para analisar uma medida concedida por um estado-membro, uma vez que estamos num domínio onde, por força dos princípios gerais de direito da união europeia, se tem forçosamente de reconhecer competências exclusivas aos estados-membros no domínio das suas opções legislativas. assim, um alargamento desmesurado da noção de transferência de recursos públicos poderia permitir uma intervenção excessiva da Comissão europeia nas políticas económicas e nas decisões legislativas, além de aumentar imensamente os poderes de fiscalização das autoridades europeias. deste modo, há que precisar o âmbito de aplicação do regime da concessão de auxílios. neste ponto da questão, há que atender aos argumentos e ao entendimento sustentado por miguel Poiães maduro quando afirma: Parece-me, no entanto, que o critério da transferência de recursos do Estado, habitualmente utilizado pelo Tribunal de Justiça, não permite aplicá-las e justificá-las correctamente. Para esse efeito, seria preferível recorrer ao critério da selectividade tal como resulta igualmente da jurisprudência do Tribunal de Justiça(26).

Para o que ora vimos expendendo, o referido autor estriba a sua argumentação num ponto essencial: para ele, o critério da transferência de recursos públicos pode falhar, na medida em que podemos estar perante uma inequívoca concessão de um auxílio e tal não ser sancionado pelo regime dos auxílios de estado, uma vez que a mesma medida não estabelece uma diferenciação entre as empresas dentro do mesmo estado-membro. neste caso, não há uma opção preferencial a uma categoria de empresas. nesta senda, o referido autor parece privilegiar o requisito da seletividade ao requisito que analisamos.

(25) é o que decorre, entre outros, do acórdão Deutsche Bahn AG/Comissão, de 05 de abril de 2004. (26) Conclusões do advogado-geral miguel Poiães maduro, Processo C-237/04. o excerto a itálico encontra-se

no n.º 47.

114

gil valente maia

II.II.

a existência de uma vantagem económica: o critério definidor de conceito de “vantagem económica”

Para além de configurar uma medida concedida por um estado-membro, nos termos referidos supra, a medida tem ainda de consubstanciar uma vantagem económica atribuída a um operador que atue no mercado. o conceito de vantagem económica não coincide necessariamente com o conceito de lucro ou com uma actuação de facere de um estado-membro. neste conspecto, o legislador não nos oferece um catálogo taxativo das medidas ou ajudas que possam configurar um auxílio de estado, pelo que estas podem assumir diversas formas, desde prestações positivas, como a atribuição de subvenções, ou prestações negativas, dentro das quais podemos incluir a redução de encargos, através de empréstimos sem juros ou a juros reduzidos, garantias especiais, abatimentos fiscais, fornecimento de bens e serviços em condições preferenciais, participações no capital social de empresas. a noção de auxílio é, por isso, mais ampla do que a noção de subvenção, tal como ficou plasmado no acórdão Steenkolenmijnem(27). as diferentes cambiantes que uma medida pode revestir suscitam dificuldades na aplicação do regime. a Comissão europeia e a jurisprudência careciam, por isso, de encontrar critérios definidores capazes de responder ao problema de saber em que circunstância a medida traduzir-se-ia numa vantagem económica (rectius, uma vantagem económica indevida). neste sentido, e tendo em conta o princípio da igualdade entre empresas públicas e privadas a operar no mercado, a Comissão europeia e a jurisprudência desenvolveram o princípio do investidor privado na economia de mercado (também designado por princípio do credor privado ou market economy investor principle ou private creditor principle)(28). este princípio constitui um instrumento para avaliar um conjunto de intervenções do estado, baseado na seguinte indagação: teria um putativo investidor privado realizado aquela operação nos mesmos termos em que ela foi realizada pelas autoridades públicas? se a resposta for positiva, a vantagem económica não será indevida, uma vez que o estado acaba por inter(27) Pode ler-se no acórdão, de forma categórica: “No entanto, a noção de auxílio é mais geral do que a de subvenção, porque compreende não só prestações positivas tais como as próprias subvenções, mas igualmente intervenções que, sob diversas formas, atenuam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa e que, por isso, sem serem subvenções no sentido estrito do termo, têm a mesma natureza e têm efeitos idênticos”. Cf. acórdão do tribunal de Justiça de 23 de fevereiro de 1961 (steenkolenmijnem/alta autoridade), processo n.º 30/59, p. 559. (28) Zenha martins, J., “auxílios de estado: pressupostos e novas leituras em torno do conceito de selectividade”, revista de direito Público, 12 (2015), pp. 37-88.

o regime euroPeu de auxílios de estado

115

vir na mesma qualidade de um particular ou, no mínimo, com interesses semelhantes a qualquer operador de um mercado concorrencial. se a resposta for negativa, estaremos perante uma vantagem indevida, uma vez que, do ponto de vista da racionalidade económica, a intervenção não encontra fundamento sólido e a empresa nunca encontraria aquela vantagem nas condições normais do mercado. este método

comparativo encontrado pela Comissão e pela jurisprudência comunitária assenta, logicamente, numa análise económica, a qual ajuda na aferição do impacto da medida. a existência de uma vantagem económica não prescinde da análise do caso concreto, como sublinhou o tribunal de Justiça no acórdão Ecotrade(29). a vantagem não se confunde com uma liberalidade. só em casos reduzidos é que esta confusão se pode verificar. na esmagadora maioria das situações, a concessão de uma vantagem implica, ainda assim, contrapartidas para o beneficiário. todavia, o importante é que não se verifique equivalência, ou seja, que a vantagem exceda a contrapartida exigida. tratando-se de um benefício concedido alheio às condições normais de mercado(30), a jurisprudência do tj e a Comissão têm tido alguma dificuldade em delimitar a fronteira entre o requisito em análise e o requisito da seletividade (o qual analisaremos infra). Com efeito, o critério de destrição seguido pelo tj, esmiuçado na análise conduzida por mariana medeiros esteves, propondo dois momentos cronológicos distintos, parece ser relevante para a distinção. assim, na esteira da referida autora, descrevendo a posição jurisprudencial sobre a questão: é primeiramente necessário determinar se a medida é vantajosa, no sentido em que se apresenta como um “desvio” em relação ao sistema tributário geral, e só posteriormente é que será possível — através da comparação com o sistema geral — apreciar a medida mediante a susceptibilidade de se aplicar somente a um grupo mais ou menos restrito de empresas ou produções(31).

tal interpretação parece ser a mais adequada, uma vez que os dois requisitos não se podem confundir, sob pena de ser uma interpretação con-

(29) ac. tj de 1 de dezembro de 1998, processo C-200/97, Ecotrade v. AFS. (30) é esta a noção fornecida pelo Projecto de Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal para efeitos do art. 107.º/1 do tFue, de 2014. nos termos do parágrafo 67 do Projecto, sempre que a empresa usufrua de um benefício económico que, na ausência de intervenção estatal, não teria obtido, então é possível concluir que lhe foi garantida uma vantagem. (31) esteves, mariana medeiros, “os auxílios de estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na união europeia”, Revista de Concorrência e Regulação, 27-28 (2016), 239-264, cit., p. 243.

116

gil valente maia

traagem, e pelo facto de existirem medidas que, não obstante concedam uma vantagem económica fora das condições normais de mercado, a atribuem de uma forma genérica e não especificada, pelo que não preenchem o requisito da seletividade. recentemente, a jurisprudência do tj parece sufragar este entendimento, como se retira das conclusões do advogado-geral nils Whals no âmbito do Processo Comissão europeia v. mol(32). merece especial atenção, no cotejo com o requisito em análise, a problemática dos serviços de interesse económico geral (sieg). trata-se de um conceito previsto nos arts. 14.º e 106.º número 2 do tFue, e que consistem em “actividades económicas que produzem resultados que são do interesse geral, resultados esses que sem a intervenção pública não seriam produzidos pelo mercado (ou seriam produzidos em condições diferentes, em termos de qualidade objetiva, segurança, acessibilidade, igualdade de tratamento ou acesso universal)”(33). referimo-nos a serviços essenciais prestados diretamente aos cidadãos, muitas vezes relacionados com direitos fundamentais, os quais, do ponto de vista da estrita racionalidade económica, não seriam assegurados pelos privados, uma vez que

não garantem o lucro necessário(34). Por isso, o seu desenvolvimento só é assegurado se existir uma compensação por parte do estado, que cubra, no todo ou em parte, os custos decorrentes das obrigações de serviço público. aparentemente, tudo faria supor que esta compensação configuraria uma vantagem, sendo por isso de rejeitar. todavia, a jurisprudência Altmark(35) (32) nas conclusões do advogado-geral (processo C-15/14 P), e fazendo apelo ao parágrafo 47 das mesmas, é possível retirar: “Esta exigência de seletividade ou — para retomar um outro termo frequentemente utilizado — de «especificidade» da medida deve ser claramente distinguida da deteção de uma vantagem económica. Por outras palavras, uma vez detetada a presença de uma vantagem considerada em sentido lato, decorrente direta ou indiretamente de uma medida, compete ainda à Comissão demonstrar que essa vantagem se dirige especificamente a uma ou a várias empresas”. Cf. Conclusões do advogado-geral nils Wahls apresentadas em 22 de janeiro de 2015 no âmbito do Processo C-15/14 P, Comissão contra mol magyar olaj — és gázipari nyrt, parágrafo 47. (33) Cf. documento de trabalho dos serviços da Comissão-guia relativo à aplicação das regras da união europeia em matéria de auxílios estatais, de «contratos públicos» e de «mercado interno» aos serviços de interesse económico geral e, nomeadamente, aos serviços sociais de interesse geral, 2013, cit., p. 23. (34) Fundacional nesta matéria, ao estatuir que os serviços de interesse económico geral constituem uma exceção à livre concorrência, é o acórdão Gemeente Almelo (processo C-393/92), de 27 de abril de 1994, ao confirmar a ideia, no parágrafo 46, de que: “ O art. 90.º, n.º 2, do Tratado prevê que as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral podem subtrair-se às normas do Tratado relativas à concorrência, na medida em que as restrições à concorrência, e até mesmo uma exclusão de toda e qualquer concorrência, de outros operadores económicos, sejam necessárias para assegurar o cumprimento da missão particular que lhes foi confiada”. (35) ac. t.j de 22 de outubro de 2010, processo C-280/00, Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH.

o regime europeu de auxílios de estado

117

decidiu que as obrigações de serviço público não constituem auxílios estatais desde que verificadas quatro condições cumulativas (tese da compensação ou do custo líquido). em primeiro lugar, a empresa beneficiária da compensação deve estar efetivamente incumbida da prossecução dessa obrigação de serviço público e essa obrigação deve estar claramente definida. em segundo lugar, devem estar já definidos os parâmetros de cálculo dessa compensação, de forma clara e objetiva. em terceiro lugar, a compensação não pode exceder o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações. Por último, a empresa beneficiária deve ser escolhida através de concurso público, com o menor custo possível para a comunidade e o nível da compensação deve ser determinado através de uma análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada com os meios necessários para cumprir a obrigação de serviço público, teria suportado para cumprir essas obrigações.

II.III. a seletividade da medida ii.iii.i.

a seletividade material

o requisito da seletividade tem sido aquele que, na matéria em análise, tem devotado maior atenção por

parte da doutrina. é, de longe, o mais esmiuçado e aquele que desempenha o papel mais proeminente na configuração do regime legal dos auxílios de estado<sup>(36)</sup>. sem prejuízo de ulteriores desenvolvimentos, podemos dizer que a seletividade de uma medida se traduz na concessão de uma vantagem económica a certas empresas, sectores de actividade ou regiões. referim-nos, deste modo, a medidas particulares e concretas, dirigidas exclusivamente a certos destinatários, com o objectivo de lhes conferir vantagens exclusivas em detrimento de outras empresas ou sectores de actividade. mais uma vez, o tFue não nos oferece uma definição legal de seletividade. a seletividade pressupõe, desde logo, uma comparação entre opera-

(36) no mesmo sentido, escreve antónio Carlos dos santos [et al.]: “o elemento distintivo dos auxílios de estado é dado, pois, pelo carácter derogatório, e, na maioria das vezes, discriminatório ou mesmo discricionário das medidas concedidas”. Cf. santos, antónio Carlos dos/gonçalves, maria eduarda/marques, maria manuel leitão, *Direito Económico*, 7.ª ed., edições almedina:Coimbra, 2014, cit., p. 374.

118

gil valente maia

dores que estão numa situação “factual e jurídica comparável à luz do objectivo prosseguido pela medida em causa”<sup>(37)</sup>. À seletividade da medida (ou especificidade da medida) opõem-se as designadas medidas de política económica geral, isto é, aquelas que beneficiam indistintamente todas as empresas. a título exemplificativo, não configura um auxílio de estado o abaixamento da taxa de irC em todo o território nacional, uma vez que beneficia todas as empresas sediadas nesse território. diferentemente seria, por exemplo, um abaixamento da taxa do mencionado imposto apenas para as empresas do sector têxtil ou do sector pecuário. uma das preocupações nesta matéria é a de descortinar se uma medida aparentemente geral não oculta, em rigor, uma vantagem seletiva (seletividade de facto). Para este efeito, a Comissão e a doutrina jurídica têm procurado distinguir várias noções de seletividade. tradicionalmente, distingue-se entre seletividade material (a qual permite responder ao problema colocado, uma vez que distingue as medidas que são explicitamente concedidas a determinadas empresas daquelas que, sendo aparentemente gerais, acabam, na prática, por redundar em auxílios seletivos, aplicáveis a determinadas empresas) e seletividade regional ou geográfica (em princípio, apenas as medidas aplicáveis na totalidade do território de um estadomembro não são tidas como seletivas). os dois conceitos avançados carecem de um desenvolvimento mais detalhado. destarte, a jurisprudência tem distinguido, no âmbito da seletividade material, entre seletividade de jure — a qual resulta da aplicação de critérios jurídicos para a aplicação de medidas reservadas apenas a certas empresas, normalmente empresas com grande volume de negócios, com determinada forma jurídica ou ativas em determinados mercados — e seletividade de facto — caso em que a medida, apesar da existência de critérios formais gerais e objectivos, acaba apenas por favorecer grupos específicos de empresas, impedindo as restantes de lhe aceder. um exemplo de seletividade de facto é a aplicação de um crédito fiscal apenas a investimentos superiores a um determinado valor. numa leitura incipiente, a medida aparenta ser geral, baseada em critérios objetivos. na prática, apenas se dirige a um grupo específico de empresas<sup>(38)</sup>.

(37) ac. tJ de 8 de novembro de 2001, processo C-143/99, *Adria-Wien/Finanzlandesdirektion fur Karnten*, parágrafo 41. (38) Cf. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do art. 107.º,

n.º 1, do tratado sobre o Funcionamento da união europeia (2016/C 262/01), p. 28, ss.

o regime europeu de auxílios de estado

119

a seletividade material é uma noção pouco clara e pouco sedimentada. o seu conteúdo é sobretudo discutido em matéria fiscal, embora o seu âmbito extravase o domínio fiscal<sup>(39)</sup>. no que tange à seletividade material, é absolutamente pacífico que uma medida concedida, de forma ad hoc, a uma empresa ou a um certo número de empresas configura uma medida seletiva<sup>(40)</sup>. a situação torna-se mais nebulosa quando existem medidas gerais que, na prática, acabam por redundar em medidas seletivas (seletividade de facto). nesses casos, a solução para deslindar a seletividade da medida passa por uma análise da mesma em três fases. em primeiro lugar, o sistema de referência tem de ser identificado. em segundo lugar, tem de se aferir se a medida em causa constitui uma derrogação a esse sistema de referência, na medida em que estabelece uma diferenciação desajustada entre operadores económicos que se encontram numa situação factual e jurídica comparável. em terceiro lugar, é necessário averiguar se, pese embora configurando uma derrogação, a medida em causa é justificada pela natureza ou pelo regime geral do sistema de referência. Caso se verifique esta última fase, a medida não será incompatível com o art. 107.º, número 1 do TFUE<sup>(41)</sup>.

ii.iii.iii.

a seletividade regional ou geográfica

a seletividade regional ou geográfica respeita àquelas medidas susceptíveis de estabelecerem um regime mais atrativo para as empresas ou setores de atividade estabelecidos em determinada área do território do estado-membro. dada a pluralidade de configurações que podemos encontrar nos 28 estados-membros, a questão assume particular interesse naqueles onde entidades infra estaduais gozam de autonomia política e legislativa constitucionalmente consagrada. os casos mais sonantes serão, desde logo, o caso português, espanhol e alemão. a questão ganha particular acutilância num momento em que a descentralização e o reconhecimento das entidades regionais assume proeminência no contexto da união europeia, cujo regime jurídico é marcado pelo princípio da subsidiariedade<sup>(39)</sup> Bartosch, andrea (2011), “the concept of selectivity”, in research handbook on european state aid law, vol. i, e. m. szyszczak. (40) esta asserção é confirmada pelo advogado-geral mengozzi no Parecer de 27 de junho de 2013 no processo C-284/12 deutsche lufthansa, n.º 52. (41) Para maiores desenvolvimentos, cf., entre outros, Processo C-143/99 Adria-Wien Pipeline, processo C-279-08 P Comissão/Países Baixos (nox), Processo C-75/77 Bélgica/Comissão.

120

gil valente maia

dade, e onde a fiscalidade direta é uma competência soberana dos estados-membros, o que suscita a questão de saber como compatibilizar a desconcentração de competências fiscais — reservadas aos estados-membros — e os potenciais efeitos distorçores que daí decorram em termos de efetividade do regime europeu dos auxílios de estado<sup>(42)</sup>. a situação não se revela problemática nas situações em que é o estado a conceder um tratamento claramente mais favorável a tais regiões onde, salvo situações excecionais, tal configurará um auxílio de estado incompatível com o mercado interno. todavia, a situação revela-se particularmente complexa nas situações em que tais medidas emanam da própria entidade

infraestadual, em virtude da sua autonomia constitucionalmente prevista. nestes casos, em que as regiões gozam de um certo grau de autonomia, a resposta ao problema da seletividade regional permanece algo obscura e não é isenta de óbices. a solução para os casos em que uma medida não abrangesse a totalidade do território nacional havia sido dada de forma uniforme pela jurisprudência e pela Comissão europeia. nesses casos, considerar-se-ia tal medida seletiva. esta posição inicial, que haveria depois de ser parcialmente infletida, resulta particularmente clara das Conclusões do advogado-geral saggio a propósito do caso Guipúzcoa(43): O facto de as medidas em questão serem tomadas pelas colectividades territoriais dotadas de competência exclusiva nos termos do direito nacional é na realidade, tal como observou a Comissão, uma circunstância puramente formal, que não basta para justificar o tratamento preferencial reservado às empresas que relevam do âmbito de aplicação das «normas forales». Se assim não fosse, o Estado poderia facilmente evitar a aplicação, numa parte do seu território, das disposições comunitárias em matéria de auxílios de Estado, muito simplesmente introduzindo modificações na repartição interna das competências em certos domínios, de forma a invocar assim, para um determinado território, a natureza «geral» da medida em questão.

secundando a mesmíssima ideia de que a seletividade só pode ser afastada quando a medida em causa incidir sobre a integralidade do território, é referido pela Comissão europeia que “(...) apenas as medidas cujo âmbito abrange a totalidade do território do Estado escapam ao critério de especificidade (...)”(44).

(42) Cruz Vilaça, José Luis da (2014), *EU Law and Integration: Twenty Years of Judicial Application of EU Law*, 1.ª ed., Hart Publishing, Oxford. (43) Conclusões do advogado-geral Antonio Saggio apresentadas em 1 de julho de 1999. o excerto em causa consta do parágrafo 37 das referidas Conclusões. (44) Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais à o regime europeu de auxílios de estado

121

apenas no caso Açores o TJ foi confrontado com a questão da autonomia fiscal de uma entidade regional e com a necessidade de desenvolver critérios susceptíveis de responder ao problema de saber em que condições pode uma medida regional considerar-se não seletiva. refira-se que a jurisprudência anterior apenas se concentrara no problema, já descrito, de identificar a seletividade de uma medida concedida pela administração Central, a qual estabelecia condições mais aliciantes para as empresas numa determinada região do território. até então, e pese embora a região em causa ter revogado a medida e o TJ não se ter chegado a pronunciar sobre a questão, os casos mais próximos que existiram haviam sido o caso descrito anterior, e sobre o qual o advogado-geral saggio apresentara um entendimento restrito acerca da possibilidade de existência de medidas regionais, preocupado com o facto de , a admitir tal possibilidade, tal configurar uma forma simples de os estados evitarem a aplicação do regime dos auxílios de estado através de reformas legislativas que permitissem a descentralização de competências. o outro caso com algumas similitudes fora a jurisprudência Território Histórico de Álava(45), nos termos do qual o TJ manteve o entendimento tradicional de que uma medida regionalmente limitada configuraria um auxílio de estado. Como referido, o caso Açores revelar-se-ia um marco fundamental na matéria, uma vez que o TJ introduzira uma argumentação inédita e suavizara o entendimento tradicionalmente seguido, considerando que, verificadas determinadas condições, o sistema de referência poderia ser o território de um ente

regional, desde que o mesmo gozasse de autonomia suficiente nos termos referidos pelo tribunal(46). no caso, a assembleia

medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas (98/C 384/03). o excerto transcrito encontra-se no parágrafo 17 da referida Comunicação. (45) ac. tj de 11 de novembro de 2004, processos apenas C-183/02 P e C-187/02 P, Daewoo Electronics Manufacturing Espana SA (Demesa) v. Territorio Histórico de Álava — Diputación Foral de Álava. (46) sintetizando a importância teórica e prática desta jurisprudência, escreve mariola urrea Corres: “(...) el pronunciamiento del Tribunal de Justicia<sup>1</sup> adquiere relevancia e interés —y por ello está siendo objeto de particular atención en la comunidad científica — no tanto por enjuiciar la capacidad fiscal de determinados entes subestatales de la Unión Europea en relación con el régimen jurídico de las ayudas de Estado, sino por la construcción de una argumentación en torno al concepto de autonomía que, actuando a modo de guía tipológica, nos permita evaluar en cada momento si la existencia de una presión fiscal inferior en un ente regional de un Estado miembro constituye una medida fiscal selectiva y, por ello, incompatible con el régimen jurídico de las ayudas de Estado establecido en la Unión Europea”. urrea Cores, m., “ayudas de estado y capacidad fiscal de los entes subestatales: la doctrina del caso azores y su aplicación a las haciendas forales vascas: Comentario a la sentencia del tJCe de 6 de septiembre de 2006, república de Portugal/Comisión, as. c-88/03”, Revista electrónica de estudios internacionales, número 14, (2014).

122

gil valente maia

legislativa da região autónoma dos açores havia adaptado o sistema fiscal nacional às especificidades da região, para tal reduzindo as taxas de imposto sobre o rendimento das pessoas singulares e coletivas, o qual podia atingir os 20% no primeiro caso e os 30% no segundo. a região autónoma dos açores, ao dispor de um estatuto jurídico-administrativo próprio, do qual resultam vários poderes, entre os quais um poder tributário próprio, suscitou, neste particular contexto, a questão eloquentemente colocada pelo advogado-geral geelhoed, ou seja, a questão de saber “em que circunstâncias é que uma alteração da taxa nacional de imposto adoptada unicamente para uma determinada área geográfica de um Estado-Membro se enquadra na definição de auxílio de Estado (...)”(47). nos termos já referidos, e atendendo ao entendimento tradicional, para a Comissão europeia não restavam grandes dúvidas de que esta situação configuraria um auxílio de estado, dado que o quadro de referência da Comissão europeia seria a totalidade do território português. ao contrário do que vinha sendo sustentado pelas autoridades europeias, a opinião do advogado-geral geelhoed , ao considerar que, nos casos em que um ente regional dispusesse de verdadeira autonomia, o quadro de referência para analisar a medida poderia ser o território desse ente, rompe com o entendimento precedente. Com efeito, para tal ser possível, haveria que encontrar critérios ou princípios de apreciação que permitissem determinar se a medida que fixa uma taxa diferente da taxa em vigor no resto do território, e que vigora apenas num âmbito limitado, se subsume ou não ao regime dos auxílios de estado. rejeitando o entendimento de que o quadro de referência teria sempre de ser a integralidade do território, o advogado-geral distingue três situações. assim, no caso em que a administração Central, por acto unilateral, decide reduzir a taxa de imposto numa determinada região do território, a medida em causa configura uma medida seletiva. numa segunda situação, todos os entes

regionais teriam competência própria para fixar as taxas de imposto. nesse caso, conclui o advogado-geral, a medida não seria seletiva, uma vez que há vários quadros de referência a serem tidos em consideração e não se consegue divisar qual seria a regra derogatória, dada a pluralidade de quadros de referência. Por último, teríamos a situação em que o ente regional fixa uma taxa diferente da que é aplicável no resto do território, sendo que tal taxa apenas é aplicada naquele limitado âmbito territorial. nesse caso, o advogado-geral formula três critérios, os quais constituem um verdadeiro teste para aferir (47) Conclusões do advogado-geral l. a. geelhoed apresentadas em 20 de outubro de 2005. o excerto em causa encontra-se no parágrafo 2 das referidas Conclusões.

o regime europeu de auxílios de estado

123

se a autonomia do ente regional é ou não genuína. destarte, a medida tem de ser adoptada por um ente que disponha de autonomia institucional, isto é, que goze de um estatuto jurídico-político próprio e autónomo face à administração Central. o ente em causa terá ainda de dispor de autonomia processual, a qual se traduz na adoção da medida através de um procedimento próprio, sem qualquer ingerência da administração Central, e sem ter de atender a quaisquer interesses da administração Central na fixação da medida. Por último, o ente regional deverá ainda gozar de autonomia económica, nos termos da qual a taxa de imposto aplicável na região não é financiada ou alvo de subsídios cruzados por parte da administração Central, pelo que as consequências económicas de tais medidas são inteiramente suportadas pelo ente regional. estando preenchidos estes critérios, a medida em causa não pode ser tida como seletiva. aplicando estes requisitos ao caso em apreço, o advogado-geral acabou por concluir que o critério da autonomia processual e o critério da autonomia económica não se encontravam preenchidos, por força da aplicação, no primeiro caso, do princípio da solidariedade nacional, o qual implica a colaboração entre governo Central e governo regional na redistribuição da riqueza e, quanto ao segundo aspecto, pelo facto de o princípio da solidariedade implicar transferências orçamentais a efetuar pelo estado Central para a correção das desigualdades e redistribuição dos recursos financeiros. apesar da tendência disruptiva verificada pela jurisprudência Açores, a doutrina não tem deixado de apontar algumas críticas(48). Com efeito, tem sido referido que esta jurisprudência acaba por obliterar os potenciais efeitos da medida em detrimento da análise do estatuto constitucional do ente regional. a tónica deveria ser posta no impacto concorrencial da medida de auxílio, ao invés de se bosquejar e dissertar acerca da entidade concedente e do seu estatuto jurídico. Por outra banda, aventam ainda alguns autores que a simples redução das taxas de imposto pode não ser o fator decisivo para atrair e fixar novas empresas. existem outros fatores que podem ser tão ou mais determinantes nessa escolha, como seja a existência de intensa atividade económica na região em causa (agglomeration forces). estados maiores e com uma atividade económica dispersa tendem a ter taxas de impostos mais elevadas, ao passo que estados ou regiões com níveis de desenvolvimento inferiores tendem a ganhar com um modelo de fiscalidade mais agressivo. não obstante os méritos que possa (48) de CeCCo, FranCesCo (2013), State Aid and the European economic constitution, 1.ª ed., hart Publishing, oxford.

124

gil valente maia

colher a análise económica efetuada por este segmento da doutrina — e as conclusões a que conduz — parece-nos, ainda assim, inultrapassável a legitimidade e a consagração da autonomia das regiões no quadro do direito da união europeia. esconjurar a sua relevância e optar unicamente por um modelo que atende aos efeitos da conduta obnubilaria as disposições de direito originário e derivado, conduzindo a uma solução desajustada face aos imperativos dos tratados e ao movimento de reconhecimento do papel das diversas regiões no contexto europeu. da jurisprudência Açores poderíamos ser tentados a inferir que estaríamos perante um quadro dogmático seguro e devidamente ancorado, o qual permitiria fornecer respostas esclarecedoras no futuro. no entanto, como reconhecem hoFmann/miCheau(49) o teste anteriormente referido apresenta inconsistências e revelou-se insatisfatório. na senda destes autores, e após a análise da jurisprudência ulterior, o tj não forneceu uma solução uniforme na jurisprudência UGT-Rioja(50), permitindo, neste caso, uma mais ampla margem de liberdade aos estados-membros na transferência de recursos financeiros, ao contrário do entendimento restrito sustentado na jurisprudência Açores. Concomitantemente, a jurisprudência UGT-Rioja detalhou os requisitos da autonomia económica e da autonomia institucional, atendendo ao particular contexto em causa. aos requisitos enunciados, o tj colocou como questão essencial a questão de saber se a transferência de recursos financeiros foi realizada no âmbito das competências constitucionalmente consagradas ou se as extravasou. este último aspeto tem sido criticado, uma vez que a determinação de fluxos financeiros não é facilmente escrutinável. não se afigura simples estabelecer uma relação direta entre as medidas concedidas ou sobre o impacto das mesmas no território regional. advertem ainda os referidos autores para a dificuldade em o tj avaliar esta situação, a qual seria mais facilmente dirimida pelos tribunais nacionais, fortemente familiarizados com as relações entre as autoridades centrais e os entes regionais. no caso Gibraltar(51) o tj aplicou os três critérios da jurisprudência Açores, ainda que de modo algo obscuro. gibraltar era uma jurisdição fiscalmente atrativa, talhada para atrair investimentos offshore, taxas de

(49) hoFmann, herWig; miCheau, Claire (2016), *State Aid Law of the European Union*, 1.ª ed., oxford: oxford university Press. (50) ac. tj de 11 de setembro de 2008, processos apensos C-428/06 a C-434/06, UGT Rioja v. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya. (51) ac. tj de 15 de novembro de 2011, processos apensos C-106/09 e C-107/09 P, Comissão Europeia v. Governo de Gibraltar e Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte.

o regime europeu de auxílios de estado

125

imposto mais reduzidas para os dividendos societários, o que mereceu a atenção da Comissão europeia, que considerou estas medidas derogatórias e configuradoras de um auxílio de estado. neste caso, todavia, o requisito da seletividade material da medida foi aquele que mereceu maior atenção. apesar da particular configuração de gibraltar, este não mereceu grandes desenvolvimentos. não houve necessidade, para efeitos da solução final, de examinar se a medida fiscal era ou não seletiva do ponto de vista regional. a análise dos efeitos materiais da medida, ainda que realizada de forma discutível, foi suficiente para conduzir à consideração de que se tal medida configurava um auxílio incompatível com o mercado interno(52). demonstrando as dificuldades que já se vislumbram na matéria em termos de dogmática geral, é novamente demonstrativo da tergiversação do tj (e de alguma contradição e incerteza na matéria) a

jurisprudência Presidente del Consiglio dei Ministri v. Regione Sardegna(53). nela, o tj parece afastar-se do teste Açores, ao considerar que o imposto criado pela região autónoma da sardenha sobre as escalas turísticas das aeronaves e dos transportes de recreio imposto sobre operadores cujo domicílio fiscal fosse fora da região autónoma era seletivo, uma vez que estabelecia uma diferença entre residentes e não residentes, cujos efeitos eram mais onerosos para os operadores estabelecidos fora do território regional. apesar dos argumentos esgrimidos pela região da sardenha acerca da sua autonomia fiscal, e pese embora tenha referido o teste Açores, o tj parece ter voltado ao entendimento tradicional, decidindo pela seletividade da medida em causa. do exposto decorre a inconsistência e contradição da jurisprudência sobre o tema. torna-se, por isso, bastante difícil divisar uma dogmática geral sobre o tema ou a linha argumentativa seguida pelo tj. Com efeito, da análise dos arestos decorre que estamos mais próximos de soluções casuísticas, atentas às particulares realidades dos casos, do que de decisões ancoradas em elementos estáveis. as soluções futuras ditarão a viabilidade do (52) neste sentido, cf. Panayi, Christiana (2015), *Advanced Issues in International and European Tax Law*, 1.ª ed., hart Publishing: oxford. a autora assume uma posição crítica à construção feita pelo tj relativamente ao requisito da seletividade material. Considerando que não estava em causa nenhuma medida derogatória, a autora critica o tj por considerar tal medida seletiva. Critica ainda o facto de o tribunal ignorar a configuração do sistema fiscal em análise, limitando-se a atentar nos efeitos da medida de auxílio. Por outro lado, critica o facto de o tj não ter atendido à natureza inerentemente seletiva do regime fiscal gibraltarinu, a qual foi sublinha pelo advogado-geral. Por último, levanta a questão interessante de saber até que ponto esta jurisprudência se reconduz a um caso concreto ou se perfilha uma dogmática geral, uma vez que ainda não foi revogada. (53) ac. tj de 17 de novembro de 2009, processo C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri v. Regione Sardegna.

126

gil valente maia

teste emergente da jurisprudência Açores, assim como o excuro argumentativo seguido pelo tribunal. a estabilidade decisória, assente em construções dogmáticas claras, é fundamental nesta matéria, sob pena de se onerar estados e empresas com decisões-surpresa, cujos possíveis efeitos constringem a atuação dos estados, dos entes regionais e das empresas, com efeitos nefastos para as economias dos estados-membros.

II.IV. afetação da concorrência o último requisito a observar consiste em dois elementos (a «distorção da concorrência» e os «efeitos sobre as trocas comerciais»). a doutrina e a jurisprudência procedem a uma análise conjunta dos mesmos. em rigor, este requisito tem sido objeto de críticas por parte de alguma doutrina, pelo seu caráter rudimentar e pelo seu efeito praticamente automático, contanto que se verifique o requisito da seletividade(54). destarte, ainda que muito menos detalhado pela literatura do que as outras condições, a distorção da concorrência consiste na atribuição de uma vantagem suscetível de melhorar a posição do beneficiário face a outras empresas concorrentes(55). é hoje pacífico que o auxílio não tem de provocar um impacto significativo nas trocas comerciais ou na concorrência, bastando uma mera afetação potencial, uma simples demonstração de que o auxílio era, em abstrato, idóneo a afetar a concorrência. do mesmo modo, as trocas comerciais são afetadas pelo auxílio se este reforça a posição de uma empresa no

mercado. as trocas intracomunitárias devem, assim, ser suscetíveis de afetação, ainda que o beneficiário não opere diretamente no mercado interno(56). em regra, para a verificação destes requisitos não é necessário aferir o mercado em causa ou o impacto da medida. é apenas necessário demonstrar uma aparência de afetação sobre o comércio e sobre os concorrentes. é curioso notar, através da análise da doutrina mais qualificada, que o espaço reservado para se discorrer acerca deste requisito é sempre exíguo. (54) neste sentido, vide ac. tj de 10 de janeiro de 2006, processo C-222/04, Ministerio dell' Economie e delle Finanze v. Casa di Risparmio di Firenze. na literatura nacional, criticando este requisito, cf. nogueira de almeida, J., op. cit., gorjão-henriques, miguel .... [et al.], Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense, 1.ª ed., Coimbra: edições almedina, 2013. (55) ac. tj de 17 de setembro de 1980, Processo 730/79 Phillip Morris Holland BV v Comissão of the European Communities, parágrafo n.º 11. (56) ac. tj de 24 de julho de 2003, Processo C-280/00 Altmark Trans, parágrafos n.os 77 e 78.

o regime euroPeu de auxílios de estado

127

Com efeito, parece-nos que a sua relevância é bastante diminuta (para não dizermos inócua) e que o seu preenchimento não careceria de um requisito autónomo. na verdade, a análise criteriosa do requisito da vantagem económica e da seletividade já nos permitiriam identificar a possibilidade de afetação da concorrência. neste conspecto, também a jurisprudência não tem procedido a uma análise exaustiva, capaz de assegurar maior dignidade e protagonismo ao requisito em análise. trata-se, salvo melhor opinião, de um requisito cristalizado, que resistiu à erosão do tempo, mas que não oferece particular precisão à matéria dos auxílios de estado.

III. Derrogações ao Princípio da Incompatibilidade dos Auxílios de Estado com o Mercado Interno a presunção geral de incompatibilidade de que parte o regime dos auxílios de estado pode, em determinadas circunstâncias excecionais previstas no tFue, ser derogada e o auxílio, ainda que preencha as condições supra referidas, ser tido como admissível. referimo-nos, em regra, a situações em que estão em causa bens jurídicos coletivos, cuja natureza justifica uma intervenção excecional por parte do estado, tendo em vista a prossecução de interesses públicos que visam a distribuição da riqueza e a correção de falhas de mercado(57). o tFue, nos números 2 e 3 do art. 107.º, estabelece duas situações distintas: no caso do número 2, estamos perante derrogações automáticas (ex lege). neste caso, a Comissão europeia tem poderes vinculados, o que significa que se limita apenas a verificar se os pressupostos estão preenchidos, sendo obrigada a considerar compatíveis com o mercado interno os auxílios que se subsumam a estas alíneas. trata-se de uma lista branca(58) de auxílios, cuja compatibilidade é estabelecida de modo automático (ipso iure).

(57) João Frade Pedroso refere-se a este regime, particularmente ao regime constante do art. 107.º número 3, como uma manifestação da ideia de concorrência-meio, ou seja, “um sistema em que a concretização de outras políticas de desenvolvimento económico, social ou cultural justificam restrições à concorrência”. Vide Frade Pedroso, João [et al.] (2012), Manual de Introdução ao Direito: saber Direito para entender o Mercado, 2.ª ed. edições almedina s.a, cit., p. 261. (58) as expressões lista branca e lista cinzenta são utilizadas por Pedro madeira Froufe e José Caramelo gomes. Para maiores desenvolvimentos, cf. FrouFe, Pedro madeira/gomes, José Caramelo (2016), Mercado Interno e Concorrência, in “direito da união

européia, elementos de direito e Políticas da união”, edições almedina.

128

gil valente maia

Já no número 3 estamos perante derrogações facultativas. aqui, a Comissão europeia dispõe de um poder discricionário para avaliar, de forma casuística, os vários elementos do caso, e decidir acerca da sua compatibilidade com o mercado interno. trata-se de uma lista cinzenta de auxílios, uma vez que são zonas mais vagas, nebulosas, onde o papel da Comissão se reveste de maior dificuldade. nestes casos, a autorização é da competência da Comissão europeia, ou do Conselho, nos termos do número 2 do art. 108.º do tFue. assume-se particularmente crítico deste poder discricionário, na doutrina nacional, nogueira de almeida, criticando contundentemente a ampla margem conferida à Comissão europeia, bem como o pífio controlo assumido pelo tj nesta matéria. Com efeito, adverte o autor: O nó górdio está no art. 107.º, n.º 3, de acordo com o qual a Comissão dispõe do poder de considerar compatíveis com o mercado interno determinadas categorias de auxílios. Esta competência da Comissão está obviamente sujeita ao controlo jurisdicional por parte dos tribunais europeus. Todavia a actividade de controlo que tem vindo a ser exercida pelos tribunais europeus tem na prática significado a concessão de mãos livres à Comissão para actuar da forma que entende na determinação da política comunitária dos auxílios de Estado(59).

neste domínio, assume ainda especial relevo a alínea e) do número 3 do art. 107.º do tFue, que estabelece uma situação muito peculiar, porquanto permite ao Conselho criar categorias de auxílios compatíveis com o mercado interno, e que escapam à notificação da Comissão europeia. este artigo respeita, assim, às exceções regulamentares e categoriais, dispensadas de notificação prévia e presumivelmente compatíveis com o mercado interno(60). no que concerne às exceções categoriais, pela importância prática que assumem, cumpre referir o regulamento geral de isenção por Categoria — General Block Exemption Regulation, ou seja, o regulamento (ue) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho de 2014, que veio permitir considerar um amplo conjunto de auxílios como compatíveis com o mercado interno, dispensando-os de notificação prévia à Comissão. dispensados de notificação, em virtude do seu valor diminuto e dos efeitos praticamente insignificantes, estão ainda os minimis, isto é, aqueles auxílios de valor reduzido, cujo impacto no mercado interno é mínimo. o regulamento (ue) n.º 1407/2013, de 18 de dezembro de 2013, regula especificamente esta matéria. assim, nos termos do art. 3.º do referido (59) nogueira de almeida, J., op. cit., p. 221. (60) a dispensa de procedimento prévio de controlo por parte da Comissão encontra-se regulada pelo regulamento (ue) n.º 2015/1588 do Conselho, de 13 de julho de 2015.

o regime europeu de auxílios de estado

129

regulamento, um auxílio financeiro que não exceda o montante de 200.000 euros durante um período de três anos consecutivos está dispensado de notificação prévia à Comissão. o regulamento refere valores diferentes para outros setores de atividade, como os transportes (em que o valor é de 100.000 euros), bem como para o sector agrícola, atividades relacionadas com a exportação, aviação, setor do carvão ou empresas em dificuldades, em que os valores são diferentes do valor-regra. Por último, parece-nos importante, face à atualidade do tema, destacar a derrogação ad hoc da alínea b) do número 3 do art. 107.º. Chamamo-la à colação pelo facto de ter sido esta alínea a base normativa utilizada pela Comissão no

contexto da grave crise financeira de 2008. atendendo a essa conjuntura, a Comissão entendeu estar preenchido o conceito de “perturbação grave da economia de um Estado-Membro”. até então, tinham sido raros os casos de utilização desta alínea. a Comissão, no exercício dos seus poderes discricionários, considerou que o quadro emergente da crise configurava o preenchimento daquele conceito. os efeitos da crise exigiam uma solução urgente e unívoca e uma autoridade centralizada que assumisse a sua realização. Como denota sérgio varela alves: Não obstante, e como se deixou claro, não poderia caber aos próprios [Estados-Membros] a concessão dos mesmos per si, estando a Comissão mais bem posicionada para aferir da sua licitude, leia-se, da sua compatibilidade com o mercado interno, podendo ser também difícil e fruto dos constrangimentos orçamentais, o uso do instrumento por Estados em dificuldades e com deficits já elevados(61).

IV. O papel da Comissão no controlo dos Auxílios de Estado a Comissão europeia desempenha um papel nuclear e ativo no que tange à política de auxílios de estado e ao seu controlo. tal decorre, desde logo, das normas gerais que enformam os poderes da Comissão (arts. 13.º e 17.º do tUE) e, neste específico contexto, do art. 108.º do tUE. em matéria de auxílios estatais, os poderes da Comissão desdobram-se na emissão de soft law ou nos poderes de controlo, apreciação e ainda nos poderes sancionatórios que lhe são conferidos(62). estes poderes constam

(61) varela alves, s., “o mercado único e os auxílios de estado concedidos à Banca: erosão da soberania ou garantia da ideia de estado”, Policy Papers, CideeFF, (2017), cit., p. 19. (62) loureiro, Paula Cristina oliveira loPes de Ferreirinha (2016), auxílios de estado no

130

gil valente maia

do regulamento (UE) n.º 2015 /1589 do Conselho, de 13 de julho de 2015. o poder de controlo e investigação é exercido através de procedimentos formais de investigação ou, mais comumente, através da obrigação de notificar que impende sobre os estados-membros nos termos do número 3 do art. 108.º. a avaliação da compatibilidade de um auxílio por parte da Comissão encontra-se hoje no regulamento (UE) n.º 2015/ 1589 do Conselho(63). nos termos deste regulamento, qualquer projeto relativo a auxílios de estado tem de ser previamente notificado à Comissão europeia, excetuando aqueles auxílios que, como vimos, ficam dispensados de notificação. em regra, todos os auxílios têm de ser previamente notificados à Comissão europeia. o controlo realizado pela Comissão europeia não é um controlo discricionário. este funda-se no respeito pelos tratados e dos princípios fundamentais de direito da união. a discricionariedade é, por isso, devidamente balizada. o regulamento estabelece uma distinção nas diversas alíneas do seu art. 1.º, entre auxílio existente, novos auxílios e auxílio ilegal. a nossa atenção voltar-se-á para os dois últimos, previstos, respetivamente, nas alíneas c) e f) do art. 1.º. o controlo de novos auxílios é realizado pela Comissão europeia a priori. nesta senda, a Comissão europeia pode lançar mão dos procedimentos previstos nos números 2 e 3 do art. 108.º do tUE: o procedimento de exame preliminar ou o procedimento formal de investigação. a Comissão deve, por isso, nos termos do art. 2.º do referido regulamento, ser notificada a tempo pelo Estado-Membro em causa de todos os projetos de concessão de novos auxílios. o estado-membro deve, nestes casos, prestar uma informação completa à Comissão europeia, a qual acusará ao estado a receção da notificação. realizada a notificação, o estadomembro não pode, por qualquer forma,

executar a medida de auxílio até decisão final da Comissão europeia, sob pena de o mesmo ser tido como ilegal. sobre o estado impende, por isso, uma obrigação de standstill, prevista no art. 3.º do regulamento e no número 3 do art. 108.º do tFue(64), domínio europeu da Concorrência: o Controlo da Comissão e a atuação dos tribunais nacionais, tese de mestrado em direito. Braga, universidade do minho. (63) anteriormente, o procedimento encontrava-se regulado no regulamento (Ce) n.º 659/ /1999 do Conselho, de 22 de março de 1999. (64) a obrigação de standstill é “uma disposição de direito comunitário directamente aplicável e vinculativa para todas as autoridades dos Estados-Membros”. Cf. Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios de Estado pelos Tribunais nacionais (2009/ /C 85/01), cit., parágrafo 45.

o regime euroPeu de auxílios de estado

131

e decorrente da jurisprudência Capolongo/Maya(65). após a notificação efetuada pelo estado-membro, a Comissão europeia desenvolve um procedimento célere, a análise preliminar, tomando uma decisão no prazo máximo de dois meses(66). Caso a Comissão europeia não tenha dúvidas de que a medida não configura um auxílio, pode proferir uma decisão imediata. Caso subsistam dúvidas quanto à compatibilidade da medida, a Comissão europeia pode dar início a uma segunda fase, o procedimento formal de investigação, nos termos do número 4 do art. 4.º do regulamento. trata-se de um procedimento mais complexo, em que a Comissão europeia dispõe de poderes de investigação e poderes sancionatórios e em que participam outros interessados (estados-membros, empresa beneficiária, concorrentes), naquilo que é “o esqueleto dum procedimento de estrutura participada e contraditória, similar ao procedimento administrativo nacional, pelos menos nalguns princípios orientadores”(67). a decisão final da Comissão europeia, proferida no prazo de dezoito meses desde o início do processo formal de investigação, pode assumir diversos sentidos. assim, se a Comissão europeia concluir que a medida não consubstancia um auxílio de estado, profere decisão positiva, nos termos dos números 1 e 2 do art. 9.º do regulamento. Caso a Comissão europeia concluir pela incompatibilidade da medida com o mercado interno, profere decisão negativa, nos termos do número 5 do art. 9.º do regulamento. os auxílios ilegais consistem em medidas consideradas incompatíveis com o mercado interno e que estão a ser executados pelos estados, bem como em medidas que não cumpriram o procedimento formal previsto no regulamento. esta matéria encontra-se disciplinada nos arts. 12.º e 15.º do regulamento. a Comissão europeia pode desencadear o procedimento relativo a auxílios ilegais a título oficioso ou este derivar da denúncia apresentada por qualquer estado, concorrente, pessoa ou entidade. tendo conhecimento da situação, a Comissão europeia inicia um exame preliminar, solicitando informações ao estado. deste exame resultará uma decisão, nos termos do art. 4.º do regulamento. Caso a Comissão considere que existem dúvidas acerca da compatibilidade do auxílio, inicia um procedimento formal de investigação, em termos muito próximos do espoletado aquando da notificação acerca da existência de novos auxílios.

(65) ac. tj 19 de junho de 1973, Processo C-77/72 (Carmine Capolongo v. Azienda Agricole Maya). (66) o prazo pode ser alargado nos termos do art. 5.º do regulamento, por acordo entre a Comissão europeia e o estado-membro. (67) loureiro, Paula Cristina oliveira loPes de Ferreirinha, op. cit., p. 157.

132

gil valente maia

existindo um auxílio ilegal ou incompatível com o mercado interno, o regulamento preceitua, no art. 16.º, a necessidade de recuperação do auxílio ilegal(68). é importante referir, nesta sede, a problemática questão a que faz referência o número 1 do art. 16.º do regulamento. Com efeito, este artigo institui uma causa de exclusão da obrigação de recuperar os auxílios nos casos em que se esteja perante um princípio fundamental do direito da união. a questão tem maior acuidade quando está em causa o princípio da confiança legítima, ou seja, quando a empresa beneficiária alega que os auxílios eram compatíveis com o direito da união. a jurisprudência tem salientado o carácter imperativo do controlo dos auxílios de estado, sob pena de o controlo resultar num procedimento desprovido de sentido. a jurisprudência Unicredito Italiano(69) consagrou a teoria do risco previsível, nos termos da qual um estado-membro que não haja cumprido com a obrigação de notificação não pode invocar o princípio da confiança legítima para esconjurar a sua aplicação. o estado só o poderia fazer se tivesse observado os procedimentos definidos a nível europeu. a empresa beneficiária terá de assumir um comportamento diligente, tanto ex ante, tendo assegurado que a Comissão europeia autorizaria aquele auxílio, como ex post, acompanhando a atuação da Comissão. só nesses casos muito limitados é que o princípio da confiança legítima pode ser acolhido. tendo sido prestado ilegalmente, o estado tem de recuperar o auxílio, assim como tem de indemnizar os prejuízos causados pelo mesmo, nos termos do parágrafo 25 da Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios de Estado pelos Tribunais nacionais (2009/C 85/01). o reembolso de um auxílio de estado tem como objetivo precípua restituir a situação anterior à concessão desse auxílio. alguma jurisprudência, a este propósito, tem referido que a restituição do auxílio não configura uma sanção à empresa beneficiária(70). nos termos do número 3 do art. 16.º do regulamento, cabe ao estado afetado tomar as medidas necessárias para levar a cabo a recuperação do auxílio junto dos seus beneficiários, de acordo com a legislação nacional. vigora, neste (68) o procedimento de recuperação é objeto de regulamentação em documento interno: State Aid Manual of Procedures, Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Articles 107 and 108 TFEU, revision 10/07/2013, Publications office of the european union, luxembourg, 2013, disponível em: . (69) ac. tj de 15 de dezembro de 2005, Processo C-148/04, Unicredito Italiano v. Agenzia delle Entrate. (70) ac. tj de 29 de junho de 2004, processo C-110/02, Comissão das Comunidades Europeias v. Conselho da União Europeia.

o regime europeu de auxílios de estado

133

domínio, um princípio de autonomia nacional, já que o procedimento e as medidas adotadas são definidos pelo estado-membro. Pese embora os meios escolhidos pelo estado terem de garantir uma execução imediata e efetiva da decisão da Comissão, não deixa de ser algo paradoxal, em nosso entendimento, ser o estado infrator a determinar o procedimento de recuperação(71). não pode o estado nacional dispor de regras que obstaculizem ou dificultem excessivamente a recuperação dos auxílios indevidos, nos termos da jurisprudência Martin Huber(72). a empresa beneficiária terá de restituir a quantia recebida (ou aquela que deixou de pagar), acrescida de juros. nada impede que, nestes casos, a Comissão europeia intente uma acção por incumprimento, nos termos dos arts. 258.º e 259.º do tFue, contra o estado-membro que concedeu o auxílio ilegal. os poderes da Comissão europeia no que concerne à recuperação de auxílios

estão sujeitos a um prazo de prescrição de dez anos, a contar da data da concessão do auxílio. o prazo de execução da decisão de recuperação é de quatro meses(73). no caso de insolvência da empresa beneficiária do auxílio, o tj tem considerado que o crédito derivado do auxílio deve ser incluído no processo de insolvência(74). neste conspecto, cumpre referir a jurisprudência Deggendorf(75), nos termos da qual o facto de o beneficiário não ter procedido ao reembolso relativo a um primeiro auxílio ilegal e ter sido aprovado um novo auxílio, a nova medida de auxílio não será concedida até ao reembolso integral do primeiro auxílio prestado.

(71) o papel dos tribunais nacionais em matéria de auxílios consta do acórdão Saumon (processo C-354/90). nele, o tj volta a referir o efeito direto do número 3 do art. 108.º do tFue, ao mesmo tempo em que estabelece a possibilidade de os tribunais nacionais ordenem a restituição do auxílio ilegal no momento em que subsiste a proibição, podendo a Comissão europeia, em decisão posterior, suprir a invalidade formal decorrente da decisão do tribunal nacional. (72) Processo C-336/2000, pedido prejudicial submetido por despacho do Oberster Gerichtshof da república da áustria, de 20 de janeiro de 2000, no recurso em que são partes a república da áustria e martin huber. (73) Comunicação da Comissão — Para uma aplicação efectiva das decisões da Comissão que exigem que os Estados-Membros procedam à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis (2007/C 272/05). (74) Cf., neste sentido, o acórdão Comissão/alemanha, de 06/05/2015, processo C-674/13. (75) Processos apensos t-244/93 e t-486/93, de 13 de setembro de 1995.

134

gil valente maia

V. Breve referência ao Regime Nacional dos Auxílios de Estado o regime português dos auxílios de estado encontra-se consagrado no Capítulo v, no art. 65.º e seguintes da lei n.º 19/2012, de 8 de maio. anteriormente, o regime encontrava-se consignado no art. 13.º da lei n.º 18/2003(76). refira-se que, a nível nacional, a sua aplicação tem sido muito reduzida, pelo que o enfoque deve ser dado ao contexto europeu. neste último, os requisitos têm merecido uma análise criteriosa, que a interpretação da lei nacional não pode dispensar. o art. 65.º apresenta, desde logo, uma diferença lexical face ao art. 107.º do tFue. assim, o legislador nacional utiliza a expressão “auxílios públicos”, em contraste com a expressão europeia “auxílios de Estado”. alguns autores vislumbram nesta diferença lexical uma melhoria do regime nacional face ao regime europeu, na medida em que a expressão nacional apresenta uma noção mais ampla de estado. Como escrevem manuel loPes Porto/João nogueira de almeida/ana rita andrade: “A expressão auxílios públicos traduz melhor a ideia de se querer abranger todos os auxílios concedidos pela mão pública, (...)”(77).

Como a lei nacional não oferece um conceito de auxílios públicos, valem, neste sentido, todas as considerações expandidas a propósito dos requisitos exigidos pela doutrina e jurisprudência europeias. do regime nacional infere-se que o controlo da autoridade da Concorrência (adC) circunscreve-se apenas e unicamente ao território nacional. Com efeito, o legislador utiliza, no segmento final do art. 65.º número 1, a expressão mercado nacional, o que significa que incumbe à Comissão europeia o controlo de todos os auxílios concedidos pelos estados-membros ou outras entidades públicas que afetem as trocas comerciais entre os estados-membros. aliás, se comparada com a versão originária do art. 13.º da lei n.18/2003, o

legislador foi mais específico na delimitação do âmbito de controlo da adC. a este respeito, importa referir que a adC não tem competências decisórias. nos termos do número 2 do

(76) Preceitos que decorrem dos imperativos constitucionais que compatibilizam a defesa da concorrência com as incumbências fundamentais do estado, desde logo o art. 81.º, alínea c), o art. 81.º alínea d), art. 99.º, alínea a), art. 100.º, alínea c) da Constituição da república Portuguesa. (77) gorjão-henriques, miguel ... [et al.], Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense, 1.ª ed., Coimbra: edições almedina, 2013., cit., p. 768.

o regime europeu de auxílios de estado

135

art. 65.º, a adC apenas adota recomendações. Criticando este poder limitado da adC, adverte adalberto Costa: A lei está, como sempre, a ser branda perante um mecanismo que pode com efetividade violar a concorrência, com prejuízo sério para o mercado e os seus agentes económicos. Não vemos razão para esta brandura da lei, razão que também não encontramos no direito comunitário que a possa justificar(78). limita-se, assim, a lei a atribuir à adC um mero poder de emitir diretrizes de comportamento, uma competência de aconselhamento (advocacy), diferentemente dos amplos poderes de que dispõe a Comissão no âmbito europeu. a adC acompanha a execução das recomendações, publicando-as na sua página eletrónica. refira-se que a literatura tem admitido que a expressão prevista na lei (mercado nacional) não impossibilita a adC de fazer incidir o seu controlo sobre mercados infranacionais, não tendo este de se limitar apenas à integralidade do mercado nacional. no que tange à existência de compensações concedidas pelo estado como contrapartida da prestação de um serviço público, a lei 19/2012 não contém nenhum preceito específico. vale, em toda a sua plenitude, a jurisprudência Altmark. na redação anterior, a lei excluía do conceito de auxílio estas compensações, posição que se revelava desconforme com o ordenamento da união. do exposto decorre que o regime nacional não é significativamente diferente do regime europeu dos auxílios de estado. a lei nacional, ao não fornecer uma definição de auxílios públicos e ao fazer coincidir algumas expressões com a legislação europeia (nomeadamente a ideia de afetação sensível da concorrência), acaba por ter de se compaginar com a legislação europeia no que concerne à sua densificação. em nosso entender, não assiste razão aos autores que alegam uma pretensa inconstitucionalidade da norma nacional(79), sustentado a mesma no facto de a norma permitir uma discriminação por parte do estado a algumas empresas. uma leitura conforme ao tFue e à jurisprudência europeia arreda quaisquer dúvidas de inconstitucionalidade. o regime nacional, mais vago e de contornos mais indefinidos do que o regime europeu, não elenca quaisquer derrogações ao princípio da incompatibilidade dos auxílios públicos. nesta matéria, vale plenamente o disposto no regime europeu. do exposto resulta, com meridiana clareza, (78) Costa, adalberto (2014), O Novo Regime Jurídico da Concorrência, 1.ª ed, vida económica, cit., p. 145. (79) Costa, adalberto, op. cit.

136

gil valente maia

que o legislador nacional estabeleceu um regime que, embora mais limitado, não prescinde nunca do cotejo com o regime europeu para a correta interpretação das normas nacionais.

Síntese conclusiva o regime europeu dos auxílios de estado apresenta-se em estado de crisálida. Com

efeito, trata-se de uma matéria em construção, inacabada, variável em função das economias e dos estádios de integração. é uma matéria altamente delicada, onde confluem os interesses do estado em áreas essenciais da vida económica — e onde a tentação intervencionista sempre existe —, e os interesses da defesa de uma livre e eficiente concorrência, num mercado sem obstáculos e sem a redoma protecionista. em síntese, é uma matéria delicada, porque aqui assistimos a uma dialética entre a soberania estadual e os poderes da união europeia ou entre a soberania estadual e a visão neoclássica da união europeia. Como a história recente demonstra, a discussão tende a exacerbar-se nos contextos de recessão, sendo esse um dos testes à vitalidade do regime dos auxílios de estado. Parece-nos, no estádio atual, que o regime dos auxílios de estado já não se confina unicamente à defesa do mercado, do comércio e da concorrência. Cada vez mais o regime aparece-nos como um modelo de integração política, destinado a claros objetivos de integração europeia, cujo desiderato é influenciar os estados-membros e as suas políticas num determinado sentido, restando tentações intervencionistas. nesse sentido, o regime tem, ao longo do tempo, adquirido uma dimensão cada vez maior e mais efetiva. de entre os elementos necessários, aquele que aparece como essencial, e em que as dificuldades de preenchimento são maiores, é o requisito da seletividade. se nos demais já existe uma jurisprudência consolidada e vasta literatura, o requisito da seletividade, pelas cambiantes que pode revestir, continua a ser o mais nebuloso e aquele que exige maior precisão. Parece-nos importante realçar que a sua análise não se pode confinar ao domínio fiscal. apesar de ser neste âmbito que os problemas mais frequentemente sucedem, a análise tem de considerar os imensos domínios em que o requisito pode ser analisado. não descuramos, nesta matéria, uma perspetiva multidisciplinar, a propalada abordagem económica, particularmente naqueles casos em que a base teórica não seja tão forte, como sucede no âmbito da seletividade.

o regime europeu de auxílios de estado

137

Julgamos ter deixado claro, face à jurisprudência exposta e ancorados na doutrina mais qualificada, as tergiversações de que padece a análise da seletividade regional. Com efeito, e sem pretendermos repetirmos aquilo que expusemos, urge na matéria muito maior desenvolvimento e estabilidade decisória, a fim de se construir conceitos dogmáticos estáveis. Caso contrário, perpetuar-se-á a jurisprudência flutuante a que temos vindo a assistir. no que concerne às derrogações ao princípio da incompatibilidade, a análise das situações do art. 107.º, número 3, por implicar um poder discricionário da Comissão, é o aspeto mais crítico. a Comissão europeia deve, sempre que considerar uma medida como incompatível, proceder a uma análise cuidada e fundamentada, sob pena deste poder redundar num “vazio jurídico”, onde avulta a falta de transparência e a imprevisibilidade das decisões. deve, por isso, proceder de acordo com uma base teórica sólida, seguindo a jurisprudência do tribunal, para evitar decisões-surpresas, com custos avultados para as empresas e para os cidadãos. também no procedimento de controlo, julgamos ter deixado claro a inversão metodológica que constitui ser o estado nacional (o estado infrator) a determinar a recuperação do auxílio. Parece-nos importante refletir acerca de qual deve ser o grau de soberania nacional nesta matéria, sob pena de o regime redundar, pelo menos no plano teórico, numa solução paradoxal. Por último, cumpre esclarecer a ideia de que os auxílios de estado não são necessariamente um obstáculo à concorrência. apesar de, por vezes, sermos tentados a pensar o contrário, a ciência económica demonstra

que podem existir auxílios compatíveis com uma estrutura concorrencial. o próprio regime jurídico reconhece a sua importância nas exceções que estipula. aquilo que o direito da Concorrência visa, em primeira linha, é impedir a atribuição, por parte do estado, de vantagens artificiais a determinadas empresas, o que significaria, em regra, um certo nacionalismo económico e um protecionismo a evitar. o regime justifica-se, assim, por uma atitude previdente do legislador europeu: um mercado único nunca seria possível com um apoio seletivo às empresas, indutor de posições artificiais no mercado, desincentivadoras da inovação e de um level playing field uniforme no espaço europeu. a concessão de auxílios, ao não produzir um efeito neutral no mercado, carece de ser justamente avaliado, a fim de se compreender quais os efeitos positivos (e negativos) que o mesmo pode produzir. na atual configuração do regime, a admissibilidade dos auxílios ocupa um papel secundário, sendo o papel principal assumido pelo mercado. apenas em contextos muito especiais, motivados por falhas de mercado ou quando em causa está um interesse comum europeu que o mercado não consegue assegurar, é que o auxílio é admitido. o sucesso do regime dos auxílios de estado depende, por isso, deste justo equilíbrio entre a soberania nacional e a defesa da concorrência no espaço europeu. os interesses não são inconciliáveis, uma vez que a defesa da concorrência e do mercado único é vantajosa para os estados, para as empresas e para os cidadãos, uma vez que, como é consabido, a livre concorrência propicia a melhoria das condições económicas dos estados. os auxílios, quando utilizados de forma eficiente e dentro do âmbito definido pelo TFEU, podem constituir um elemento valioso, potenciando sectores de importância nodal, como a tecnologia, a inovação ou a sustentabilidade ecológica. Por outro lado, o regime vigente permite evitar tentações expansionistas, com as inevitáveis consequências do sobre-endividamento. todavia, o seu sucesso não é indiferente às condicionantes políticas da Europa, numa altura em que regressam espectros protecionistas e em que a situação da crise constitui um teste à sua viabilidade. a defesa da economia de mercado, no estágio em que a conhecemos e nas circunstâncias atuais, carece da existência e do refinamento de um regime como o previsto no TFEU. o sucesso de ambos é, assim, indissociável.

138

gil valente maia

o regime europeu de auxílios de estado

o regime europeu de auxílios de estado

139

Bibliografia Bartosch, andrea (2011), "the concept of selectivity", in research handbook on european state aid law, vol. i, e. m. szyszczak. Biondi, andrea, "some reflections on the notion of state resources in european Community state aid law", Fordham International Law Journal, 30 (2006). Costa, adalberto (2014), O Novo Regime Jurídico da Concorrência, 1.ª ed., vida económica. Cruz Vilaça, José Luis da (2014), EU Law and Integration: Twenty Years of Judicial Application of EU Law, 1.ª ed., hart Publishing, oxford. de Cecco, Francesco (2013), State Aid and the European economic constitution, 1.ª ed., hart Publishing, oxford. Esteves, Mariana Medeiros, "os auxílios de estado sob a forma fiscal e o combate da concorrência fiscal prejudicial na união europeia", Revista de Concorrência e Regulação, 7 (2016). Frade Pedroso, João; Frade, Catarina; Ramos, Maria Elisa Bete; Marques, Maria Manuel Leitão (2012), Manual de Introdução ao Direito: saber Direito para entender o Mercado, 2.ª ed., edições Almedina S.A. Friedriszick, Hans, Roller,

lars-hendrik, verouden, vincent (2006), Handbook of antitrust economics, 1.ª ed., mit Press. Froufe, Pedro  
madeira/gomes, José Caramelo (2016), Mercado Interno e Concorrência, in “direito da união europeia,  
elementos de direito e Políticas da união”, Coimbra: edições almedina. gomes de andrade, ana rita, As  
energias renováveis — Uma luz verde aos auxílios de Estado?, “revista da Concorrência e regulação”,  
número 3 (2010). gorjão-henriques, miguel (2014), Direito da União, 1.ª ed., Coimbra: edições almedina,  
s.a. gorjão-henriques, miguel; Cunha, Carolina; anastácio, gonçalo; vilaça, José luís da Cruz; Porto, manuel  
lopes, Lei da Concorrência: Comentário Conimbricense, 1.ª ed., Coimbra: edições almedina, 2013.  
hofmann, herwig; michéau, Claire (2016), State Aid Law of the European Union, 1.ª ed., oxford: oxford  
university Press. loureiro, Paula Cristina oliveira lopes de Ferreirinha (2016), Auxílios de Estado no Domínio  
Europeu da Concorrência: O Controlo da Comissão e a Atuação dos Tribunais Nacionais, tese de mestrado  
em direito, Braga, universidade do minho. nogueira de almeida, João, “Conteúdo e limites da análise  
económica no controlo da compatibilidade dos auxílios de estado com o mercado interno”, Boletim de  
Ciências Económicas, vol. 54 (2011). Panayi, Christiana (2015), Advanced Issues in International and  
European Tax Law, 1.ª ed., hart Publishing: oxford. Pitta e Cunha, Paulo; silva morais, luís (2008), A Europa  
e os desafios do século XXI, 1.ª ed., Coimbra: edições almedina.

140

gil valente maia

Porto, manuel lopes (2016), Teoria da Integração e Políticas da União Europeia, vol. i, 1.ª ed., Coimbra:  
edições almedina. rubini, luca (2009), The Definition of Subsidy and State Aid, 1.ª ed., oxford: oxford  
university Press. santos, antónio Carlos dos; gonçaves, maria eduarda; marques, maria manuel leitão  
(2014), Direito Económico, 7.ª ed., edições almedina: Coimbra. urrea Corres, mariola, “ayudas de estado y  
capacidad fiscal de los entes subestatales: la doctrina del caso azores y su aplicación a las haciendas  
forales vascas: Comentario a la sentencia del tJCe de 6 de septiembre de 2006, república de  
Portugal/Comisión, as. c-88/03”, Revista electrónica de estudios internacionales, número 14, (2014). varela  
alves, sérgio, “o mercado único e os auxílios de estado concedidos à Banca: erosão da soberania ou  
garantia da ideia de estado”, Policy Papers, CideeFF, (2017). Zenha martins, João, Auxílios de Estado:  
pressupostos e novas leituras em torno do conceito de selectividade, “revista de direito Público”, 12  
(2015).

**Fonte:** <https://portal.oa.pt>