

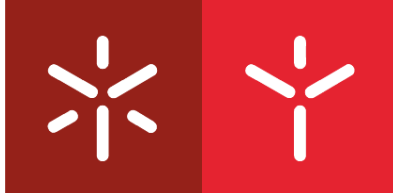


**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Ana Filipa da Silva Morais de Afonseca

**Ceci n'est pas une Aide d'État:  
Auxílios de Estado, concorrência leal e  
tempos de crise**





**Universidade do Minho**

Escola de Direito

Ana Filipa da Silva Morais de Afonseca

**Ceci n´est pas une Aide d´État:  
Auxílios de Estado, concorrência leal e  
tempos de crise**

Dissertação de Mestrado  
em Direito da União Europeia

Trabalho efetuado sob a orientação do  
**Doutor Pedro Madeira Froufe**

## DECLARAÇÃO

Nome: Ana Filipa da Silva Morais de Afonseca

Número do Cartão de Cidadão: 1417010

Título dissertação:

Ceci n'est pas une Aide d'État: Auxílios de Estado, concorrência leal e tempos de crise

Orientador: Doutor Pedro Madeira Froufe

Ano de conclusão: outubro de 2017

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito da União Europeia

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA TESE APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

*Ao Pedro,*

*Ao meu orientador, Professor Doutor Pedro  
Froufe,*

*Aos professores do Mestrado em Direito da União  
Europeia, em especial, à Professora Doutora  
Alessandra Silveira,*

*À minha família,*

*Sempre chega o dia, em que, verdadeiramente, não  
há palavras, se as houvesse, estariam perto de:  
muito obrigada.*



## ***Resumo (Português)***

A regra geral de proibição de auxílios de Estado incompatíveis com o mercado interno encerra em si vários significados. Para além de ser uma norma com um objetivo primordial de estabelecer a efetiva concorrência na União Europeia, ao longo da História, a complexa norma inscrita no artigo 107.º do Tratado vem adquirindo um papel muito preponderante, já que, face aos momentos de crise que a União Europeia viveu e vive, a sua aplicação tornou-se uma urgência.

Assim, assistimos a uma *Modernização* em torno da aplicação da norma da proibição dos auxílios de Estado, através de um novo instrumento de direito derivado, o Regulamento (EU) 2015/1589 de 13 de julho de 2015, bem como, através do diálogo entre os participantes no enredo dos auxílios – essencialmente, a Comissão e o Tribunal de Justiça da União Europeia. Por sua vez, na busca da compreensão dos comportamentos dos Estados Membros, que em tempos de crise tomaram as mais diversas medidas na tentativa de (re)projetarem as suas economias, o Tribunal de Justiça teve o papel de um verdadeiro *oleiro* desta norma, introduzindo uma jurisprudência, na sua maioria, complacente com um conceito amplo de auxílio de Estado para efeitos do artigo 107.º, n.º1 do Tratado.

Afinal, sob o ponto de vista da teoria da integração, esta norma da concorrência, cumpre um objetivo maior, de cooperação leal entre os Estados Membros, cuja adversidade da época de crise não podia comprometer. Mas da crise nasce, simultaneamente, a força e a inspiração necessária para se ultrapassarem obstáculos, essa força na União Europeia, tem sido, silenciosamente, dada pelo aprofundamento da importância dos fundos europeus em cada Estado Membro.

**Palavras-chave:** auxílios de Estado; crise; concorrência; teoria da integração.





### *Abstrat (English)*

The State aid has several meanings in itself, in addition to being a rule with the primary objective of establishing effective competition in the European Union, the complex rule enshrined in Article 107 of the Treaty has, throughout history, played a very important role. In view of the times of crisis that the European Union has lived and is living in, the application of the norm becomes an emergency.

We have thus seen a modernization of the application of the rule on the prohibition of State aid by means of a new instrument of secondary legislation and by means of a dialogue between the participants in the scheme of aid - the Commission and the Court of Justice. On the other hand, in the search for an understanding of the behavior of the Member States, which in times of crisis have taken the most diverse measures to redesign their economies, the Court has played the role of a true *potter* of this rule, introducing a jurisprudence in accordance with a broad concept of State aid for the purposes of Article 107 of the Treaty.

After all, from the point of view of integration theory, this rule of competition fulfills a greater objective of loyal cooperation among the Member States, which the adversity of the times could not compromise. At the same time, however, the crisis is creating the necessary strength to overcome obstacles, this strength within the European Union, has been, silently, been given by the deepening of the importance of the European funds for each Member State.

**Keyword:** state aid; crisis; competition; integration theory.



## Índice

<b>Resumo (Português)</b> .....	<b>V</b>
<b>Abstrat (English)</b> .....	<b>VII</b>
<b>Lista de Abreviaturas</b> .....	<b>XI</b>
<b>Prólogo</b> .....	<b>1</b>
<b>Notas introdutórias</b> .....	<b>3</b>
<b>1.º Capítulo: Os auxílios de Estado: antes e depois da União Europeia</b> .....	<b>9</b>
1. O paradigma da intervenção do Estado na economia: nova noção de Estado e nova noção de política de Mercado .....	9
2. A concorrência desleal nos Auxílios de Estado: o artigo 107.º e o artigo 106.º do Tratado como componente da cultura concorrencial europeia .....	15
3. O artigo 107.º do Tratado, a crise e a ideia de (des)culpabilização.....	19
<b>2. Capítulo: Elementos do artigo 107.º e 108.º do Tratado e o direito derivado da União</b> .....	<b>23</b>
1. O artigo 108.º e as regras de execução no Regulamento (EU) 2015/1589 de 13 de julho de 2015 .....	23
1.1. Questões de procedimento.....	23
1.2. O papel da Comissão na concorrência: como <i>ser um</i> , sendo <i>vários</i> ?.....	29
1.2.1. Poderes de supervisão, de investigação, inspeção, sancionatórios e consultivos .....	31
1.2.2. Instrumentos de soft law - a proliferação da figura das Comunicações....	34
2. Breves conclusões sobre o alcance da efetividade das regras da concorrência.....	39
3. A regra geral da proibição do auxílio de Estado incompatível com o mercado interno .....	40
3.1. O auxiliado: empresa e a atividade económica .....	42
3.2. Auxílio independente de forma - a vantagem .....	44
3.3 O <i>quantum</i> de vantagem - breve comentário sobre o paradigma do Acórdão Era Lingus e Ryanair contra Comissão .....	48

3.4. A Teoria da seletividade na jurisprudência do Tribunal de Justiça.....	50
3.4.1. O princípio da proporcionalidade como um velho e fiel amigo do Tribunal de justiça.....	50
3.4.2. Os axiomas da teoria de seletividade nos Acórdãos Gilbralter e no Acórdão World Duty Free Group, SA .....	53
3.4.3. Os Acórdãos Comissão contra Hansestadt, Comissão contra Bélgica e o Acórdão WorldDuty Free Group, SA: dificuldades na identificação do sistema de referência .....	59
3.5. O auxiliador e a origem do auxílio: requisitos de imputabilidade do Estado e proveniência nos recursos estatais .....	63
3.5.1. O Critério do operador numa economia de mercado: o teste do investigador, do credor e vendedor... conceitos “jus-económicos”?	67
3.6. “Afetação das trocas comerciais” e “falseie e ameace falsear a concorrência” .....	69
<b>3º Capítulo: Ceci n’est pas une aide d’Etat.....</b>	<b>73</b>
1. Traição das imagens em tempos de crise.....	73
2. Da criatividade à simplicidade: sintomas de integração positiva .....	75
3. A <i>Modernização</i> dos auxílios de Estado e a <i>Super-Modernização</i> trazida pelos Fundos Europeus em contexto de crise(s) - simbologias.....	78
<b>Conclusões .....</b>	<b>83</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>87</b>
<b>Lista de Acórdão.....</b>	<b>95</b>

## **Lista de Abreviaturas**

**TJ** – Tribunal de Justiça da União Europeia

**TG** – Tribunal Geral



## ***Prólogo***

Naquele dia, numa sala cheia de obras de arte, víamos imagens cuja tradução, por meio de palavras, desafiava qualquer lógica. Tarefa difícil e incómoda. O imprevisto e o inusitado interpelavam-nos inquietantemente. A tentativa de relato ou descrição da pintura em que nos focamos, era, para nós, uma tarefa quase impossível. E, até certo ponto, desconfortável. Foi, na verdade, essa a nossa primeira reação quando vimos *Ceci n'est pas une pipe* – uma reação de estranheza relativamente desconfortável, embora, acompanhada de uma curiosidade atrativa. Estávamos simplesmente perante um cachimbo desenhado que *era e, simultaneamente, não* era um cachimbo! Na verdade, ainda hoje, o quadro de *Margritte* provoca-nos um estranho efeito - afinal a consciencialização de que as imagens *nos traem*. O real questiona-se e nós duvidamos desse real, das imagens que vemos, do que parece que, bem vistas as coisas, pode não ser o que parece ser. Numa certa perspetiva, afinal, o quadro surrealista de *Margritte* acabava por ser o mais *real* de todos.

A problemática dos auxílios de Estado na União Europeia provoca em nós, de certo modo, o mesmo desconforto que a interpelação expressa pelo quadro de *Margritte*. Vivemos num mundo em que a mudança constante, nomeadamente, conceitual e o relativismo valorativo inquietam os nossos quadros de vida e, por conseguinte, os nossos quadros normativos tradicionais e consolidados.

A fragmentação dos interesses e dos poderes, um certo quadro multivalorativo e relativista das referências normativas, desafiam, a nosso ver, a certeza e a segurança jurídicas. Vivemos (quase), atualmente, em permanente dúvida sobre *a atuação juridicamente admissível e desejável*. Talvez seja isso mesmo que caracteriza um contexto de pós-Modernidade que também se vive na Europa Unida, na dinâmica de integração. De facto, face às responsabilidades políticas assumidas pelos Estados-membros, estes vivem no limite entre a obrigação de garantir a liberdade económica e de se absterem da interferência regulamentar estatal que, muitas das vezes, é por eles entendida como fator decisivo para a sua sobrevivência económica (e política).

Para dirimir esse conflito interno e existencial dos Estados Membros, cabe ao aplicador-intérprete do Direito, fazer esta correspondência - *ceci n'est pas une aide d'état*

- não deixando de preservar (dever manter) aquilo que de essencial define (sempre definiu) o ideal do projeto de integração europeia.

Esse equilíbrio é fundamental; deve ser uma das preocupações permanentes da decisão política e normativa. Caso contrário, desfaz-se ou, pelo menos, danifica-se gravemente a efetividade do Direito e a sua utilidade e, por conseguinte, põe-se em causa a própria integração - que, em grande medida, é uma integração jurídica.



## Notas introdutórias

O Direito da concorrência na União Europeia é instituído por três categorias de normas que muito vieram aditar às regras previstas nas ordens jurídicas nacionais, onde, até então, o Estado era um importante ator da economia. Estas normas vieram alterar, irremediavelmente, esse guião *constitucional* de cada Estado Membro.

Primeiramente, as normas agrupam-se nos comportamentos comerciais mais frequentes que constam das hipóteses legais previstas nos artigos 101.º e 102.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia<sup>1</sup>, respetivamente, a proibição de coligações entre empresas e a proibição do abuso de posição dominante no mercado. Em segundo lugar, assumiram-se regras que visam controlar a própria estrutura interna das empresas que são suscetíveis de afetar a concorrência, conforme o Regulamento 139/2004.<sup>2</sup> Por outro lado, encontramos um terceiro grupo de normas que visam controlar as competências dos próprios Estados Membros, suscetíveis de distorcerem a livre concorrência, o vetor deste trabalho: a proibição dos auxílios de Estado na União Europeia, prevista no artigo 107.º e 108.º do Tratado.

Tais normas estão longe de serem *meras* normas funcionalmente *ordenadoras* da *comunidade europeia*, antes, ambicionam *conformar*<sup>3</sup> uma verdadeira cultura concorrencial e protetora da principal qualidade do mercado interno: a liberdade, que atende a um pressuposto de concorrência *leal* entre os Estados Membros da União Europeia.<sup>4</sup>

Aliás, arriscar-nos-emos a escrever que, qualquer liberdade assentará sempre no facto de esperarmos um determinado comportamento *leal* dos que nos rodeiam. Mas as relações entre as empresas – neste sentido, não tão diferentes das relações entre as pessoas –

---

<sup>1</sup> Doravante, designado como Tratado.

<sup>2</sup> Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas.

<sup>3</sup> Em apelo à lição sobre a função *ordenadora* e *conformadora* do direito, Cfr. João Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Reimpressão, Almedina, 2014.

<sup>4</sup>Cfr. Stefano Grassini, *The Modernization Process of EU State Aid Law: The Search for the Right Balance Between State Intervention and the Invisible Hand*, publicado a 28 de maio de 2014, disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-modernization-process-of-eu-state-aid-law-the-search-for-the-right-balance-between-state-intervention-and-the-invisible-hand/>, consultado a 17/07/2016.

embrulham-se em derivadas e exponenciais, adicionando-se novos algoritmos a esta simples forma de vida. O mercado é caracterizado, também, pelo *animal spirit*.<sup>5</sup>

A norma do Tratado que pretendemos ver em lupa, que se dirige aos Estados Membros e que proíbe o auxílio das empresas nacionais é a prova viva de que a integração económica, social e política andam de mãos dadas, pelo que, constitui um protótipo especial do que pretendemos também e, essencialmente, analisar: como se desenvolve e reagiu a integração europeia com a inclusão desta norma na *Constituição económica*<sup>6</sup> dos Estados Membros? Quais os contrastes com a política da concorrência praticada na adversidade da crise económica e financeira que se transportou já, como muitos defendem, para uma crise de valores na União Europeia, transformando-se numa “crise omnipresente?”<sup>7</sup>

O comportamento dos Estados Membros proibido pelo artigo 107.º do Tratado, introduziu no sistema político económico de cada Estado Membro um movimento quase *anti natura* – que assim designamos porque o *ensaio* estadual até ao início da existência da União Europeia era diferente. Relembremos que, numa época de ideias protecionistas, a independência nacional justificava o favorecimento da economia interna do próprio Estado, a todo o custo.<sup>8</sup> De certa forma, podemos afirmar que esses comportamentos evidenciaram-se e voltaram à prática estadual em tempos de crise.

Desta forma, na atualidade, urge a necessidade de questionarmos o alcance desta obrigação de *stand still* dos Estados Membros face às suas empresas e compreender a sua contextualização na União Europeia, que fez nascer princípios basilares como o da cooperação leal entre os Estados Membros. Neste sentido, por exemplo, reconhece o Considerando n.º 4 do Regulamento 2015/1589 do Conselho de 13 de julho de 2015, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º que a “(...) realização do mercado interno

---

<sup>5</sup> Cfr. John Maynard Keynes, *General theory of employment, interest and Money*, Palgrave Macmillan, fevereiro de 1936.

<sup>6</sup> Definida como um conjunto de princípios e normas fundamentais que definem as funções económicas e regulam as atividades e relações económicas de um país, o conceito é de origem germânica - *Wirtschaftsverfassung*, tendo sido desenvolvido pela doutrina na sequência da consagração na Constituição alemã de 1919, conhecida como a Constituição de *Weimar*.

<sup>7</sup> Cfr. Joaquim Rocha Freitas, *Finanças*, Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União, coords. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, pp. 843.

<sup>8</sup> Cfr. Manuel Fontaine Campos, *Fundamentos Económicos da concessão de ajudas públicas no mercado nacional*, Universidade de Coimbra, Boletim de Ciências Económicas, Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, Volume LVII, Tomo II, 2014, pp. 946.

é um processo gradual, que se reflete na evolução permanente da política dos auxílios estatais. Na sequência dessa evolução, determinadas medidas, que no momento da sua execução não constituíam auxílio, podem ter passado a constitui-lo(...)”<sup>9</sup>, isto é, a própria União Europeia reconhece a mutabilidade do conceito de auxílio de Estado face ao *meio* e o conseqüente expandir e o retrain da proibição vertida no artigo 107.º do Tratado.

Por conseguinte, os mecanismos encontrados pelos órgãos institucionais da União Europeia, principalmente pela Comissão Europeia, bem como, a mais diversa jurisprudência dos últimos anos, dá-nos conta da reescrita do que será um auxílio de Estado incompatível com o mercado interno.

Dedicaremos, ainda, especial atenção à importância da proliferação das Comunicações da Comissão Europeia, que surgiu como um instrumento preponderante para a matéria dos auxílios de Estado, provavelmente, motivado pela constatação da seguinte realidade: os Estados prestaram os mais variados auxílios às suas empresas em tempos de crise.

O mercado interno é, indubitavelmente, o *ponto de não retorno*<sup>10</sup>, ainda que, a União Europeia viva pincelada com os normais tons cinzentos da História, através do enquadramento de novos mecanismos adotados e da abundante e recente jurisprudência, *rastilho* da crise económica de 2008, analisaremos o verdadeiro movimento em massa de auxílios estaduais desde esse momento.

Atravessaremos a jurisprudência mais recente, que desenha o conceito de auxílio, a sua forma e a sua origem. Principalmente, porque todas as expressões do artigo 107.º do Tratado não caminham sozinhas, os Estados Membros procuraram lançar mão da maleabilidade da interpretação desses conceitos para legitimarem as suas atuações, quanto a nós, procuraremos com este projeto o encontro e a dissociação jurídica dos elementos do preceito, por serem, precisamente, estes comportamentos dos Estados o motor do “ (...) numerosos problemas na União Europeia e que muito tem dado que fazer ao Tribunal de Justiça.”<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Considerando n.º 4 do Regulamento 2015/1589 do Conselho de 13 de julho de 2015 que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

<sup>10</sup> Neste sentido, Pedro Madeira Froufe e José Caramelo Gomes, *Mercado interno e Concorrência*, Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União, coords. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, 2016; pp.453, referem os autores que “ (...) o processo de integração instituiu uma dinâmica integracionista irreversível (...)”

<sup>11</sup> Acórdão TJ de 2 de junho de 2016, *Paul Vervolet*, Processo C-76/15, conclusões do advogado geral Juliane Kokkot, ECLI:EU:C:2016:975.

Assim, no caos mundial, instalado a partir da falência do banco *Lehman Brothers Holdings Inc.*<sup>12</sup>, os conceitos indeterminados que compõe o artigo 107.º do Tratado passaram a ser interpretáveis a todo o momento, em especial, o jogo da possibilidade de ser concedido auxílio desafiou, por várias vezes, o Tribunal de Justiça. Quase que, até então, quando os Estados Membros queriam conceder um auxílio incompatível com o mercado, simplesmente não notificavam a Comissão da concessão do auxílio.<sup>13</sup>

Adiantando, a ADVOGADA-GERAL JULIANE KOKKOT<sup>14</sup>, em especial, que muitos dos reenvios prejudiciais visam perceber a conformidade com esta proibição das atuações dos Estados Membros dirigidas, de certo modo, a estabilizar a sua situação económica e financeira. Analisaremos, passo a passo, este verdadeiro processo de *Modernização* e de até *Super-Modernização* da matéria de auxílios, esta última, operada através da crescente importância dos fundos europeus em cada Estado-Membro.

Assim, lembrando o célebre quadro surrealista de *René Magritte*<sup>15</sup> onde o desenho realista de um cachimbo é acompanhado da frase *ceci n'est pas une pipe*<sup>16</sup>, traduzindo *isto não é um cachimbo*, pareceu-nos que, se as ciências jurídicas estivessem habituadas a outro tipo de técnicas estilísticas, poder-se-ia fazer o mesmo paralelismo entre o conceito de auxílio de Estado e a sua imagem correspondente, já que ela parece primar pela impossibilidade (ou grande dificuldade) do recorte padronizado dos conceitos jurídicos, sendo o auxílio de Estado uma imagem que, igualmente, *nos trai* e desafia enquanto intérpretes e aplicadores de direito.

Mas se importante é a chegada, não nos esqueceremos do caminho.

Dedicaremos especial atenção ao papel da Comissão Europeia na matéria dos auxílios. Se por um lado a Comissão desencadeia todo o processo, isto porque tem o

---

<sup>12</sup> Conhecido como o momento do início da crise mundial de 2008, informação disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Lehman\\_Brothers](https://pt.wikipedia.org/wiki/Lehman_Brothers), consultado a 11-10-17.

<sup>13</sup> Manuel Lopes Porto e João Nogueira de Almeida, *Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 174.

<sup>14</sup> Conclusões da advogada geral Juliane Kokkot, Acórdão TJ de 2 de Junho de 2016, *Paul Vervolet*, Processo C-76/15, ECLI:EU:C:2016:975.

<sup>15</sup> René François Ghislain Magritte, mais conhecido como René Magritte, nasceu na cidade de Lessines, na Bélgica, tornando-se um dos mais significativos artistas plásticos do movimento surrealista belga. Informação disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Ren%C3%A9\\_Magritte](https://pt.wikipedia.org/wiki/Ren%C3%A9_Magritte), consultado em 9 de Agosto de 2017.

<sup>16</sup> *La trahison des images*, pintura de René Magritte, é um ícone do surrealismo, que nasceu da provocação ao realismo, informação disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/A\\_Trai%C3%A7%C3%A3o\\_das\\_Imagens](https://pt.wikipedia.org/wiki/A_Trai%C3%A7%C3%A3o_das_Imagens), consultado em 09/08/2017.

“poder” de “não levantar objeções” ou de “dar início a um procedimento formal de investigação”<sup>17</sup> quando notificada de um auxílio por parte do Estado Membro, a Comissão também controla o processo na fase de investigação<sup>18</sup> e é o órgão que executa a decisão de recuperar o auxílio.<sup>19</sup> Para além disso, proliferam as Comunicações da Comissão em tempos de crise, designados como os instrumentos de *soft law* que vêm codificar o conceito de auxílio.

Igualmente, o nosso objetivo é compreender a interpretação do Tribunal de Justiça na aplicação destas regras, bem como, entender o princípio de equilíbrio latente entre os dois órgãos institucionais europeus que fazem a regra da proibição dos auxílios de Estado girar.<sup>20</sup>

São todos estes, mas poderiam ser muito mais, os lugares a visitar no mundo dos auxílios de Estado, na nossa tese.

---

<sup>17</sup>Artigo 4.º, Regulamento(EU) 2015/1589 do Conselho de 13 de julho de 2015.

<sup>18</sup>Artigo 6.º, Regulamento(EU) 2015/1589 do Conselho de 13 de julho de 2015.

<sup>19</sup>Artigo 16.º, Regulamento(EU) 2015/1589 do Conselho de 13 de julho de 2015.

<sup>20</sup> cfr. Acórdão TJ de 21 de novembro de 2013, *Deutsche Lufthansa*, Processo C-284/12, ponto n.º 27 e 28, ECLI:EU:C:2013:755.



## 1.º Capítulo

### Os auxílios de Estado: antes e depois da União Europeia

*O caminho faz-se, caminhando.*<sup>21</sup> A frase tão cansada, de repetida, parece encaixar nesta partida na perfeição. Afinal, quando os pais fundadores da União Europeia a imaginaram e projetaram, perspetivando a paz na Europa, estavam longe de ter que vir a responder a perguntas tão complexas como as que o caminho ditou. Tudo se modificou, a forma de pensarmos como cidadãos de um Estado deixou de preencher os moldes tradicionais – é por este motivo que Hoje acordamos preocupados com os resultados das eleições no Reino Unido, na França, na Holanda, na Alemanha. Hoje as nossas obrigações são outras, Hoje as obrigações dos Estados para conosco são obrigações diferentes, Hoje as obrigações dos Estados uns para com os outros são também distintas. Hoje estes Estados não são Estados, são Estados Membros da União Europeia.

#### 1. O paradigma da intervenção do Estado na economia: nova noção de Estado e nova noção de política de mercado?

A equação era simples. Pela negativa, numa época de medidas protecionistas assistíamos a uma retração da qualidade de vida e do desenvolvimento dos Estados, que conduziria à guerra. Pela positiva, o livre comércio gerava crescimento económico e, conseqüentemente, social, e viviam-se momentos longos de paz. Desta forma, a equação que se revelou intemporal e serviu ao nascimento da União Europeia, provou e prova que a integração económica e a integração política não devem ser fracionadas ou dissociadas, como linhas intersecáveis.

Pelo contrário, o problema económico é um problema iminente político, pelo que, podemos afirmar que a génese do processo europeu teve como objeto a economia e um objetivo político.<sup>22</sup>

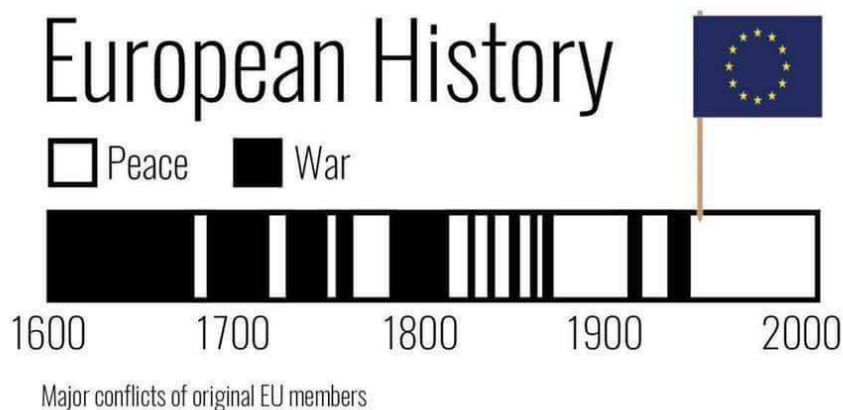
As grandes guerras tiveram como palco principal a Europa, e acabaram por instituir a arquitetura política atual da União Europeia, na busca de um relacionamento

---

<sup>21</sup>Fernando Pessoa, *A Mensagem*, 1934;

<sup>22</sup>Cfr. neste sentido, Manuel Carlos Lopes Porto, *Teoria da Integração e políticas comunitárias face aos desafios da globalização*, 4ª Edição, Almedina, maio de 2009.

duradouro de paz e cooperação entre os povos europeus, como, aliás, a História viria a provar. (Cfr. Ilustração 1)



**Ilustração 1 - Gráfico sobre a história da Europa, apresentado no Livro Branco sobre o Futuro da União Europeia da Comissão Europeia, 2017**

Após a II Guerra Mundial circulavam várias teses das ciências económicas que planeavam a que viria a ser chamada “integração económica”, com a grande influência do plano *Marshall*<sup>23</sup>, com o plano *Beyen*<sup>24</sup>, cada vez mais, a integração europeia tornou-se não só económica mas, politicamente apetecível, pois, trazia condições de incremento do mercado internacional, promovia a construção de uniões aduaneiras, a racionalização dos fluxos, a organização dos blocos de trocas comerciais, fomentando, simultaneamente, o espírito de convivência e cooperação entre os Estados que evitaria a triste repetição da História.

Contudo, o mercado interno, só funcionaria em pleno se fosse acompanhado por políticas económicas e financeiras sólidas, praticadas por todos os Estados, que se

<sup>23</sup> Informação disponível em <http://www.dw.com/pt-br/1947-%C3%A9-anunciado-o-plano-marshall/a-568633> , consultado a 17-10-17.

<sup>24</sup> Banqueiro, empresário e estadista internacional, Johan Willem Beyen foi um político neerlandês que, com o seu «Plano Beyen», deu um novo impulso ao processo de integração europeia, em meados da década de cinquenta. O «Plano Beyen» consistia numa proposta de criação de uma união aduaneira e de estabelecimento uma ampla cooperação económica, no âmbito de um mercado comum europeu. Na verdade Beyen é um dos principais percussores da União Europeia, informação disponível em [https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/johan\\_willem\\_beyen\\_pt.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/johan_willem_beyen_pt.pdf) , consultada a 9 de Agosto de 2017.



tornavam Estados Membros da União Europeia. Surgiria a “política da concorrência” como um objetivo ínsito da própria integração europeia. Nasceria um mercado *verdadeiramente* livre no espaço europeu. A manutenção de tal característica só seria possível porque era garantida pelas regras dos Tratados e pelas instituições Europeias, promotoras de afastamento de barreiras e de um maior equilíbrio económico entre os Estados Membros. Do compromisso económico ao compromisso político para com os povos europeus, leia-se, assunção de valores fundamentais comuns, o passo seria menos abrupto.<sup>25</sup>

A História viria a determinar o surgimento de uma instituição política nunca antes vista a nível mundial, a União Europeia. Pese embora, admitamos, que neste mesmo momento esse crescimento seja desenhado por uma espécie de cartoonista com algum sentido de humor,<sup>26</sup> da História resulta, em larga medida, o triunfo da teoria da integração económica.

Claro que, nem sempre as vozes terão concordado com este esquema económico integracionista, inclusivamente, já os anos 70 terão alertado para o (re)surgimento de ideias políticas que defendessem restrições ao comércio. O *Cambridge Economic Policy Group*<sup>27</sup> defendia firmemente que o favorecimento económico da Inglaterra poderia justificar a violação de regras económicas da Comunidade Económica do Carvão e do Aço. Em 2016, a União Europeia notaria que este movimento dos anos 70 nunca foi esquecido, embora, seja certo que existem outros os argumentos de base que resultaram na saída da Inglaterra da União Europeia. Pelo que, o geral sucesso da teoria da integração, através da instituição do mercado interno, como hoje o conhecemos, não aboliu completamente o crescimento das “velhas” ideias políticas e protecionistas nas mais diversas matérias.

Assim, sem perdermos de vista a História da União – que nos indicia que a resposta não pode ser preta ou branca – retomamos a pergunta que nos levou à reflexão neste capítulo: será que estamos perante um novo Estado? Serão estes novos Estados? Será esta regra do artigo 107.º do Tratado sobre os auxílios de Estado uma nova

---

<sup>25</sup> Neste sentido, cfr. Manuel Carlos Lopes Porto, *Teoria da Integração e políticas comunitárias face aos desafios da globalização*, 4ª Edição, Almedina, maio de 2009, pp-215-217.

<sup>26</sup> A nossa afirmação depreende-se com o facto de serem apontadas várias crises na União Europeia: a crise económica, a crise migratória e a recente saída do Reino Unido da União Europeia.

<sup>27</sup> Cfr. Manuel Lopes Porto, *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias face aos desafios da globalização*, 4ª Edição, Almedina, maio de 2009, pp. 46.

fórmula da economia política que compõe agora a *constituição económica* dos Estados Membros da União Europeia?

De salientar que, neste ponto, não pretendemos revisitar a nobre discussão sobre a que *espécie* política devemos alocar a União Europeia, até porque nesse campo não deixamos de invocar JACK DELLORS quando retratou a União Europeia como um verdadeiro O.P.N.I.<sup>28</sup> (Objeto Político Não Identificado), já que a sua arquitetura política permanece, até então, sem comparação histórica.

Antes, nos parece primordial refletir que não existe a ideia de poder público legítimo sem a ideia de direito, por isso, a expressão *Estado de direito* significa que o poder público está submetido à apreciação da conformidade com o direito. Com o surgimento da União Europeia assistimos à verdadeira “desterritorialização” do poder e tudo aponta para um direito para lá do Estado, pelo que, face à sucessiva emanação de atos legislativos e de atos judiciais advindos da União, esta torna-se uma “União de direito.”<sup>29</sup>

Por conseguinte, a União Europeia não é um novo Estado, no sentido clássico, mas cria direito e a ele se vincula, conforme podemos ler, no paradigmático Acórdão *Os Verdes*.<sup>30</sup>

A forma do “exercício do poder” na União Europeia é predominantemente constitucional, podendo-se, no limite, falar na existência de uma interligação constitucional dos Estados Membros, a que MIGUEL POIARES MADURO chamou de *Constituição Plural*<sup>31</sup> - que nasce de uma pluralidade de fontes constitucionais de que bebe a União Europeia. Tal pluralidade de fontes europeias origina o surgimento de uníssonos atos legislativos (e, inequivocamente, políticos) modificando a ação de cada Estado Membro em relação aos outros Estados Membros e em relação ao seu próprio desígnio interno. Pois, se não a podemos definir, poderemos afirmar, como

---

<sup>28</sup> Expressão utilizada pelo pai fundador Jack Dellors, para classificar a União Europeia como instituição política.

<sup>29</sup> Cfr. Alessandra Silveira, *Princípios de Direito da União Europeia, Doutrina e Jurisprudência*, 2.<sup>a</sup> edição atualizada e ampliada, Editora Quid Iuris, 2011, pp. 26-38.

<sup>30</sup> Acórdão TJ de 23 de abril de 1986, *Os Verdes*, Processo 294/83, ECLI:EU:C:1986:166.

<sup>31</sup> Miguel Poiares Maduro, *A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia*, S. João do Estoril, Principia, 2006.

D.LEVI-FAUR<sup>32</sup>, entre várias características, a União Europeia é *um estado regulador, por excelência*.<sup>33</sup>

Para que o silogismo que aqui se estabelece não padeça de alguma ilógica não se podem saltar premissas, esta será a premissa de que partimos: os Estados Membros são hoje novos Estados porque são regulados por políticas comuns advindas de um órgão supranacional, *regulador*, mas também *ele* submetido ao direito e às regras que cria.

Naturalmente, esta afirmação de “novos Estados” não atende a uma modificação na definição de Estado no sentido protagonizado pelo Direito internacional público, já que os elementos constitutivos do *Status* previstos no artigo 1.º da Convenção de Montevideo mantêm-se, e porque o requisito de existência de um Governo efetivo<sup>34</sup> não atende à forma como se concretiza e organiza a política estadual. Contudo, *simbolicamente*, importa reter que há um novo núcleo de normas que vem transformar o trajeto da política económica estadual, que transforma estes Estados em Estados Membros da União Europeia, pautados por um conjunto de regras comuns.

Assim, esta nova organização política dita uma nova moldura jurídica. Relembremos que afirmava JONH LOCKE que “(...) as leis se fazem para os Homens e não para as próprias leis(...)”<sup>35</sup>, e porque, afirmamos nós, estes Homens ainda são muito diferentes, em concreto e na prática, cada Estado-Membro vai mantendo a sua estrutura jurídico-financeira e económica autónoma<sup>36</sup>, cada Estado-Membro dita o seu próprio orçamento, as suas próprias regras de tributação... no entanto, assistimos a uma verdadeira coordenação económica e financeira alimentada por regras jurídicas da União Europeia, comuns, onde a proibição dos auxílios de Estado opera, como

---

<sup>32</sup>D.Levi-Faur, *Europe and the New Global Order of Regulatory Capitalism, Europe's Nascent State: Liberal Democracy, Governance and Public Policy in the European Union*, GyldendalAkademisk, Oslo, 2006, pp. 117 – 131.

<sup>33</sup> Tradução livre de “(...) regulatory state per excellence”.

<sup>34</sup> Artigo 1.º da Convenção de Montevideo de 1933: “O Estado como pessoa de Direito Internacional deve reunir os seguintes requisitos: I – população permanente; II – território determinado; III – governo; IV – capacidade de entrar em relações com os demais Estados”.

<sup>35</sup> Tomás Várnagy, *O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo, Filosofia política moderna: De Hobbes a Marx Boron, Consejo Latino americano de Ciencias Sociales*, DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo, 2006, disponível em [http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/04\\_varnagy.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/04_varnagy.pdf), consultado a 27-09-2017;

<sup>36</sup> Neste sentido Joaquim Rocha utiliza a expressão “(...) economia financeira vigiada”, cfr. Joaquim Rocha, *Finanças, Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, coords. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, 2016; pp.840-841.

uma verdadeira regra de carácter constitucional, que passou inevitavelmente a integrar a Constituição económica de cada Estado Membro.

Concluimos, portanto, que os Estados Membros da União Europeia não são os mesmos, e nem tão-só a economia política desses Estados é igual, e para tal veio a contribuir o intuito maior das regras da concorrência, que se pretendem inserir na ordem jurídica do Estado, mas não só, pretendem instituir uma política económica de convivência, através de uma política de mercado livre assente na concorrência leal e, em concreto, com a abstenção da intervenção do Estado na economia.

Se por um lado, as falhas do mercado até há bem pouco tempo eram consideradas motivo suficiente para a intervenção do Estado na economia, muitas vezes, através da injeção de capital ou da nacionalização de certos sectores da economia, um sistema de economia de livre mercado vem contrastar com esses sistemas de Economia planificada ou Economia de Estado como em Cuba, Coreia do Norte ou China. Neste sentido, as teorias político-económicas indicam três formas usuais de intervenção na economia por parte do Estado:

- “(…) a) a redistribuição de rendimentos;
- b) estabilidade macroeconómica;
- c) regulação do mercado, sendo que esta última implica a correção de falhas do mercado, monopólios, concertações, etc.) (…).”<sup>37</sup>

Face a estes comportamentos típicos, a reação política por parte da União Europeia só poderia fazer surgir as chamadas leis da concorrência, mas entre elas há diferenças: se algumas destas regras se dirigem às empresas numa tentativa de “correção de comportamentos”, a proibição dos auxílios de Estado veio impor comportamentos aos próprios Estados Membros, de forma a acautelar que nenhuma política de auxílio a empresas (fora os casos especificamente previstos e em que é admissível) possa afetar a livre concorrência do mercado interno e comprometer, num plano maior, o próprio esquema integracionista.

Tendo em conta tudo que referimos até este ponto, bem podemos concluir que, a proibição dos auxílios de Estado é uma norma preponderante da integração europeia pois impede que haja um jogo económico entre os Estados Membros que seria

---

<sup>37</sup>Giandomenico Majone, *From the Postive to the regulatory state: causes and consequences of changes in the mode of governance*, Cambridge University Press, 1973, *Journal Public Policy*, pp.139-167.

contrário ao princípio basilar da cooperação leal e de reciprocidade inscrito nos Tratados.

## **2. A concorrência desleal nos Auxílios de Estado: o artigo 107.º e o artigo 106.º do Tratado como componente da cultura concorrencial europeia**

A consagração das liberdades económicas parece já ser o “ponto de não retorno” da União Europeia, inclusivamente, o Reino Unido, na saída, parece querer negociar essas liberdades.<sup>38</sup> A verdade é que, já que não nos imaginamos viver entre taxas alfandegárias e sem a possibilidade de nos deslocarmos como trabalhadores para qualquer Estado Membro nas mesmas condições que um nacional desse Estado. Também, tais liberdades económicas – livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais<sup>39</sup> - enquadram-se num contexto político, onde são pinceladas por normas da concorrência, que as fazem o mercado tornar-se, *efetivamente*, livre de fronteiras. Aliás, as regras da concorrência foram pensadas pelos pais fundadores da União, já que as liberdades poderiam não ter o significado *económico* e *político* pretendido se subsistissem outro tipo de restrições à liberdade do comércio entre os Estados Membros. A ausência de um padrão de concorrência orientador poderia impedir a prosperidade do mercado interno na Europa, produzindo e fomentando outras formas de protecionismo.<sup>40</sup>

Assim, as liberdades económicas são auxiliadas pelas normas da concorrência na tarefa de criar de uma verdadeira cultura de mercado assente na *livre* concorrência, onde não podia existir favorecimentos dos Estados Membros em relação às empresas.

Por este mesmo motivo, a proibição dos auxílios de Estado assume uma particular importância por se dirigir diretamente ao comportamento dos Estados Membros e, simultaneamente, ter um alcance para lá do Estado. Afinal, como escreve MANUEL LOPES PORTO:

---

<sup>38</sup> Informação disponível em <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/06/28/david-cameron-has-told-the-eu-it-must-reform-freedom-of-movement/>, consultada a 09-08-2017;

<sup>39</sup> Artigo 26.º e 28.º a 37.º do Tratado;

<sup>40</sup>Cfr. Manuel Lopes Porto, *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias face aos desafios da globalização*, 4ª Edição, Almedina, maio de 2009, pp- 40-45;

“o regime dos auxílios resultou do (...) compromisso germânico e da desconfiança francesa, uma vez que a União não podia substituir-se, inteiramente, em relação aos Estados, o melhor era proibir os auxílios para não deixa-los ao critério de cada Estado.”<sup>41</sup>

Desta forma, foi necessário pensar a política da concorrência, como um conjunto de regras basilares para que cada agente com atividade económica na União Europeia pudesse atuar de forma não discriminada no mercado já que tais agentes económicos, independentes entre si, exercem a mesma atividade e rivalizam para atrair os consumidores. Por outras palavras, pretendeu-se instituir um mercado *livre* em que cada empresa está, exclusivamente, sujeita à pressão concorrencial das outras empresas do mercado. Assim, o *market power* apenas dependeria das regras do “jogo do rato e do gato”, onde alguma empresa teria, naturalmente, que “ser o gato”, mas essa organização deveria ocorrer de forma natural e não podia ser ditada pela intervenção dos Estados. Em consequência, beneficia o consumidor de uma verdadeira e real possibilidade de escolha ditada por um mercado *livre*. Com uma concorrência real, as empresas apostariam na inovação e nos preços mais competitivos para se destacarem no mercado.<sup>42</sup> Tal não significa, por sua vez, que o Estado se possa eximir da sua função social, de maior responsável pela proteção da vida, da liberdade e da propriedade dos indivíduos, na senda da trilogia de John Locke.<sup>43</sup>

Por sua vez, o modelo político-económico atual na União Europeia seguiria a tese de que um Estado alheio à concorrência do mercado, tornará essa concorrência leal porque “entregue a si mesma”. Na verdade, em 1950, a curva de *Simon Kuznets*<sup>44</sup> (Ilustração 2 - Curva de Kuznets) vinha refletir sobre a importância da regularização

---

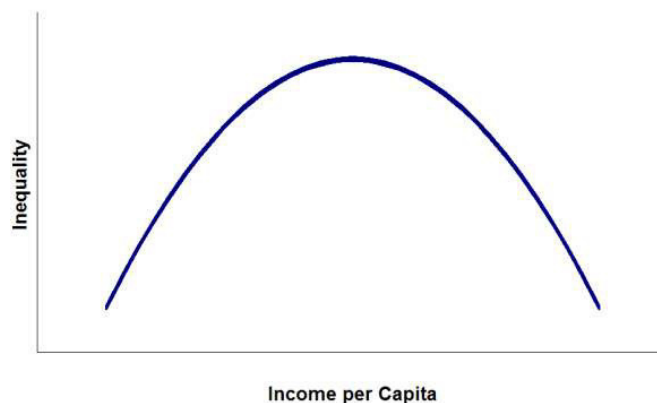
<sup>41</sup> Manuel Lopes Porto e João Nogueira de Almeida, *Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 177;

<sup>42</sup> Cfr. Pedro Madeira Froufe e José Caramelo Gomes, Mercado Interno e Concorrência, in *Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, coords. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, 2016, pp.454;

<sup>43</sup> Cfr. Manuel Fontaine Campos, *Fundamentos Económicos da concessão de ajudas públicas no mercado nacional*, Universidade de Coimbra, Boletim de Ciências Económicas, Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, Volume LVII, Tomo II, 2014, pp. 943.

<sup>44</sup> Simon Kuznets, economista que em 1950 apresenta a chamada curva de Kuznets;

do mercado através da “liberdade”, apontando para essa importância num outro plano: como redutor de desigualdades económicas na sociedade.<sup>45</sup>



**Ilustração 2 Curva de Kuznets**

Para além disso, os próprios princípios da União Europeia apenas se concretizariam, num primeiro momento, no palco económico através da assunção de determinadas regras. Os princípios basilares como o princípio da cooperação leal, o princípio da reciprocidade e o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade deveriam, num primeiro momento, ter o seu reflexo nas relações económicas o que, consequentemente, se traduziria na assunção de valores comuns aos Estados Membros e o aumento dos direitos fundamentais para os cidadãos da União Europeia.

Aqui chegados e por toda esta importância, as “regras da concorrência” viriam mesmo a ser designadas como cláusulas de ordem pública.

O conceito de ordem pública, como refere FERRER CORREIA:

“(…) Ordem pública é um conceito indeterminado (...) um conceito que não pode ser definido pelo seu conteúdo, mas só pela sua função: como expediente que permite evitar que situações jurídicas dependentes de um direito

---

<sup>45</sup>Simon Kutznets afirmou que “as na economy develops, market forces first increase and then decrease economic inequality”, isto é, a partir de um determinado nível de crescimento económico o mercado consegue reduzir as desigualdades de forma tão ou mais eficaz do que o Estado, informação disponível em <http://mrshearingeconomics.weebly.com/422-inequality.html> , consultado em 09-08-2017.

estrangeiro e incompatíveis com os postulados basilares de um direito nacional venham inserir-se na ordem sociojurídica do Estado e fiquem a poluí-la.(...)”<sup>46</sup>

Por outras palavras, as regras da concorrência devem ser conhecidas e aplicadas oficiosamente pelos tribunais nacionais, são regras tal forma fundamentais e essenciais que a ordem jurídica dos Estados Membros não pode conviver com o seu desrespeito, que seria como um corpo estranho a introduzir-se naquela ordem jurídica.

Deste modo, não bastava fomentar regras da concorrência entre os agentes económicos ou no espírito dos Estados Membros e esperar o seu cumprimento, era necessário executa-las e se necessário sem prejuízo de invocação das partes no processo, era necessário torna-las matéria de *ordem pública*.

Assim, no *Acórdão Comissão c. Itália (II)*<sup>47</sup>, o Estado Italiano foi condenado ao pagamento cumulativo de uma quantia fixa de 30 milhões de euros e de uma elevada sanção pecuniária compulsória (correspondente à multiplicação do montante de 30 milhões pela percentagem dos auxílios incompatíveis ainda não recuperados, a calcular semestralmente), por não ter executado um *Acórdão Itália c. Comissão (I)*, de 2004<sup>48</sup>, que obrigava Itália a recuperar os referidos auxílios, anteriormente declarados incompatíveis com o artigo 107.º do Tratado.

As origens deste Acórdão remontam a 1999, quando a Comissão decidiu que certos auxílios concedidos pela Itália a favor do emprego desde 1995 (através de uma redução das contribuições para a segurança social pagas pelas empresas que criavam novos postos de trabalho) eram incompatíveis com o mercado interno e ordenou a sua imediata recuperação. Neste segundo processo, o Tribunal começou por declarar que muito particularmente as regras relativas aos auxílios de Estado:

“ (...) têm carácter fundamental e constituem a expressão de uma das missões essenciais conferidas à União Europeia (...).”<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 310;

<sup>47</sup> Acórdão TJ de 17 de novembro de 2011, *Comissão c. Itália (II)*, Processo C-496/09, ECLI:EU:C:2011:740.

<sup>48</sup> Acórdão TJ de 1 de abril de 2004, *Itália c. Comissão (I)*, Processo C-99/02, Colet., p. I-3353.

<sup>49</sup> Acórdão TJ de 17 de novembro de 2011, *Comissão c. Itália (II)*, Processo C-496/09, ponto n.º 60, ECLI:EU:C:2011:740.



Assim, naquela decisão, o Tribunal de Justiça considerou apropriado calcular a sanção compulsória numa base semestral através da multiplicação de um montante de base de 30 milhões de euros pela percentagem dos auxílios ainda não recuperada. A gravidade da infração levou também o Tribunal de Justiça a aplicar, cumulativamente, uma sanção pecuniária fixa de 30 milhões de euros, como medida dissuasora, para prevenir a repetição futura de infrações análogas, ao direito da concorrência na União.

Assim, era necessário fomentar não só nos cidadãos e nas empresas a importância da concorrência leal, mas essencialmente nos próprios Estados, afinal, os Estados Membros são o principal destinatário da ideia subjacente a proibição dos auxílios de Estado, nascendo, também por esta via, uma *cultura concorrencial* na União Europeia.

### **3. O artigo 107.º do Tratado, a crise e a ideia de (des)culpabilização**

O artigo 107.º, n.º1 do Tratado consagra a regra geral da proibição de auxílios de Estado, indiciando que, à partida, todos os auxílios são proibidos porque incompatíveis com o mercado interno. No entanto, logo nos apercebermos que existem várias exceções a essa regra. Assim, o n.º2 do artigo 107.º, enuncia, taxativamente um conjunto de circunstâncias em que os auxílios são considerados compatíveis com o mercado interno e, por fim, termina no n.º3 com aquilo a que CAMELO GOMES classificou de lista cinzenta<sup>50</sup>, em contraposição com a lista branca (n.º2) e a lista negra (n.º1) do artigo, onde cabem os casos em que mediante determinadas circunstâncias pode haver compatibilidade com o mercado interno e, conseqüentemente, ser possível a concessão de um auxílio.<sup>51</sup>

Sem prejuízo da análise que merecem os elementos do artigo 107.º, n.º1 do Tratado, só fará sentido interpretar toda a *Modernização* dos auxílios de Estado e a sua *Super-Modernização* face a um contexto de crise, seja financeira ou o *Brexit*, na verdade, numa “crise omnipresente”<sup>52</sup>, interpretando esses momentos como pontos marcantes da

---

<sup>50</sup> Cfr. Pedro Madeira Froufe e José Caramelo Gomes, Mercado interno e Concorrência, in *Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, coords. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, pp. 490.

<sup>51</sup> A título exemplificativo, são-nos familiares os planos de reestruturação dos bancos em Portugal. Em determinados casos, a Comissão concluiu que os respetivos planos estavam de acordo com as regras vigentes sobre auxílios de estado e que permitiam assegurar a viabilidade a longo prazo destas instituições sem recurso a fundos públicos adicionais. Cfr. informação em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-738\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-738_pt.htm), consultado a 17-10-17;

<sup>52</sup> Cfr

História da União, mas, principalmente, como momentos de reflexão sobre o rumo da União Europeia.

Desta forma, o conceito de crise não será consensual, trata-se de um conceito que invoca várias dimensões, e mesmo quando delimitamos o objeto definido, por exemplo, ao circunscrevermos a crise como económica e financeira, a definição rapidamente foge do campo circunscrito e, facilmente, deriva para campos sociais e campos políticos. Os primeiros porque, normalmente, são campos coartados em tempos de crise, e os segundos porque se têm que readaptar ao descontentamento popular.<sup>53</sup>

A crise passará pela verificação de três elementos genéricos, conforme enuncia JOAQUIM FREITAS DA ROCHA:

- (i) “ser um estado (não um acontecimento esporádico ou episódico)
- (ii) de debilidade de estruturas (não de equilíbrio ou de robustecimento) e
- (iii) de risco do status quo (não de previsibilidade ou de antevisão certa). Ou se, melhor quisermos fazer um esboço do conceito de crise económica julgamos que, o conceito de “desequilíbrios” previsto no Regulamento n.º 1176/2011 de 16 de Novembro de 2011 será reconduzível ao conceito de crise económica pois qualifica os desequilíbrios como “qualquer tendência que provoque uma evolução macroeconómica que afete de forma adversa ou tenha potencial para afetar de forma adversa o bom funcionamento da economia de um Estado-Membro, da União Económica e Monetária ou da União no seu todo.”<sup>54</sup>

Portanto, partimos, neste ponto, por humildade reflexiva, da afirmação: a União Europeia atravessou/atravessa um “período de crise” e este paradigma – seja a crise económica, a crise migratória e recentemente os Brexit - têm trazido novas questões a ser resolvidas pelo projeto europeu.

A crise económica, em especial, pode ser vista, para os auxílios de Estado, como um ponto de viragem e de afirmação, porque proliferaram as medidas nacionais exigindo uma maior atenção da União Europeia. Ora se de facto, o projeto europeu se revelou com alguma

---

. Joaquim Rocha, *Finanças*, Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União, coords. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, 2016, pp.843.

<sup>53</sup> Alessandra Silveira e Sophie Perez Fernandes, *Justiça em tempo de crise: o papel dos tribunais europeus enquanto garantes da democracia*, Unio: EU Law Journal, n.º 0, 2016;

<sup>54</sup> , cfr. Joaquim Rocha Freitas, *Finanças*, *Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, coords. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, pp. 844 -849.

estranheza entre os nacionais dos Estados Membros, por se conceber uma nova noção de regulação supranacional, diferente do modelo clássico estadual, é usual depararmo-nos com a convicção generalizada de que este sistema político prejudica a democracia e a representação de interesses de todos os Estados Membros, pois, generalizou-se a ideia de perda de soberania dos Estados.<sup>55</sup>

Durante épocas de crise, esta resistência torna-se mais evidente, ou pior do que isso, há uma culpabilização direta da(s) crise(s) no projeto europeu, traduzindo-se, cada vez mais na profunda impopularidade da União Europeia.

Na verdade, como afirmou a própria Comissão, em tempos de crise, pode haver uma tentação de relaxar regras de concorrência para acomodar problemas de curto prazo que as empresas enfrentam. A história mostra que esse relaxamento realmente prolonga e agrava o impacto da crise e evita uma recuperação saudável,<sup>56</sup> mas também é certo que os momentos de crise são importantes momentos de reafirmação e de reviravolta<sup>57</sup> – terá sido o que sucedeu com matéria de auxílios de Estado na União Europeia?

---

<sup>55</sup> Cfr. Miguel Poiães Maduro, *A Constituição Plural, Consitucionalismo e União Europeia*, Principia, 1ª edição, 2006; Neste ponto, não poderíamos deixar de considerar e sublinhar, entre outras críticas possíveis, apontadas por, entre outros Autores, a falta de um aposto na premissa que serve a esta linha argumentativa “resistente”, na verdade: Os Estados, porque assim o quiseram, delegam os poderes na União Europeia, sendo que como as competências atribuídas à União Europeia dependem da sua vontade ou concordância, pelo que, em última análise, a soberania sempre lhes pertencerá.

<sup>56</sup> Tradução livre da declaração da Comissão Europeia: “(...) in times of crisis, there may be a temptation to relax competition rules to accommodate short term problems that businesses face. History shows that such relaxation actually prolongs and worsens the impact of the crisis and prevents healthy recovery(...)” disponível no site <http://ec.europa.eu/competition/recovery/index.html>, consultado pela última vez a 27-09-2017;

<sup>57</sup> Cfr., neste sentido, Alessandra Silveira e Sophie Perez Fernandes, *Justiça em tempo de crise: o papel dos tribunais europeus enquanto garantes da democracia*, Unio: EU Law Journal, n.º 0, 2016;



## 2.º Capítulo

### Elementos do artigo 107.º e 108.º do Tratado e o direito derivado da União

O artigo 107.º, n.º1 do Tratado, com uma vasta densidade jurídica não tardou a fazer surgir instrumentos de direito derivado que melhor o codificaram<sup>58</sup>, e não só, abunda jurisprudência sobre os auxílios de Estado. Aqui chegados, resta-nos olhar a norma e refletir sobre os elementos do artigo 107.º do Tratado que se enuncia com a proibição geral:

“(…) São incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais ente 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 certas produções.”

#### 1. O artigo 108.º e as regras de execução no Regulamento (EU) 2015/1589 de 13 de julho de 2015

##### 1.1. Questões de procedimento

A Comissão europeia é, em regra, notificada da prestação de novos auxílios por parte dos Estados Membros, conforme prevê o artigo 108, n.º3, e o artigo 4.º, n.º3 do Regulamento (EU) 2015/1589 que vêm a consagrar o princípio, mas que também prevê determinadas exceções.<sup>59</sup>

Na verdade, “(…) em conformidade com o artigo 109.º do Tratado, o Conselho pode fixar as categorias de auxílios isentas dessa obrigação de notificação. Em conformidade com o artigo 108.º, n.º 4, do Tratado, a Comissão pode adotar

---

<sup>58</sup> As fontes primárias ou o direito primário da União Europeia incluem os tratados constitutivos da União Europeia. Por sua vez, as fontes derivadas são constituídas por novos elementos de direito, as Diretivas e Regulamentos da União Europeia.

<sup>59</sup> Regulamento (EU) 1407/2013 da Comissão de 18 de dezembro de 2013, considerando 1.

regulamentos relativos a essas categorias de auxílios estatais. Por força do Regulamento (CE) n.º 994/98, o Conselho decidiu, “em conformidade (...), que os auxílios de *minimis* poderiam constituir uma dessas categorias.”<sup>60</sup>

Uma vez recebida a comunicação e, portanto, retiradas aquelas exceções, a Comissão poderá decidir (a título preliminar e, portanto, não é uma verdadeira decisão, na verdadeira acepção do termo<sup>61</sup>) em três sentidos:

- a) que a medida *não constitui um auxílio*;
- b) que é um auxílio compatível com o artigo 107.º, n.º 1 e decide *não levantar objeções*, ou
- c) procede à chamada *decisão de dar início ao processo formal de investigação*. Nesta última hipótese, considera que o auxílio *suscita dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno*.<sup>62</sup>

Ao que aqui nos importa, quando a Comissão decide que a medida suscita dúvidas quanto à compatibilidade com o mercado interno, nesse momento, inicia-se o procedimento formal para recolha de informações junto dos Estados Membros e as partes interessadas podem apresentar as suas Observações.

De salientar que se decidir *dar início ao processo formal de investigação*, pode essa dúvida que motivou a Comissão alterar-se até a decisão final - essa “uma verdadeira decisão/resolução do problema no sentido positivo ou negativo” - nos termos do artigo 11.º, 1.ª parte do Regulamento.<sup>63</sup>

Iniciado o procedimento formal de investigação, “(...) [q]uando a Comissão considerar que as informações fornecidas pelo Estado Membro em causa (...) são

---

<sup>60</sup> Regulamento (EU) 1407/2013 da Comissão de 18 de dezembro de 2013, considerando 2;

<sup>61</sup> "Decisão" no sentido de resolução tomada após discussão ou exame prévio. Cfr. Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, disponível em <https://www.priberam.pt/dlpo/decis%C3%A3o> , consultado em 07-04-2017.

<sup>62</sup> Artigo 4.º, Regulamento (EU) 2015/1589.

<sup>63</sup> Ora, são estas duas situações distintas que advêm apartar: diferente é termos uma resposta preliminar negativa e uma resposta definitiva positiva, daqueles casos em que a decisão definitiva é negativa e contudo, posteriormente, a Comissão vem levantar todo um novo processo de investigação, que culmina numa alteração daquela decisão definitiva, afirmando a existência de “um novo auxílio”, definido pelo Regulamento como sendo um auxílio alterado de um auxílio existente, incompatível com o mercado interno, na verdade, tal situação está igualmente prevista no artigo 11.º do Regulamento (EU) 2015/1589 e é compreendida à luz constante mudança social e económica inerente à vida dos Estados Membros que deve ser gerida atendendo a critérios de proporcionalidade e confiança.

incompletas solicitará as informações adicionais necessárias”<sup>64</sup>, da mesma forma, “ (...) a Comissão pode, por sua própria iniciativa, examinar informações de qualquer fonte sobre um auxílio alegadamente ilegal.”<sup>65</sup>

Ainda, o Regulamento prevê a possibilidade da Comissão pedir informações ao operador económico auxiliado, sem prejuízo, de vir a existir uma responsabilidade, nos termos do direito nacional, em relação a pessoas mandatadas para fornecer dados e “(...) que prestem informações incompletas, incorretas ou enganosas.”<sup>66</sup>

Acresce que, tal não exime de responsabilidade da entidade económica vir a ter que pagar multas e adstrições, nos termos do artigo 8.º, que podem, por exemplo, ascender “(...) até 1% do respetivo total do volume de negócios realizados durante o exercício precedente<sup>67</sup>, as adstrições podem significar (...) 5 % do volume de negócios diário médio da empresa ou da associação em causa realizado durante o exercício precedente, por cada dia útil de atraso, a contar da data fixada na decisão, até às empresas ou associações em causa prestarem as informações completas e corretas solicitadas ou requeridas pela Comissão.”<sup>68</sup>

Na determinação do montante da multa ou adstrição, deve atender-se à natureza, à gravidade e à duração da infração, tendo em conta os princípios da proporcionalidade e da adequação, em especial para as pequenas e médias empresas, sem prejuízo, da possibilidade de o agente impugnar a decisão da Comissão junto do Tribunal de Justiça, nos termos do recurso de anulação, previsto no artigo 263.º do Tratado.

Entretanto, sem prejuízo da *injunção para prestação de informações*, de acordo com o artigo 13.º do Regulamento tem o Estado Membro a “possibilidade de apresentar as suas observações”, sendo este o momento mais aproximado do exercício de um direito de audiência neste esquema de execução do artigo 107.º do Tratado.

De seguida, a Comissão pode ainda decidir pela injunção de suspensão do auxílio ou pela injunção de recuperação do auxílio, diligenciando pela sua recuperação junto do Estado membro, até à decisão final, desde que se observem os seguintes requisitos:

---

<sup>64</sup> Artigo 5.º, n.º 1, Regulamento 2015/1589.

<sup>65</sup> Artigo 12.º, Regulamento 2015/1589.

<sup>66</sup> Artigo 7.º n.º 9, in fine, Regulamento 2015/1589.

<sup>67</sup> Artigo 8.º, n.º 1, Regulamento 2015/1589.

<sup>68</sup> Artigo 8.º, n.º 2, 2.º paragrafo, Regulamento 2015/1589.

“(...) a) de acordo com uma prática estabelecida, não haver dúvidas sobre o carácter de auxílio da medida em causa;  
b) haver urgência na ação;  
c) haver sério risco de prejuízos substanciais e irreparáveis a um concorrente.”

Em rigor, cabe à Comissão avaliar o preenchimento dos requisitos.

Por fim, o procedimento formal de investigação encerra com a decisão final da Comissão, com um dos 3 resultados: após as alterações no auxílio, conforme as recomendações da Comissão, decidirá que “não é auxílio”, profere, então, decisão positiva (a medida estadual é compatível com o mercado interno) ou profere decisão negativa (a medida estadual é incompatível com o mercado interno), decidindo no caso deste último, que não pode ser executado pelo Estado Membro, travando o procedimento de concessão de auxílio.

Em caso de decisão negativa, a Comissão decide que o Estado Membro em causa deve tomar todas as medidas necessárias para recuperar o auxílio perante beneficiário do auxílio<sup>69</sup>, incluindo juros e segundo as formalidades e a tramitação processual (nacional) do Estado Membro em causa, sempre cumprindo a condição de uma execução imediata e efetiva da decisão de recuperação.<sup>70</sup>

Ora, se é certo que toda a ordem jurídica, e para que assim se possa chamar, não se ergue apenas da letra da lei, nenhum jurista negará que a ordem jurídica é mais complexa do que o *mero* ato de legislar. A forma ideal de se ver a lei concretizada no comportamento da sociedade é plantar nessa mesma sociedade a convicção da ideia de justiça e/ou segurança que fomentará o espírito e a longevidade da lei.<sup>71</sup>

Mas, como referimos, este é o plano ideal de um sistema jurídico pelo que, na realidade, a lei necessita de ter, ao mesmo tempo, força coerciva.

A lei da concorrência, trespassada por tantos e diversos interesses não seria exceção, assim nasceria o próprio termo *competition law enforcement*<sup>72</sup> aplicado à problemática da

---

<sup>69</sup>Artigo 15.º, Regulamento 2015/1589.

<sup>70</sup>Artigo 16.º, Regulamento 2015/1589, é um grande marco do princípio da efetividade das regras da concorrência no novo Regulamento.

<sup>71</sup> Neste sentido, cfr. João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Reimpressão, Almedina, 2014.

<sup>72</sup> Cfr. Harrington, Joseph E., *Antitrust enforcement, The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2.ª Edição, 2008.



efetividade da concorrência na União Europeia. A tradicional *jurisdiction* (competência soberana dos Estados) sofreu, no que toca à matéria de auxílios na União Europeia, algumas inovações. A *jurisdiction* assume 3 dimensões, a chamada *jurisdiction to prescribe*, isto é, a competência para adotar atos legislativos aplicáveis às pessoas e coisas, a *jurisdiction to adjudicate*, autoridade para sujeitar a processos judiciais nos seus tribunais e a *jurisdiction to enforce*, como a autoridade de execução do Estado consubstanciada na utilização dos meios de coerção material para fazer cumprir as suas imposições.<sup>73</sup>

A realidade de 28 Estados Membros exigia um exercício extra da designada *jurisdiction to enforce*, já que a enxertia de um novo e complexo sistema jurídico assente na concorrência leal, não conseguiu erguer-se somente pela fomentação de ideais “positivas” sobre a concorrência e a sua consagração através da *lei*, mas passaria também por uma modernização do próprio mecanismo de *law enforcement*, principalmente, *em tempos de crise*, já que os Estados tardaram a enraizar no seu espírito a verdadeira importância de não concederem auxílios às suas empresas.<sup>74</sup> Assim, urgia a necessidade de munir as regras da concorrência de alguma praticabilidade e exequibilidade, para que se pudessem efetivar.

Sem prejuízo de toda as normas voltadas para a exequibilidade da regra dos auxílios, naquele Regulamento, destacando-se a ampliação dos poderes de investigação da Comissão, por exemplo, o atual artigo 7.º que possibilita que a Comissão peça informações a outras fontes, nomeadamente a outros agrupamentos de empresas ou a outros Estados Membros, passando a deter um conjunto amplos de instrumentos de que se pode socorrer “na busca da verdade”, entre as quais, o controlo *in loco* e a panóplia de formas de agir legitimadas pela figura das *injunções*. Também, surgiram outras figuras, que merecem a nossa reflexão, seja porque são inovadoras na forma de se concretizar o direito, sendo porque algumas dúvidas trazem para o futuro da “efetividade” do direito. Vejamos.

---

<sup>73</sup> Texto policopiado, não publicado, transcrito com a autorização do Autor, António Sousa Frada, *Apontamentos do Professor António Sousa Frada*, para a disciplina de Relações privadas internacionais no curso de licenciatura em Direito da Universidade Católica Portuguesa, ano letivo 2014/2015.

<sup>74</sup> Manuel Lopes Porto e João Nogueira de Almeida, *Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 174-177.

A figura do *amicus curia*, foi também introduzida em matéria de auxílios de Estado, nomeadamente no artigo 29.º, n.º3 do Regulamento, que permite que a Comissão “(...) apresentar observações escritas aos tribunais dos Estados Membros chamados a aplicar estas disposições relativas aos auxílios estatais.”<sup>75</sup>

Por sua vez e merece também a nossa breve referência, num momento anterior ao procedimento, o artigo 12.º, n.º1, 2.ª parte prevê que as chamadas “denúncias” de partes interessadas no processo, que se regem da seguinte forma: “(...) qualquer parte interessada pode apresentar uma denúncia para informar a Comissão sobre qualquer alegado auxílio ilegal ou qualquer utilização abusiva de um auxílio. Para o efeito, a parte interessada deve preencher devidamente um formulário previamente estabelecido numa medida de execução e deve prestar as informações obrigatórias nele solicitadas (...).”<sup>76</sup>

Tal denuncia tem apenas o seguinte destino em caso de improcedência: “(...) a Comissão considerar que a parte interessada não cumpre com os requisitos obrigatórios do formulário ou que os elementos de facto e de direito apresentados pela parte interessada não fornecem fundamentos suficientes para demonstrar, com base numa primeira análise *prima face*, a existência de um auxílio ilegal ou de uma utilização abusiva de um auxílio, informa a parte interessada desse facto, convidando-a a apresentar as suas observações num prazo que, em princípio, não deverá ser superior a um mês. Acrescendo que, se a parte interessada não apresentar as suas observações no prazo fixado, deve considerar-se que a denúncia foi retirada.”<sup>77</sup>

Sem prejuízo de todas essas novidades em termos de aplicação da lei serem à luz do esquema de direito uma importante inovação, não podemos ignorar os perigos que acarretam. Vejamos, se o Regulamento prevísse responsabilização de qualquer forma de um “denunciante”, claramente, desincentivaria a “denúncia”. Contudo, não podemos esquecer que o mercado interno é pautado por uma forte concorrência entre empresas, e este mecanismo pode ser usado facilmente de forma a eliminar concorrência entre rivais. Resta-nos, contudo, afirmar que é inegável a importância da participação de terceiros no controlo da concorrência, bem como, a fomentação e

---

<sup>75</sup>Artigo 29.º, n.º3, Regulamento 2015/1589.

<sup>76</sup> Artigo 12.º, n.º1, 2.ª parte, Regulamento 2015/1589.

<sup>77</sup>Artigo 7.º, n.º5, Regulamento 2015/1589.

visibilidade daquilo que é a *res publica*<sup>78</sup>, a Comissão arranhou assim forma de não ter que depender da notificação dos Estados sobre os auxílios que prestavam, uma vez que essa regra era grande parte das vezes sonegada pelos Estados.<sup>79</sup>

Embora, atualmente, na concessão de auxílios já não exista propriamente esse problema, as demais das vezes, tentam os Estados Membros, fugir à aplicação da proibição desviando-se do preenchimento dos elementos constitutivos da regra do 107.º do Tratado, o que, ironicamente, é sintomático do próprio aprofundamento da integração.

## 1.2. O papel da Comissão na concorrência: como *ser um*, sendo *vários*?

O papel desempenhado pela Comissão em matéria da concorrência faz pleno jus ao seu destino de “vela[r] pela aplicação dos Tratados.”<sup>80</sup>

Por outro lado, o alcance dessa atuação tem sido questionado pela mais diversa doutrina, sobretudo pela sua interação com a regra contida no artigo 13.º do Tratado da União Europeia<sup>81</sup>, que impõe a limitação dos poderes das instituições ao previsto nos tratados constitutivos. Neste sentido, os Estados Membros têm questionado a “violação da soberania nacional” por parte de algumas decisões da Comissão, nomeadamente em matéria de auxílios de Estado, sobre algumas medidas de isenções ou benefícios fiscais atribuídos através de medidas fiscais internas. Este debate relança, em primeira linha, o debate sobre a *essência* da norma dos auxílios de Estado, mormente, sobre o limite ténue entre a defesa da concorrência e a intromissão *não legitimada* da Comissão no “comado” dos destinos públicos de cada Estado.

Já a doutrina, entre os quais escrevia BUENEDIA SIERRA que melhorar a eficiência das políticas de despesa nacional pode ser uma consequência colateral

---

<sup>78</sup>Manuel Lopes Porto e João Nogueira de Almeida, *Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 178;

<sup>79</sup>Cfr. Michael Blauburger, *From Negative to Positive Integration? European State Aid Control Through Soft and Hard Law*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln, Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne, 2008, pp. 10, disponível em [http://www.mpifg.de/pu/mpifg\\_dp/dp08-4.pdf](http://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp08-4.pdf), consultado a 18-10-2017.

<sup>80</sup> Artigo 17.º, Tratado da União Europeia.

<sup>81</sup> Doravante, TUE.

muito boa da regra da proibição dos auxílios, mas não há, certamente, uma delegação da União Europeia nesse controlo.<sup>82</sup>

No caso *Apple/Irlanda* de 2016, a Irlanda veio assumir exatamente esta posição.<sup>83</sup> *In casu*, a Comissão terá decidido “(...) que a Irlanda concedeu à Apple vantagens fiscais indevidas que podem atingir 13 mil milhões de EUR. Tal é ilegal ao abrigo das regras da UE em matéria de auxílios estatais, pois permitiu à Apple pagar substancialmente menos impostos do que outras empresas (...)”<sup>84</sup>, por sua vez, a Irlanda apresentou recurso ao Tribunal de Justiça, invocando a violação da sua soberania nacional: o argumento apresentado sustentava que as atuações da Comissão não fazem parte das suas funções como um corpo executivo e que esta deve prestar um serviço *quasi-civil*.<sup>85</sup>

Independentemente do que virá a ser decidido naquele caso, a verdade é que face às regras contidas Regulamento 2015/1589 e tendo em conta a importância preponderante que as Comunicações adquiriram em termos de codificação dos comportamentos estaduais, a verdade é que muito bem podemos afirmar que a Comissão surge como o *Homem Vitruviano*<sup>86</sup> das regras da concorrência.

Na prática, como afirma PEDRO FROUFE, a Comissão:

“(...) cria condições (posiciona-se) para um outro plano – essencialmente político, atuando como *policymaking* – reforça a sua influência. (...) apresenta-se como principal entidade (também)

---

<sup>82</sup>Tradução livre do texto original: “(...) improving the efficiency of national spending policies way could be a very good collateral consequence but it is a certainly not a core junction of EU state aid control”, cfr. J.L. Buendía Sierra e Susana Cabrera, *State Aid Control and the new Competition Law*, A. Creus (ed.), La Ley de Defensa de la Competencia, Asociación Española de Defensa de la Competencia, Madrid, 2008, p. 279-288.

<sup>83</sup>A Comissão tenta reescrever a legislação irlandesa relacionada como imposto sobre as sociedades”, declarou o Ministério irlandês, informação disponível em <http://www.irishtimes.com/opinion/apple-tax-has-european-commission-gone-too-far-1.2776188> .

<sup>84</sup>Cfr. Comunicado de imprensa da Comissão Europeia, Bruxelas, 30 de agosto de 2016, disponível em [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2923\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_pt.htm) , consultado a 27-09-17.

<sup>85</sup>Tradução livre do texto: “ (...) that this should not be the function of the commission, which, as an executive body, is supposed to act as a quasi-civil service within the delicate balance of power between the three main EU institutions”, disponível em <http://www.irishtimes.com/opinion/apple-tax-has-european-commission-gone-too-far-1.2776188> .

<sup>86</sup> O Homem Vitruviano de Leonardo da Vinci é um desenho famoso que acompanhava as notas feitas pelo artista, em 1490, num dos seus diários. Descreve uma figura masculina central, nua, separada e simultaneamente em duas posições sobrepostas com os braços inscritos num círculo e num quadrado. Cfr. [https://pt.wikipedia.org/wiki/Homem\\_Vitruviano\\_\(desenho\\_de\\_Leonardo\\_da\\_Vinci\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Homem_Vitruviano_(desenho_de_Leonardo_da_Vinci)) , consultado a 31/10/17.

política da definição do *antitrust* na União Europeia, caracterizando-se (e sustentando esse seu reforçado poder a esse nível) como uma material (que não formal) entidade supranacional reguladora, com uma legitimidade técnica especializada e politicamente independente (dos Estados Membros).”<sup>87</sup>

Na prática da concorrência, a Comissão detém poderes com varias características, poderes de supervisão, de investigação, inspeção, sancionatórios,<sup>88</sup> consultivos (aqui através da figura do *amicus curia*) e até um poder *aproximadamente* legislativo, já que em tempos de crise foram muitas as Comunicações emanadas no sentido de clarificar o limite dos auxílios de Estado, mas que, e porque o caos trazido pela crise assim o determinou, tiveram mais significado do que o sentido normal do instrumento auxiliar que representam as Comunicações.

### **1.2.1 Poderes de supervisão, de investigação, inspeção, sancionatórios e consultivos**

O poder de investigação da Comissão sai amplamente reforçado já que pode efetuar visitas de *controlo in loco*, conforme o artigo 27.º do Regulamento 2015/1589, com a imposição processual prévia de “informar o Estado-Membro em causa em tempo útil e por escrito da visita de controlo *ao local da empresa* e da identidade dos funcionários e peritos mandatados.”

*Destarte*, o artigo 27.º permite que perante “dúvidas sérias” sobre o cumprimento das decisões a instituição, possa a Comissão por iniciativa própria:

- “(…) a) ter acesso às instalações e terrenos da empresa em causa;
- b) pedir *in loco* explicações orais;
- c) examinar a escrita e outra documentação e tirar ou pedir cópias.”

---

<sup>87</sup> Pedro M. Froufe, *A reforma do direito comunitário da concorrência: o sentido descentralizador e/ou recentralizador do regulamento (CE) n.º 1/2003*, Tese de Doutoramento, Universidade do Minho, Setembro de 2009.

<sup>88</sup> Manuel Sebastião, *Novo Regime jurídico da Concorrência*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 20-21.

A existência de “dúvidas sérias” parece ser, também, um requisito que ficará ao critério da Comissão, tal como previsto no regulamento anterior.<sup>89</sup>

Ainda, de referir a abertura de poderes conferidos à Comissão através da figura das injunções, nomeadamente, as injunções de recuperação previstas no artigo 13.º do Regulamento 2015/1589. Atentemos que, depois de ser dada ao Estado-Membro a possibilidade de apresentar as suas observações – e trata-se de uma possibilidade, não há uma obrigatoriedade de audiência dos Estados Membros ou empresas o que conduz a que estas observações se convertam numa garantia sem grande significado em termos de direitos processuais de defesa propriamente ditos<sup>90</sup>- a Comissão pode tomar uma decisão em que ordene a recuperação, ainda que provisória, de qualquer auxílio, até à decisão final sobre a compatibilidade com o mercado interno.

Tal significa que, em rigor, a injunção da recuperação de auxílio pode operar *ad inicio*, isto é, sem decisão de um órgão judicial imparcial e alheio a todo o processo. Tal possibilidade, depende, em todo caso, do preenchimento cumulativo de requisitos seguintes:

- i) de acordo com uma prática estabelecida, não haver dúvidas sobre o carácter de auxílio da medida em causa;
- ii) haver urgência na ação;
- iii) haver sério risco de prejuízos substanciais e irreparáveis a um concorrente, que são preenchidos pelo próprio órgão que a decreta.”

A figura de natureza cautelar assim alocada ao regime de execução de auxílios parece fazer todo o sentido já que a morosidade da pronúncia do Tribunal pode prejudicar a recuperação do auxílio. Aliás, neste sentido o ponto 25 do preâmbulo do Regulamento 2015/1589 reafirma a necessidade de que o auxílio “(...) seja recuperado o mais rapidamente possível”, sendo afinal este um dos objetivos primordiais de um Regulamento 2015/1589, dotado de aprendizagens inerentes a um período de crise. Contudo, o preenchimento de tais requisitos é feito pela Comissão, que também decidirá a aplicação da injunção de recuperação, havendo uma concentração na mesma mão dos poderes, numa primeira fase de investigação e numa segunda, de execução, sem a intervenção de outros órgãos.

---

<sup>89</sup> Artigo 27.º, Regulamento 2015/1589.

<sup>90</sup> Não tem o significado que teria, por exemplo a consagração de uma regra da obrigatoriedade da audiência.

Notemos que, em primeiro lugar, que o princípio da separação dos poderes, seja tripartido, quadripartido ou mesmo um O.P.N.I. como a União Europeia e ainda que possamos compreender que os tratados constitutivos que, como afirma ALESSANDRA SILVEIRA

“(…) preveem um quadro institucional que obedece ao princípio do equilíbrio dos poderes e não propriamente ao princípio da separação dos poderes, porque a arquitetura do sistema europeu baseia-se no controlo e cooperação recíproca das instituições e não propriamente uma distinção inequívoca entre a função normativa legislativa e a função executiva(…)”<sup>91</sup>

É inegável a importância dessa regra “tradicional” em matérias de específicas de procedimento e execução das regras da concorrência: o órgão que julga deve ser diferente do órgão que legisla, bem como, não pode ser o mesmo órgão que administra.

Porém, no Regulamento 2015/1589, a Comissão desempenha uma função de investigador e, simultaneamente, ainda que de forma provisória, de julgador. Não só concentra em si poderes de investigação – com um alcance tendencialmente ilimitado, inclusive – como decide provisoriamente a incompatibilidade do auxílio e o suspende e/ou recupera.

É certo que, os Tratados estabelecem um sistema de vias de recurso sofisticado, destinado a fiscalizar os atos das instituições europeias,<sup>92</sup> incluindo as decisões da Comissão, mas neste caso, o problema parece anteceder a essa possibilidade: a Comissão dispõe de três tipos de poderes, que quando concentrados na mesma entidade constituem necessariamente uma desproteção do sujeito alvo do processo, já que esta gestão de poderes concentrada na Comissão poderá levar a um procedimento assente no pré-juízo incriminatório.

Todas as decisões da Comissão são sujeitas a escrutínio do Tribunal de Justiça da União Europeia. Contudo, neste sentido, ERIKA SZYSZCZAK reflete sobre o próprio desafio para a defesa de uma entidade privada, que foi alegadamente beneficiário de um auxílio de Estado ilegal, de acordo com a decisão da Comissão, que tem que passar pelos rígidos requisitos que um particular enfrenta para ter acesso direto ao Tribunal de Justiça.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Cfr. Alessandra Silveira, *Princípios de Direito da União Europeia, Doutrina e Jurisprudência*, 2.<sup>a</sup> edição atualizada e ampliada, Editora QuidIuris, 2011, pp 39-69.

<sup>92</sup> Acórdão TJ de 23 de Abril de 1986, *Os Verdes*, Processo 294/83, ECLI:EU:C:1986:166.

<sup>93</sup> Cfr. Erika Szyszczak, *Article 263(4) TFEU: Third Party Challenges to State Aid Decisions*, publicado a 05-10-2016, acessível no site <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaid/post/7230> , consultado a 17-10-17.

Para além disso, para um Estado-Membro recorrer de uma decisão da Comissão tem essa decisão que ser definitiva, contudo, antes da decisão ser definitiva podem já estar a produzir-se efeitos concretos como a recuperação do auxílio. Assim, o Estado, no momento em que espera uma decisão definitiva pode ter que recuperar o auxílio estatal, com todos os prejuízos que tal recuperação *temporária* pode causar na vida da empresa e, conseqüentemente, por exemplo, na vida dos trabalhadores da empresa.

### 1.2.2 Instrumentos de *soft law* – a proliferação da figura das Comunicações

Fruto dessa aquisição de competências multiface denota-se a proliferação dos chamados atos gerais não vinculativos, previstos no artigo 249.º do Tratado, criando-se uma fonte de instrumentos de *soft law*, entre as quais as Comunicações da Comissão sobre os auxílios de Estado – que concentram maior força vinculativa do que *meros* instrumentos auxiliares de interpretação – já que nela se baseia o Tribunal de Justiça para decidir em casos concretos.

No caso dos auxílios de Estado, por exemplo, reafirmou o Tribunal de Justiça, no Acórdão Banco Popular Português de 2015<sup>94</sup>, a ideia de que “a Comissão circunscreveu o exercício do seu próprio poder de apreciação, quando adotou a Comunicação bancária” ou seja, o Tribunal de justiça estabelece um *standard* comportamental da Comissão através das comunicações que a própria Comissão emana, estabelecendo o grau de comparabilidade entre esse *standard* e a consideração da Comissão para o preenchimento dos requisitos de auxílio de Estado no momento de decisão final.

Apesar de naquele Acórdão, o Tribunal reiterar que “(...) a Comissão não se pode desviar das regras enunciadas nessa comunicação, sob pena de lhe poder ser aplicada uma sanção, eventualmente, por violação dos princípios gerais do direito(...)”<sup>95</sup>, a verdade é que este exercício é bastante simples para a Comissão: em rigor, o que sucede é que a Comissão livremente avalia a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno desde que não ultrapasse o *limite* que pré-estabeleceu.

---

<sup>94</sup> Acórdão Tribunal de Primeira Instancia, *Banco Privado Português, SA e a Massa Insolvente do Banco Privado Português, SA*, Processo T-487/11, EU:T:2014:1077.

<sup>95</sup> Acórdão Tribunal de Primeira Instancia, *Banco Privado Português, SA e a Massa Insolvente do Banco Privado Português, SA*, Processo T-487/11, EU:T:2014:1077.



Não podemos, contudo, censurar, a posição do Tribunal de justiça. Afinal a adoção de uma noção de auxílios de Estado nunca foi pacífica entre os Estados. Por um lado, se a apreciação casuística das medidas que podiam ou não configurar um auxílio na aceção do artigo 107.º, n.º1 tornava evidente alguma pressão exercida pelos Estados Membros mais poderosos,<sup>96</sup> o certo é que, por duas vezes, a Comissão tentou regular e concretizar a definição de auxílio, através de propostas em 1966 e 1972.<sup>97</sup>

Na origem dessa recusa por parte dos Estados, provavelmente, o medo da própria clarificação representar o fim do *livre* arbítrio na concessão de auxílios. Contudo, tal apatia por parte dos Estados Membros teria o resultado inverso: foi precisamente com base nessa recusa que a Comissão ganhou força política e legitimou e a sua liberdade para definir a matéria dos auxílios de Estado.

Como refere MANUEL PORTO e JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, é nítido que

(...) na medida em que a Comissão define positivamente o conteúdo material de auxílio, diminui, ao mesmo passo, a autonomia dos Estados Membros na escolha de objetivos e instrumentos das políticas seletivas nacionais.”<sup>98</sup>

Em tempos de crise, esta opção de não diálogo com a Comissão no sentido de encontrar uma definição da matéria de auxílios, de forma clara e evidente, tornou-se uma grande vantagem para que a Comissão.

Assim, a par e passo, consoante cada circunstância, a Comissão, pela via da emanção de instrumentos de *soft law*, codificadores dos auxílios de Estado, contribuiu para aquilo que se pode chamar de “pintura real dos auxílios de Estado”.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> Manuel Lopes Porto e João Nogueira de Almeida, *Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 174-177.

<sup>97</sup> Cfr. Michael Blauberger, *From Negative to Positive Integration? European State Aid Control Through Soft and Hard Law*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln, Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne Abril 2008, pp. 9-11, disponível em [http://www.mpifg.de/pu/mpifg\\_dp/dp08-4.pdf](http://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp08-4.pdf), consultado a 18-10-2017.

<sup>98</sup> Manuel Lopes Porto e João Nogueira de Almeida, *Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 182;

<sup>99</sup> Cfr. Michael Blauberger, *From Negative to Positive Integration? European State Aid Control Through Soft and Hard Law*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln, Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne Abril 2008, disponível em [http://www.mpifg.de/pu/mpifg\\_dp/dp08-4.pdf](http://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp08-4.pdf), consultado a 18-10-2017.

E fê-lo através da figura das *Comunicações*, especialmente das chamadas *Comunicações da Crise*<sup>100</sup>, que não carecem de qualquer autorização dos Estados, mas que assumiram um conteúdo tão específico como, por exemplo, a *Comunicação relativa à execução eficaz das decisões que ordenam a recuperação de um auxílio*<sup>101</sup>, por Comunicações dirigidas a sectores específicos, como a célebre *Comunicação do Sector Bancário*<sup>102</sup>e, talvez a mais ousada de todas - a recente *Comunicação sobre a definição de Auxílios de Estado*.<sup>103</sup>

Igualmente, levantam-se questões jurídicas importantes, mormente quanto à importância da separação do poder legislativo, administrativo e judicial – e cá voltamos. No fundo, através daquelas comunicações a Comissão cria uma espécie de instrumento jurídico, que *não é lei*, mas *tem força de lei*, já que servirá de base para o Tribunal de Justiça se pronunciar. Esta crítica já proferida pelos mais diversos juristas, adotada pela jurisprudência do Acórdão *Deufil*<sup>104</sup> que remonta a 1985, saiu altamente reafirmada nos tempos de crise, nas mais diversas decisões.

No Acórdão *Kotnik*<sup>105</sup> tentava o ADVOGADO GERALNILS WAHL lembrar, a propósito das Comunicações relativas ao sector bancário, do carácter que estas podiam vir assumir “(...) por razões de transparência, e a fim de garantir a igualdade de tratamento e a segurança jurídica, a Comissão poderá publicar atos de *soft law* com o objetivo de anunciar como tenciona exercer, em certas situações, o poder de apreciação (...)”<sup>106</sup>

De facto, naquele processo, a pergunta colocada ao Tribunal de justiça pelo do Tribunal Constitucional da Eslovénia não podia ter sido mais direta: “(...) em substância,

---

<sup>100</sup> Cristina Camacho, Competências paralelas e “non bis in idem” Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 95-112.

<sup>101</sup> Comunicação da Comissão para uma aplicação efetiva das decisões da Comissão que exigem que os Estados Membros procedam à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis (2007/C 272/05), de 15.11.2007.

<sup>102</sup> Comunicação da Comissão sobre a aplicação, a partir de 1 de agosto de 2013, das regras em matéria de auxílios estatais às medidas de apoio aos bancos no contexto da crise financeira («comunicação sobre o setor bancário») (2013/C 216/01), de 30.7.2013.

<sup>103</sup> Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2016/C 262/01) de 19.7.2016.

<sup>104</sup> Acórdão TJ de 24 de fevereiro de 1987, *Deufil*, Processo 310/85, ECLI:EU:C:1987:96.

<sup>105</sup> Acórdão TJ de 18 de fevereiro de 2016, *Kotnik e o.*, Processo C-526/14, ECLI:EU:C:2016:102.

<sup>106</sup> Conclusões do Advogado Geral Geralnils Wahl, Acórdão TJ de 18 de fevereiro de 2016, *Kotnik e o.*, Processo C-526/14, considerando 38, ECLI:EU:C:2016:102.

a comunicação sobre o sector bancário deve ser interpretada no sentido de que tem efeitos vinculativos para os Estados Membros?”<sup>107</sup>

Ao que a resposta do Tribunal de justiça também foi clara e, até certo ponto, não longe do que teria sido outrora:

“(…) a comunicação sobre o sector bancário não é suscetível de criar obrigações autónomas para os Estados Membros, mas limita-se a estabelecer condições para assegurar a compatibilidade com o mercado interno dos auxílios estatais concedidos aos bancos no contexto da crise financeira (…)”<sup>108</sup>, assim a Comissão ao adotar tais regras de conduta e “(…) ao anunciar, através da sua publicação, que as aplicará no futuro aos casos a que essas regras dizem respeito, a Comissão autolimita-se no exercício do referido poder de apreciação e não pode, em princípio, desrespeitar essas regras sob pena de poder ser sancionada, sendo caso disso, por violação de princípios gerais do direito, como a igualdade de tratamento ou a proteção da confiança legítima.”<sup>109</sup>

No entanto, antes de chegar aquelas conclusões o Tribunal de Justiça, acabou por, na prática, não só reafirmar a preponderância das Comunicações, como concretizou aquela autolimitação: “se um Estado-Membro notifica a Comissão de um projeto de auxílio que é conforme com essas regras, esta deve, em princípio, autorizar esse projeto”, ou seja, em rigor, apesar daquelas conclusões sobre o efeito *meramente* instrumental das Comunicações, em princípio, a Comissão define o seu *modus operandi* de apreciação através da sua emanação, ficando vinculada a segui-lo quando se pronuncia sobre um auxílio de Estado.

É verdade que a Comunicação não cria efeitos obrigacionais diretos aos Estados Membros, mas ao criar uma circunscrição de apreciação da Comissão, por inerência, está-se a circunscrever de igual modo, o âmbito de aplicação dos auxílios de Estado, e a criar *guide lines* ou linhas de *determinabilidade prévia* para os Estados Membros.

Por sua vez, havia outra especificidade neste caso que viria a ser bastante ilustrativa deste paradigma: *in casu*, as Comunicações haviam sido recentemente adotadas e transpostas como “Lei do sector bancário” e traziam modificações no que toca à prática da repartição dos encargos pelos acionistas e credores subordinados face à dívida bancária.

---

<sup>107</sup>Acórdão TJ de 18 de fevereiro de 2016, *Kotnik e o.*, Processo C-526/14, ponto n.º 35, ECLI:EU:C:2016:102.

<sup>108</sup> Acórdão TJ de 18 de fevereiro de 2016, *Kotnik e o.*, Processo C-526/14, ponto n.º 59, ECLI:EU:C:2016:102.

<sup>109</sup>Acórdão TJ de 18 de fevereiro de 2016, *Kotnik e o.*, Processo C-526/14, ponto n.º 40, ECLI:EU:C:2016:102.

Portanto, quando o Tribunal Constitucional questionou se, a nível interno, não seria necessário um período de adaptação àquelas novas regras impostas pela Comissão, o Tribunal de Justiça, embora que de forma camuflada, elevou importância do esquema de *soft law* na jurisprudência europeia.

Afirmou o Tribunal de Justiça que o interesse público de “ (...) assegurar a estabilidade do sistema financeiro e evitar simultaneamente despesas públicas excessivas e minimizando distorções de concorrência, constitui um interesse público superior e pode sobrepor-se à determinação medidas de auxílio transitórias. ”<sup>110</sup>

Em rigor, apesar da competência “limitada” dos instrumentos de *soft law*, a sua consideração para a aplicabilidade para a determinação da legalidade dos comportamentos estaduais parece ter um valor reforçado, já que, no fundo, elas representaram até certo ponto, ansiada *estabilidade*, no caso, no sector bancário. Assim, esta decisão não deixa de ser ilustrativa do paradigma do diálogo que se tem estabelecido em tempos de crise e em termos práticos no Tribunal, que tem reafirmado o carácter meramente “instrumental” das comunicações, portanto, não vinculativo, ao mesmo tempo que, as considera como parâmetro de comparabilidade já que elas representam o *interesse público* de estabilidade no território europeu, que pode até levar ao afastamento da necessidade de disposições transitórias.

Sem prejuízo da necessidade deste mecanismo, moderno, auxiliar a concretização da regra da proibição de auxílios em tempos adversos, não temos certezas de que tivesse sido essa a vontade de legislador europeu, quando consagrou a figura das Comunicações.

Apesar da *Modernização* levada a cabo pela Comissão pela via dos Regulamentos e pela via dos instrumentos de *soft law*, a verdade é que, o artigo 107.º, recheado de conceitos indeterminados tem vindo a adquirir novos tons através da pintura que o Tribunal de Justiça da União Europeia vai fazendo caso a caso. Mas se como diz o poeta, *dentro da vida vamos escolher o erro certo e a incerteza errada*<sup>111</sup>, o Tribunal de justiça no momento de decisão, não deixa de viver, também, entre essa comum escolha.

Em rigor, o Tribunal de Justiça é o único órgão da União que consegue proceder ao controlo judicial dos critérios da Comissão para efeitos das comunicações e das decisões sobre a incompatibilidade dos auxílios. Se quanto ao primeiro caso, esse mecanismo de controlo judicial foi feito através de um mecanismo aproximado de *venire contra factum*

---

<sup>110</sup>Acórdão TJ de 18 de fevereiro de 2016, *Kotnik e o.*, Processo C-526/14, ponto n.º 69, ECLI:EU:C:2016:102.

<sup>111</sup>Gastão Cruz, *A vida da Poesia*, Assírio & Alvim, janeiro de 2009.

*proprium*<sup>112</sup>, não isento de críticas, o segundo, isto é, a aceitação *substantiva e material* dos critérios a considerar-se para a definição de auxílio não tem sido menos controversa jurisprudencialmente.

## **2. Breves conclusões sobre o alcance da efetividade das regras da concorrência**

A chamada teoria do efeito útil das regras da concorrência<sup>113</sup> tem vindo a ganhar terreno não só através das Comunicações da Comissão e através dos mecanismos do Regulamento (EU) 2015/1589 de 13 de Julho de 2015, como vimos, mas também têm já reflexos nas decisões do Tribunal de Justiça, demonstrando a urgente necessidade de tornar a regra do auxílio de Estado *praticável*, tais mecanismos tornam cada vez mais evidente esta vontade e ansiedade de *ver* a “law in action” na União Europeia, evitando, em tempos de crise, o relaxamento das regras da concorrência.

O efeito útil das regras passou a evidenciar-se em várias frentes: passou a operar *ad início*, através da aplicação de regras de procedimento próprias da investigação, mas inclusivamente, começa a transportar-se por outras vias, através da figura das Comunicações.

Não podemos deixar de sublinhar que, a proteção da livre concorrência deverá ser um fim e não um meio, pelo que o efeito útil das regras da concorrência não se podem desacompanhar da proporcionalidade e adequação, já que o que parece ser mais leal para com a concorrência, poderá não ser o mais justo no plano dos princípios jurídicos. E é também aqui que se escrevem respostas novas aos desafios da concorrência.<sup>114</sup> A proibição dos auxílios de Estado constitui uma regra sofisticada de controlo das práticas anti concorrenciais do mercado, própria de um sistema económico modernizado contudo, apesar de todas aquelas figuras novas alocadas à necessidade da efetividade das normas da concorrência, a verdade é que de tudo isto resulta um erro “velho” e “clássico” da União Europeia, em geral, na em matéria da concorrência: a excessiva centralização dos poderes na Comissão, que detém, assim, um “um poder de apreciação totalmente

---

<sup>112</sup> João Zenha Martins, *Auxílios de Estado, Auxílios de Estado-Escritos*, Nova Causa Edições jurídicas, 2017, pp. 37.

<sup>113</sup> Acórdão TJ de 20 de setembro de 2001, *Courage*, ponto n.º 26-27, Processo C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465.

<sup>114</sup> cfr. Caramelo Gomes e Pedro Madeira Froufe, *Mercado interno e Concorrência*, Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União, coords. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, pp. 501-504.

soberano”, na voz de ANTÓNIO CALADO LOPES<sup>115</sup> ou, pelo menos, como indica MANUEL LOPES PORTO este esquema permitiu à Comissão “(...)evoluir de um controlo meramente negativo para um controlo tendencial ou parcialmente positivo”<sup>116</sup> – quer através de instrumentos de *soft law*, quer pelos poderes conferidos à Comissão pelo Regulamento - um pouco na senda do que foram, outrora os processos institucionais que obedecia a regras de centralização de poder, nas ordens jurídicas nacionais.

Caberá ao Tribunal de justiça limitar, pelo menos substantivamente, o alcance desses poderes?

### **3. A regra geral da proibição do auxílio de Estado incompatível com o mercado interno**

O conceito de “auxílio de Estado”, ao longo de todos os acontecimentos que a União Europeia viveu e vive e, principalmente, da crise económica e do seu rastilho incontornável, tem vindo a reescrever-se. Desta reescrita resulta um novo conceito fundamental, que se baseia nas interpretações por parte do Tribunal de justiça dos comportamentos de cada Estado Membro, que se traduziu num verdadeiro movimento em massa de prestação de auxílios de Estado.<sup>117</sup>

Assim, a interpretação jurisprudencial, compõe, naturalmente, a *Modernização* da matéria dos auxílios de Estado, permitindo-nos concluir que tal *maleabilidade* jus-conceptual exercida, na prática estadual, pela aplicação do artigo 107.º, n.º1 só é possível e existe porque nos vemos embalados no espírito europeu estabelecido: é o plano da integração da União Europeia a funcionar e a envolver-nos de tal modo que,

---

<sup>115</sup> António Calado Lopes, *Governança Económica da União Europeia e o Tratado Constitucional Proposto*, Tribuna, fev. 2006, pp.56

<sup>116</sup> Manuel Lopes Porto e João Nogueira de Almeida, *Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 175.

<sup>117</sup>Cfr., Erika Szyszczak, *Article 263(4) TFEU: Third Party Challenges to State Aid Decisions*, disponível em <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaid/post/7230>, consultado a 10-10-2017. Neste sentido, segundo a Autora a matéria de auxílios de Estado é um campo onde o terceiro, lesado, tem conseguido, de facto, “entrar no Tribunal de justiça”, preenchendo os requisitos restritos do artigo 263.º, n.º4 Tratado;

por vezes, nos esquecemos dele.<sup>118</sup> Ironicamente, este movimento poderá ser interpretado como fruto do próprio aprofundamento da integração em que nos vemos: os Estados passaram a utilizar os elementos e conceitos jurídicos da regra geral vertida no artigo 107.º, n.º1 para contrariar a aplicação da proibição da prestação de auxílios ou, simplesmente, têm admitido que a medida em causa se trata de um auxílio de Estado, mas compatível com o mercado interno quer porque não preenche os elementos da proibição geral, quer porque desenharam o auxílio como uma medida isenta por categoria ou porque são auxílios de *minimis*<sup>119</sup> ainda, embora mais raramente, pela via da aplicação do artigo 107.º, n.º3 do Tratado, tentaram justificar as mais variadas medidas.<sup>120</sup>

No que concerne ao preenchimento dos requisitos essenciais do artigo 107.º, n.º1, reafirmou o Tribunal de Justiça no Acórdão *Navantia SA*<sup>121</sup> que devem constatar, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- “ (...) 1) uma intervenção do Estado, através dos recursos do Estado;
- 2) uma atuação do Estado vem permitir uma vantagem seletiva ao operador económico, direta ou indireta;
- 3) tal intervenção tem que ser suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados Membros;
- 4) por fim, tal comportamento deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência.”<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup>Debate entre o Eurodeputado Manuel Fernandes e Professor Pedro Madureira Froufe que tivemos oportunidade de assistir, sobre a importância de relembrar os avanços trazidos pela União Europeia através da reflexão, na atualidade, da consequência da sua inexistência;

<sup>119</sup> Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão de 18 de dezembro de 2013 relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios de minimis.

<sup>120</sup>Por sua vez, o Relatório anual da Concorrência de 2016 da Comissão também consegue ser bastante ilustrativo deste facto comportamental, já que indica, precisamente, que 95% dos Estados membros tentaram subjugar a sua conduta a uma medida isenta por categoria, quando na verdade apenas 40% desses auxílios, efetivamente, preenchiam os requisitos legais para tal. Informação disponível em <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/8920> consultado a 20/06/2017;

<sup>121</sup> Acórdão TJ de 9 de outubro de 2014, *Navantia SA*, Processo C-522/13, ECLI:EU:C:2014:2262;

<sup>122</sup> Acórdão TJ de 9 de outubro de 2014, *Navantia SA*, ponto n.º 20, Processo C-522/13, ECLI:EU:C:2014:2262;

### 3.1. O auxiliado: empresa e atividade económica

Embora o Tratado não defina o conceito de empresa para efeitos das regras da concorrência, por exemplo, a nível nacional a noção expressa da Lei nº19/2012<sup>123</sup>, que a prova o novo regime jurídico da concorrência, é um bom reflexo da realidade jurisprudencial europeia, dispondo o seguinte:

“Considera-se empresa, (...), qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento”.

O Tribunal de Justiça, intérprete máximo dos Tratados, tem equacionado um amplo espectro do conceito, tornando certas decisões um tanto perplexas para juristas desavisados da particularidade do conceito de empresa no contexto das regras da concorrência.

Por exemplo, no Acórdão *Hofner e Elser*<sup>124</sup>, o Tribunal pronunciou-se no sentido de que a atividade de colocação de pessoas no mercado de trabalho levada a cabo por uma associação pública era uma atividade económica e, como tal, essa associação pública era uma empresa para efeitos de aplicação das regras da concorrência. Mais recentemente, o conceito de empresa sofreu uma evolução inesperada, com o Acórdão *VM Remonts*<sup>125</sup>, onde uma sociedades prestadora de serviços jurídicos, considerados terceiros para efeito do mercado relevante, pelo facto de terem promovido as ententes, ainda que não fossem diretamente as empresas participantes na prática concertada, foram consideradas empresas na aceção do artigo 101.º do Tratado.

Por sua vez, relativamente à matéria dos auxílios de Estado, no Acórdão *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania/Ayuntamiento de Getafe*<sup>126</sup>, o

---

<sup>123</sup> Aprova o novo regime jurídico da concorrência em Portugal, revogando as Leis n.os 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro;

<sup>124</sup> Acórdão do TJ de 23 de abril de 1991, *Hofner e Elser*, Processo C-41/90, Colect., n.º 21, p. I-1979,

<sup>125</sup> Acórdão do TJ de 21 de julho de 2016, *VM Remonts*, Processo C-542/14 e o Processo C-194/14, ECLI:EU:C:2016:578.

<sup>126</sup> Acórdão TJ de 27 de junho de 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania/Ayuntamiento de Getafe*, Processo C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496.



Tribunal de justiça teve a importante tarefa de decidir se as atividades realizadas pelos estabelecimentos religiosos espanhóis revestiam natureza económica, sublinhando que:

“(…)apesar de não ter fins lucrativos base nada impede a entidade que realiza essas operações no mercado de ser considerado uma empresa, uma vez que existe oferta em concorrência com a de outros operadores que procuram o lucro (…)”<sup>127</sup>

Em primeiro lugar, o Tribunal de justiça terá observado que a Congregación estava envolvida em três tipos de atividades distintas: atividades religiosas, atividades educação subsidiadas pelo Estado espanhol, atividades de educação não obrigatória não subsidiadas pelo Estado espanhol, bem como, oferecia serviços de restauração e transporte para seus alunos. O Tribunal concluiu que:

“(…) as atividades educativas da Congregação (…) que forem subsidiadas pelo Estado espanhol, não podem ser classificados como atividades económicas, em contrapartida, (…) as atividades educativas que não são financiadas pelo Estado espanhol, correspondentes a ensino inicial, atividades extracurriculares e educação pós-obrigatória, cumprem todos os critérios [...] para classificação como "atividades económicas””.<sup>128</sup>

A chamada de atenção para esta pronúncia, quanto a nós, não deixa de ter outros significados, já que, em termos práticos, vemos o Tribunal de justiça a determinar o fim de uma isenção fiscal para uma Igreja, quando o valor dessa isenção não visa compensar a atividade que esta entidade desempenha pela prossecução de um fim público, de acordo com o emblemático Acórdão *Altmark*<sup>129</sup>, que fixou os critérios para a classificação de compensação do Estado para serviços de interesse económico geral.<sup>130</sup> Por conseguinte, importa reter que a não intromissão do Estado

---

<sup>127</sup> Acórdão TJ de 27 de junho de 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania/Ayuntamiento de Getafe*, ponto n.º 46, Processo C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496.

<sup>128</sup> Acórdão TJ de 27 de junho de 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania/Ayuntamiento de Getafe*, ponto n.º 57- 58, Processo C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496.

<sup>129</sup> Acórdão TJ 24 de Julho de 2003 *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg Contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Processo C-280/00, Coletânea da jurisprudência 2003 I-07747;

<sup>130</sup> O Acórdão consagrou os requisitos que devem estar preenchidos para a verificação de que uma compensação por parte do Estado prestado a uma empresa pelo cumprimento de obrigações de serviço público não pode ser considerada um auxílio de Estado.

no mercado não se pode confundir com a sua demissão das suas funções essenciais, as chamadas prerrogativas de autoridade pública que sempre caberá ao Estado garantir, através dos seus recursos próprios.

Sobretudo em Estados mais católicos, este género de medidas que auxiliam entidades religiosas, ainda não se dissiparam por completo<sup>131</sup>, pelo que as questões económicas, nesta decisão personificadas, não deixam de provar que as regras concorrência também visam a concretização de outros fins, como neste caso em concreto, constituem verdadeiras apologias à diversidade cultural e religiosa.

Os exemplos de atividades com o objetivo público, vão sendo consagradas pelo Tribunal de justiça, entre as quais, como vimos, os serviços de educação obrigatória prestado por uma Igreja, e outras: “as forças armadas ou de polícia, a segurança e controlo de navegação aérea, tráfego marítimo, vigilância antipoluição, organização, financiamentos de execução de prisão, desenvolvimento e revitalização de terrenos públicos pelas autoridades públicas, recolha de dados a utilizar para fins públicos.”<sup>132</sup> Nestes casos, não há uma separação da atividade económica e o exercício dos poderes públicos, como tal, o investimento económico do Estado não cabe no âmbito do artigo 107.º do Tratado, da mesma forma que não cabem estas autoridades no conceito de empresa.

### **3.2. Auxílio independente de forma – a vantagem**

A perceção da existência de uma vantagem concedida ao operador económico poderá depender, da maior ou menor *originalidade* das atuações dos Estados Membros.<sup>133</sup> Assim, talvez por questões de prudência, deixou o legislador da União Europeia a indicação seguinte:

---

<sup>131</sup> Por exemplo, nos termos da lei do orçamento de Estado português, Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, o artigo 78-F.º prevê o seguinte “(...)O valor do incentivo, calculado nos termos do presente artigo, pode ser atribuído: a) À mesma igreja ou comunidade religiosa radicada em Portugal, à mesma pessoa coletiva de utilidade pública de fins de beneficência, de assistência ou humanitários ou à mesma instituição particular de solidariedade social constante da lista oficial de instituições, escolhida pelo sujeito passivo para receber a consignação de quota do IRS prevista na Lei da Liberdade Religiosa, aprovada pela Lei n.º 16/2001, de 22 de junho”.

<sup>132</sup> Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2016/C 262/01) de 19.7.2016, ponto 2.2., pp. 5.

<sup>133</sup> João Zenha Martins, *Auxílios de Estado – escritos*, Nova Causa Edições jurídicas, 2017, Pp. 66.

“(…) são incompatíveis com o mercado interno os auxílios concedidos, *independentemente da forma que assumam.*”<sup>134</sup> (itálico nosso)

Por um lado, continuaram a operar através da clássica injeção de capital, corresponde à chamada recapitulação, tipologia principal dos auxílios de Estado prestados ao sector bancário. Na crise, notemos que “(…) até outubro de 2008, quatro Estados Membros (França, Alemanha, Holanda e Reino Unido) disponibilizaram 1,873 biliões para reforçar a banca ou proceder à nacionalização parcial do sector financeiro. No fim-de-semana de 27 e 28 de Setembro, a Bélgica, a Holanda, o Luxemburgo e a França providenciaram um apoio financeiro em massa aos bancos *Dexia*, para evitarem a sua falência.”<sup>135</sup>

Os auxílios de Estado também assumiram a *forma tradicional*<sup>136</sup> de subsídio ou subvenção, traduzindo-se no ato do Estado de prestar um valor pecuniário a determinada empresa. O auxílio de Estado, nestes termos, aparece-nos justificado por um motivo aparentemente jurídico, de expoente social, por vezes. Por exemplo, no *Acórdão Reino da Bélgica contra Comissão*<sup>137</sup> de 21 de Abril de 2016, em que estava em causa o apoio financeiro do estado belga a uma empresa, destinado a fazer testes de encefalia espongiforme bovina<sup>138</sup>, igualmente, considerado um auxílio de Estado incompatível com o mercado interno.

Da mesma forma, verificou-se a proliferação de benefícios fiscais ou até isenções fiscais concedidas a empresas que na verdade se traduzem na concorrência fiscal prejudicial intolerável à luz do mercado interno. Sendo a definição das tributações nivelada internamente pelos Estado Membro, neste plano, nasceu também um novo desafio à harmonização fiscal na União Europeia, que a continuará a desafiar ao longo das próximas décadas.<sup>139</sup> Precisamente, a este propósito, referia o ex-Primeiro-ministro

---

<sup>134</sup> Artigo 107.º, N.º1 Tratado (itálico nosso).

<sup>135</sup> Piet Jan Slot, *The credit crises and the community efforts to deal with it*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 140 – 150.

<sup>136</sup> Falamos em *forma tradicional* porque desde o início da história da matéria de auxílios de Estado, apenas eram considerados os subsídios e subvenções.

<sup>137</sup> Acórdão TJ de 30 de junho de 2016, *Reino da Bélgica contra Comissão*, processo C-270/15 P, ECLI:EU:C:2017:670

<sup>138</sup> Encefalia Espongiforme Bovina, usualmente conhecida como doença das vacas loucas.

<sup>139</sup> Margrethe Vestager, Prefácio ao Relatório Anual sobre a política da Concorrência de 2015, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/2015/fw\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2015/fw_pt.pdf), consultado a 8/10/2017.

britânico, David Cameron, no Fórum Económico Mundial que as empresas “(...) need to wake up and smell the coffee, because the public who buy from them have had enough (...)”<sup>140</sup>, apelando à necessidade de travar situações concretas da aplicação de regimes fiscais que resultavam na ausência de tributação aproveitadas pelas grandes multinacionais, como a multinacional especializada em café, *Starbucks*, que, nos últimos três anos, não pagou qualquer montante de imposto sobre as pessoas coletivas, apesar de ter vendas de £ 1.2 bilhões por ano.

O mesmo aconteceu em relação a vários outros operadores económicos de grandes dimensões, de acordo com outros regimes fiscais, como o caso da *Fiat Finance and Trade* ou da *Apple Sales* na Irlanda<sup>141</sup> que estará, por hora, a desafiar o Tribunal de Justiça a conciliar o conceito de soberania “fiscal” e o alcance da proibição dos auxílios de Estado, na aceção do artigo 107.º, n.º1, fiscalizado pelo procedimento da Comissão, como vimos.

142

Por outro lado, por não existir *uma imagem*, o Tribunal de Justiça no Acórdão *Steenkolenmijnen*<sup>143</sup> começou por elucidar-nos que, o termo vantagem:

“(...) é mais geral que a subvenção porque compreende não só as prestações positivas tais como as próprias subvenções, mas igualmente as intervenções que, sob formas diversas, 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, pelo que, inclui quaisquer comportamentos que sejam suscetíveis de diminuir os encargos do operador económico face aos demais operadores no mercado.”

Com esta decisão, essencialmente, a frase citada que marcaria a jurisprudência dos auxílios de Estado, o Tribunal de Justiça demarcou-se de um conceito formalista de

---

<sup>140</sup> Informação disponível em <https://www.theguardian.com/business/2013/jan/24/david-cameron-tax-avoidance-trade-davos>, consultado a 11-08-2017.

<sup>141</sup> Margrethe Vestager, Prefácio ao Relatório Anual sobre a política da Concorrência de 2015, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/2015/fw\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2015/fw_pt.pdf), consultado a 8/10/2017.

<sup>142</sup> Margrethe Vestager, Prefácio ao Relatório Anual sobre a política da Concorrência de 2015, disponível em [http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/2015/fw\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2015/fw_pt.pdf), consultado a 8/10/2017.

<sup>143</sup> Acórdão TJ de 23 de fevereiro de 1961, *Steenkolenmijnen*, processo 30/59; ECLI:EU:C:1960:6.

vantagem, não se exigindo uma situação clara de *lucro* – no sentido científico-económico, definido como um excedente do preço de venda sobre o preço de custo.<sup>144</sup>

Para além disso, o termo inscrito no Tratado, a “intervenção do estado”, não só se refere a situações positivas, mas também abrange o facto de as autoridades públicas se absterem de tomarem medidas em determinadas circunstâncias, inclui portanto, o *non facere*, a omissão, como declarou o Tribunal de Justiça, no *Acórdão Magefesa*<sup>145</sup>, em que estava em causa a não execução de dívidas à empresa de materiais domésticos *Magefesa*.

A inexistência de um catálogo, pré-estabelecido na letra da lei parece-nos uma dificuldade inultrapassável, neste caos comportamental dos Estados Membros.

As palavras não conseguem definir com rigor e precisão uma realidade dependente de várias vontades – a “vontade” do Estado e do beneficiário na prestação de um auxílio em prestá-lo e recebê-lo em contra força com a “vontade” da União Europeia em preservar a regra.

A proliferação legislativa, na matéria que nos ocupa, vem-nos ensinar que até no Direito, onde a palavra reina, a tipificação pode ser insuficiente, o desenho do que é proibido deverá ser analisado cuidadosamente, no caso concreto, sob pena de o direito se transformar num exercício de *obiter dictum*. Na matéria dos auxílios de Estado a incompatibilidade com o mercado interno concretiza-se na tradução de imagens que só se evidenciam porque se projetam na realidade, isto é, porque causam efeitos discriminatórios entre empresas.

Neste sentido, já em 1974, o célebre *Acórdão Itália/Comissão*<sup>146</sup>, indiciava que o auxílio de Estado nunca poderá ter uma correspondência estática, taxativa, alfabeticamente organizada, em letra de lei. Por outras palavras, a existência de uma vantagem seletiva deteta-se essencialmente pelo seu rastilho<sup>147</sup>, essas medidas implementadas pelo Estado não se individualizam pela sua forma, pelo seu objetivo, mas pela sua consequência<sup>148</sup>: a distorção do mercado interno. Desta forma, a propósito de benefícios fiscais para empresas que empregassem trabalhadoras femininas concedidos pela Itália, naquele *Acórdão*, o Tribunal de justiça terá perentoriamente, distinguido a

---

<sup>144</sup>João Zenhas Martins, *Pressupostos e novas leituras em torno do conceito de seletividade*, Revista de Direito Público - Ano VI, N.º 12 - julho/dezembro de 2014, pp. 77.

<sup>145</sup>Acórdão TJ de 12 de outubro de 2000, *Magefesa*, Processo C-480/98, ponto n.º 19 e 20.

<sup>146</sup>Acórdão TJ de 2 de julho de 1974, *Itália/Comissão*, Processo 173/73, ponto n.º 13, ECLI:EU:C:1994:100.

<sup>147</sup> Acórdão TJ de 14 de julho, *Comissão contra Itália*, Processo 203/82, ECLI:EU:C:1983:218.

<sup>148</sup> Rubini, *The definition of subsidy and state aid WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford, 2006, p. 117;

*finalidade* do *efeito* da medida de auxílio.<sup>149</sup> Naquele caso, a *finalidade* era *positiva* (fomentar a empregabilidade de mulheres) mas o *efeito* era *negativo* (beneficiava fiscalmente empresas que tendencialmente e naturalmente empregam mais mulheres).

Concluimos que, para aferirmos se tal vantagem constitui o auxílio incompatível na aceção do artigo 107.º, n.º1 devemos aferir se em condições normais, isto é, sem a intervenção do Estado, essa vantagem propaga-se ou não na esfera jurídica do operador económico, ou se, pelo contrário, ela é insípida e indiferente na posição mercantil do agente em relação aos demais agentes concorrentes, que estão numa *situação jurídica e factual comparável*.<sup>150</sup> Conforme o já referido *Acórdão Itália/Comissão*:

“(…) a verificação desse requisito exige a comparação entre a situação financeira da empresa na sequência da medida com a situação financeira em que estaria caso a medida não tivesse sido adotada.”<sup>151</sup>

Contudo, este é, somente, o início da viagem.

### **3.3. O *quantum* de vantagem – breve comentário sobre o paradigma do Acórdão Aer Lingus e Ryanair contra Comissão**<sup>152</sup>

N matéria de auxílios de Estado o único consenso que existe é em relação à inexistência de imagens pré-concebidas do que constitui uma *vantagem*.

As novas linhas jurisprudências vieram introduzir uma noção de *formal* de vantagem, o que é o início da grande controvérsia em torno do auxílio de Estado. Claramente, a noção de vantagem pressuporá sempre a ideia de custo ou de um encargo,<sup>153</sup> mas a vantagem não é necessariamente, coincidente com essa matemática de custo/benefício - a questão colocou-se quando estava em causa uma decisão de recuperação do auxílio/vantagem por parte da Comissão.

---

<sup>149</sup> Acórdão TJ de 2 de julho de 1974, *Itália/Comissão*, Processo 173/73, ponto n.º 13, ECLI:EU:C:1994:100.

<sup>150</sup> Neste sentido a mais diversa jurisprudência do Tribunal de Justiça avançou com a expressão “situação jurídica e factualmente comparável.”

<sup>151</sup> Acórdão TJ de 2 de julho de 1974, *Itália/Comissão*, Processo 173/73, ponto n.º 13, ECLI:EU:C:1994:100.

<sup>152</sup> Acórdão TJ de 21 de dezembro de 2016, *Aer Lingus v. Comissão*, processo C-164/15 P e C-165/15 P, ECLI:EU:C:2016:990.

<sup>153</sup> João Zenha Martins, *Auxílios de Estado – escritos*, Nova Causa Edições jurídicas, 2017, Pp.33.

A 5 de Fevereiro de 2015, surgiria o Acórdão *Aer Lingus e Ryanair v. Comissão*, que teria origem na seguinte relação controvertida: a Irlanda cobrava um imposto especial sobre viagens aéreas, designado *Air Traveling Tax*. Este imposto especial de consumo era cobrado nas partidas dos aeroportos irlandeses, por cada passageiro, tendo em conta a distância do aeroporto de Dublin. Em rigor, era cobrada a taxa de 2 euros no caso de um voo de um aeroporto para um destino não superior a 300 km de Dublin e 10 euros nos restantes casos.

Ao abrigo da livre prestação de serviços o resultado discriminatório da medida era evidente, quem viajasse para mais de 300 km de Dublin estaria a ser discriminado em relação a quem se mantivesse a 300 km de Dublin. Assim, por decisão da Comissão, a Irlanda acabaria por nivelar o imposto no valor de 8 euros por passageiro, independentemente do ponto de chegada. Posto esta alteração, a Comissão continuou a investigação, por considerar a violação do artigo 107.º, n.º 1 do Tratado, tendo decidido recuperar o auxílio, no valor de 8 euros por passageiro.

O Tribunal de Justiça, em sede de recurso de anulação da decisão da Comissão, viria a ter que responder à única questão que ficava em cima da mesa “afinal, que quantia a recuperar?”, por outras palavras, em que se tinha convertido a *vantagem*?

O Tribunal de Justiça terá decidido que “se o imposto se destinava a ser transmitido num vantagem para os passageiros “(...) a Comissão não pode presumir que a vantagem efetivamente obtida e retida pelas companhias aéreas ascendeu, em todos os casos, foi de 8 euros por passageiro”<sup>154</sup> Esta pronúncia do Tribunal, enceta o caminho de uma perspetiva *formal* do conceito de vantagem (pelo menos, para efeitos aritméticos de recuperação de auxílio) que vem a coincidir com o *quantum* de benefício económico *real* e *efetivo* para os destinatários da ajuda, o que, conforme varias vozes da doutrina, sempre dependerá das circunstâncias particulares de cada destinatário e da situação do mercado em que cada medida se insere, bem como, é duvidosa compreensão económica subjacente à transferência de uma vantagem para os seus beneficiários para efeitos de apuramento da *vantagem*.<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> Acórdão TJ de 21 de dezembro de 2016, *Aer Lingus e Ryanair contra Comissão*, processo C-164/15 P e C-165/15 P, ponto n.º 97 ECLI:EU:C:2016:990,

<sup>154</sup> Acórdão TJ de 21 de dezembro de 2016, *Aer Lingus e Ryanair contra Comissão*, processo C-164/15 P e C-165/15 P, ponto n.º 87, ECLI:EU:C:2016:990,

<sup>155</sup> Phedon Nicolaidis, *Developments on the Concepts of Advantage and Selectivity*, publicado a 10.01.2017, disponível em <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/7738> , consultado a 18-10-2017.

Para determinar o *quantum* da vantagem, com vista a recuperação, se a Comissão, no futuro, tiver que calcular a vantagem real por cada beneficiário do auxílio antes de poder solicitar a recuperação, terá que fazer vários cálculos e ter em conta vários fatores, já que, por exemplo, cada destinatário usará a vantagem de forma diferente, acresce que, os benefícios reais de um auxílio sempre dependerão da forma como a concorrência reage, o que certamente dependerá de caso para caso.

### **3.4. A Teoria da seletividade na jurisprudência do Tribunal de Justiça**

Como JOÃO ZENHA MARTINS refere, a seletividade apreciar-se-á em dois planos:

- 1) um juízo comparativo, isto é, determinação de empresas em situação factual e jurídica comparável;
- 2) Um juízo valorativo, isto é, determinação de um conjunto de fatores que justifica ou injustifica o tratamento diferenciado, *a seletividade*;<sup>156</sup> (itálico nosso)

Entramos, desta forma, no elemento mais *plástico* da matéria dos auxílios de Estado que, surpreendentemente, não está inscrito no teor literal da norma. Analisaremos a jurisprudência mais emblemática do Tribunal de justiça, que instituíram uma espécie de *teoria* da seletividade, adotando uma serie de mecanismos e princípios que nos alertam para a existência de uma vantagem *seletiva*.

#### **3.4.1. O princípio da proporcionalidade como um velho e fiel amigo do Tribunal de justiça**

Pensar-se que qualquer medida que beneficie um agente económico é, automaticamente, um auxílio de Estado proibido no mercado interno, seria ignorar o verdadeiro alcance dos princípios que regem a União Europeia.

---

<sup>156</sup> João Zenha Martins, *Auxílios de Estado – escritos*, Nova Causa Edições jurídicas, 2017, Pp.84.



Como ilustra JUAN JORGE PIERNAS LÓPEZ, a verificação da aplicação de uma medida não discriminatória não deixa de ser uma análise “coextensível ao princípio da seletividade.”<sup>157</sup>

Apesar da matéria dos auxílios de Estado obedecer à tradicional *law making* negativa, sendo uma proibição genérica<sup>158</sup>, a Comissão e, por fim, o Tribunal de justiça, têm nivelando, na prática, aquilo que pode ser, um “bom auxílio” ou “mau auxílio”, sem o subsumir, necessariamente, às exceções taxativas do Tratado.

Não obstante, a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não têm deixado de lado o seu *velho e fiel amigo* – o princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade encontra-se previsto no artigo 5.º, n.º 4 do TUE e prevê que “o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados.” Na realidade, este artigo esconde a importante amplitude do princípio, já que “(...) menciona uma das dimensões do princípio – a necessidade – quando sabemos que o Tribunal de Justiça também acautela a adequação e a proporcionalidade (em sentido restrito) para testar completamente se uma realidade está a colocar em causa o padrão europeu de proporcionalidade.”<sup>159</sup>

Precisamente, no Acórdão *Paint Graphos*<sup>160</sup>, estava em causa apreciar uma medida que favorecia fiscalmente as sociedades cooperativas. Afirmando que as sociedades cooperativas “se regem por princípios de funcionamento particulares” o Tribunal justificou a derrogação, ou seja, o tratamento jurídico diferenciado, declarando que a medida não justificava a declaração da existência de um auxílio de Estado.

Neste sentido, o próprio direito da União Europeia poderá, ao intérprete-aplicador oferecer pistas, afinal, deve a ordem jurídica ser vista *no seu todo*: a definição de sociedades cooperativas, pese embora naquele caso não se tratasse de uma Sociedade Cooperativa Europeia, indicia o Regulamento (CE) N.º 1435/2003 do Conselho de 22 de Julho de 2003 relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE) que as “ (...) cooperativas são, antes de mais, agrupamentos de pessoas ou entidades jurídicas que

---

<sup>157</sup> Juan Jorge Piernas López, *European State Aid Law Quarterly*, European State Aid Law, Volume 15 (2016), Issue 1, pp. 115 – 120;

<sup>158</sup> Acórdão TJ de 22 de março de 1977, *Steinike e Weinlig v. República federal Alemão*, processo C-78/76.

<sup>159</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade, cfr. Joana Rita Covelo Abreu, *O Mercado Único Digital e o seu desígnio político constitucional: o impacto da Agenda Eletrónica Europeia nas soluções de interoperabilidade*, UNIO - EU Law Journal. Vol. 3, N.º 1, janeiro 2017, Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Escola de Direito – Universidade do Minho, pp. 147.

<sup>160</sup> Acórdão TJ de 8 de setembro de 2011, *PaintGraphos*, Processos apensos C-78/08 e C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550.

obedecem a princípios de funcionamento específicos, diferentes dos outros operadores económicos. Esses princípios incluem o princípio da estrutura e controlo democráticos e a distribuição do lucro líquido do exercício numa base equitativa.”

Em concreto, o Tribunal de justiça, tem avaliado se a seletividade, em cada caso, se coaduna com o princípio geral da proporcionalidade, avaliando se a medida excepcional “(...) não excede os limites do que é necessário, no sentido de que o objetivo legítimo prosseguido não pode ser atingido por medidas de menor alcance.”<sup>161</sup> Concluímos que, conceito de “auxílio de Estado” não visa, *per se*, eliminar as medidas estatais que introduzem uma diferenciação entre empresas “(...) quando essa diferenciação resulta da natureza ou da sistemática do regime em que se inscrevem.”<sup>162</sup>

Assim, a perceção a *zona de proporcionalidade* começa a desenhar-se. Por exemplo, em princípio, uma redução da Taxa social única não é discriminatória se se aplicar a todas as empresas, contudo, se ela se circunscrever a uma atividade específica a verificação da proporcionalidade poder-se-á ver afetada. Se essa consideração específica for dirigida, por exemplo, a uma PME, o teste resultará positivo, porquanto o significado da medida justifica-se pelo papel determinante na criação e estabilidade de emprego por parte de empresas com aquelas características, algo normativamente também reconhecido pela União.<sup>163</sup>

Porém, entrámos num campo arenoso, este juízo de adequação não tem sempre o mesmo alcance nas decisões do Tribunal de Justiça. Por exemplo, nem em todos os casos o Tribunal de justiça chamou a si a competência para a apreciação da proporcionalidade de uma medida nacional para efeitos de auxílios de Estado, o que impossibilita a determinação de padrões decisórios e, por conseguinte, delimitadores e potenciadores de uma maior previsibilidade do que será um auxílio de Estado proporcional aos olhos do juiz da União Europeia.<sup>164</sup>

Certamente, não é suficiente alegar que uma medida seletiva se justifica pela natureza do sistema, é necessário apoiar tal reivindicação em argumentos concretos,

---

<sup>161</sup>Acórdão TJ de 8 de setembro de 2011, *PaintGraphos*, ponto n.º 47-55, Processos apensos C-78/08 e C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550.

<sup>162</sup>Acórdão TJ de 8 de setembro de 2011, *Paint Graphos*, ponto n.º 41, Processos apensos C-78/08 e C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550.

<sup>163</sup> João Zenha Martins, *Auxílios de Estado – escritos*, Nova Causa Edições jurídicas, 2017, Pp. 66.

<sup>164</sup> A Autora trata de vários casos em que o Tribunal de justiça 1) “assumiu a responsabilidade pelo controlo da proporcionalidade de medidas locais” e 2) “relega para instâncias nacionais a avaliação”.

embora, já se possa assistir a uma tendência jurisprudencial voltada para uma maior benevolência, que vão sendo determinadas em *razão da matéria*, como bem se compreende. É o grande exemplo da afirmação de que a “(...) não aplicação de determinadas disposições de Direito de trabalho que não constitui, *per se*, uma transferência de recursos estatais”<sup>165</sup>, bem como, a crescente defesa ambiental ínsita nas decisões do Tribunal de Justiça em várias matérias, que se transpôs para a matéria dos auxílios de Estado, que cada vez mais possibilitam a prestação de determinados auxílios para proteção do meio ambiente, os comumente designados pela doutrina como os *auxílios verdes*.<sup>166</sup>

### 3.4.2. Os axiomas da teoria da seletividade nos Acórdãos

#### Gilbralter e no Acórdão *World Duty Free Group, SA*

*Da praxis* do Tribunal de justiça, resulta que num primeiro momento, perante uma medida nacional, se observe o chamado “sistema de referência.”<sup>167</sup>

O sistema de referência reconduz-se a um conjunto de regras aplicável em geral e abstrato, a todas as empresas previstas na hipótese legal de uma medida nacional. Após a consideração desse sistema de referência, devemos procurar uma derrogação a esse sistema.<sup>168</sup>

No entanto, este exercício é a *ponta do iceberg*, porque a possibilidade da existência de um sistema de referência e de uma regra derogatória é o simples reflexo do alcance da liberdade dos Estados Membros em definirem os seus objetivos políticos, económicos e sociais através das suas medidas nacionais. Contudo, se dessa liberdade resultar uma vantagem esta só é seletiva se for utilizada como uma válvula de escape para um financiamento público discriminatório, nos termos do artigo 107.º, n.º1 do Tratado,

---

<sup>165</sup> João Zenha Martins, *Auxílios de Estado – escritos*, Nova Causa Edições jurídicas, 2017, Pp. 33

<sup>166</sup> Cfr. Ana Rita Gomes de Andrade, *As energias renováveis: a luz verde aos auxílios de Estado*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 236-248.

<sup>167</sup> Neste sentido a mais diversa jurisprudência, cfr., por exemplo, a explicação do Advogado Geral Cosmas, Acórdão TJ de 6 de setembro de 2006, *República Portuguesa contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo C-88/03, ponto n.º 56, ECLI:EU:C:2006:511.

<sup>168</sup> Comunicação da Comissão para uma aplicação efetiva das decisões da Comissão que exigem que os Estados Membros procedam à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis (2007/C 272/05), de 15.11.2007;

assumindo-se uma apreciação casuística, na concretização do brocardo *tempus regit actum*.<sup>169</sup>

Assim, o Tribunal de justiça necessitou de moldar vários axiomas para delimitar a *plasticidade* do conceito de seletividade – que a norma 107.º n.º1 não previu - entre os quais, a celebre dicotomia seletividade *et iure* e seletividade *de facto*.

Na verdade, esta questão surgiria a propósito de matéria fiscal, onde, como sabemos, é a usual a concessão de vantagens fiscais, atribuídas a partir de certas características específicas do tributado.

Vejamos, o *Acórdão Gibraltar*.<sup>170</sup> A reforma fiscal de *Gibraltar* previa três impostos aplicáveis a todas e qualquer uma das sociedades em Gibraltar, sem nenhuma exceção: uma taxa de registo de sociedade, um imposto sobre o número de trabalhadores e um imposto sobre a superfície territorial ocupada (denominada, *business property occupation tax*), sendo que a taxa do imposto correspondente aos dois últimos impostos não podia ser superior a 15% dos lucros das empresas em causa.

Até esta decisão, um longo caminho foi percorrido, na verdade, dentro do próprio Tribunal de Justiça da União Europeia, foram feitas duas diferentes interpretações. Em primeira instância, o Tribunal Geral, a 18 de dezembro de 2008, com base nos recursos de anulação apresentados pelo Governo de Gibraltar e pelo Reino Unido anulou a decisão da Comissão Europeia. O Tribunal Geral sustentou a sua decisão ao afirmar que “(...) a Comissão para demonstrar a natureza seletiva do regime fiscal em causa, tinha de evidenciar que pelo menos parte dos seus elementos constituíam um regime excecional face ao regime fiscal dito comum, não podendo ser consideradas como seletivas medidas fiscais gerais.”<sup>171</sup> A Comissão Europeia inconformada com a decisão, estaria na origem do axioma jurídico: uma medida de caracter geral pode ser seletiva, se for demonstrado que é seletiva *de facto*. O Tribunal de Justiça, em sede de recurso, viria mesmo a pronunciar no sentido de que “(...) o Tribunal Geral incorreu num erro de direito ao

---

<sup>169</sup>Cfr. Magnus Schmauch, *EU Law on the state aid to Airlines: Law, economics and policy*, Lexxion Publisher, Berlim, pp. 116.

<sup>170</sup> Acórdão TJ de 15 de novembro de 2011, Comissão v. Gibraltar/Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, processos apensos C-106/09 P e C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732 .

<sup>171</sup> Acórdão TJ de 18 de dezembro de 2008, Gibraltar/Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte v. Comissão, Processos T-211/04 e T-215/04, ECLI:EU:T:2008:595 .

considerar que o projeto de reforma do sistema fiscal de Gibraltar não confere vantagens seletivas às empresas offshore por esse ser um regime geral.”<sup>172</sup>

O Tribunal de Justiça considerou que o facto de as sociedades *offshore* não terem sido tributadas não foi uma consequência aleatória e da aplicação do regime geral, mas uma consequência inevitável pelo facto da medida fiscal ter sido especificamente concebida de modo a que as sociedades *offshore*, pelas suas características *de facto*, não fossem tributadas, concluído que a reforma fiscal de Gibraltar constituía um auxílio de Estado porque, as medidas não são seletivas *et iure*, mas seletivas *de facto*.

Na base dessa seletividade *de facto*, entendeu o Tribunal que estaria patente uma vantagem seletiva, porque as sociedades *offshore*, pelo facto de não terem trabalhadores nem ocuparem instalações para fins comerciais, são excluídas, desde logo, de qualquer tributação devido à inexistência de outros valores tributáveis.

Em particular, o Tribunal de Justiça recordou que, contrariamente ao entendimento seguido pelo Tribunal Geral, a qualificação de um sistema fiscal como seletivo não está dependente do facto de o conjunto das empresas estarem sujeitas à mesma carga fiscal e de algumas delas beneficiarem de regras derogatórias, de modo que a vantagem seletiva possa ser identificada como sendo a diferença entre a carga fiscal normal e as empresas sujeitas a um regime especial. Com efeito, essa interpretação do critério de seletividade pressuporia que um regime fiscal, para poder ser qualificado como seletivo, tivesse sido concebido segundo uma determinada técnica jurídica regulamentar, o que teria como consequência permitir que normas fiscais nacionais deixassem de estar sujeitas, desde logo, ao controlo em matéria de auxílios de Estado por simplesmente adotarem, legislativamente, a forma positivada de regras gerais, apesar de provocarmos mesmos efeitos disruptivos no mercado.

Com esta decisão, o Tribunal na defesa de uma interpretação ampla do conceito de seletividade, afirmando que uma medida aparentemente geral é seletiva se excluir *a priori* certas empresas, ou seja, empresas *offshore*, centrando-se nos efeitos *ex post*, em vez de avaliação *ex ante*, para que qualquer empresa aproveite a derrogação.<sup>173</sup> Se no Acórdão *Paint Graphos*<sup>174</sup> as características específicas do Tributado – *sociedades*

---

<sup>172</sup>Acórdão TJ de 15 de novembro de 2011, Comissão v. Gibraltar/Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, ponto 102- 105, processos apensos C-106/09 P e C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732.

<sup>173</sup> João Zenha Martins, *Auxílios de Estado – escritos*, Nova Causa Edições jurídicas, 2017, Pp.51-71.

<sup>174</sup> Acórdão TJ de 8 de setembro de 2011, *Paint Graphos*, ponto n.º 41, Processos apensos C-78/08 e C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550.

*corporativas* – permitiam e justificavam o auxílio de Estado, aqui a leitura é precisamente a oposta – as características das sociedades *offshore* permitem retirar da medida um auxílio não justificado à luz do direito da União.

De notar que embora a definição de seletividade material tenha sido a preponderantemente apreciada no Tribunal de Justiça, continua a existir, em casos como o de Gibraltar<sup>175</sup> a ponderação da seletividade *regional*.<sup>176</sup> No plano da seletividade regional, o Tribunal determinou que apesar de as empresas em Gibraltar estarem, em geral, sujeitas a uma taxa de tributação inferior à das empresas estabelecidas no Reino Unido, o único quadro que a Comissão poderia ter assumido na determinação da seletividade deveria ser o território de Gibraltar e não, todo o território do Reino Unido.<sup>177</sup> Desta forma, foi através do manuseamento da seletividade material que se intercetou o auxílio de Estado incompatível com o mercado interno.

Regressando à densificação da seletividade material, por sua vez, a 17 de Dezembro de 2016, surgia o Acórdão *Comissão Europeia contra World Duty Free Group SA, anteriormente Autogrill España SA, Banco Santander SA, Santusa Holding SL*<sup>178</sup>, também a propósito da seletividade *et iure*, o Tribunal de Justiça acrescentaria que a seletividade *et iure*, não pode ser presumida quando estamos perante um regime excecional. *In casu*, determinava o legislador espanhol que “(...) em caso de aquisição de participações numa “empresa estrangeira” por uma empresa tributável em Espanha, sempre que essa aquisição de participações for de, pelo menos 5% por pelo menos 1 ano, a mais-valia daí resultante, registada na contabilidade da empresa espanhola como ativo incorpóreo distinto, pode ser deduzida, sob a forma de amortização da matéria coletável da qual a empresa espanhola seja devedora.”

Num primeiro momento, o Tribunal Geral anulou a decisão da Comissão, pelo facto da medida controvertida não identificar uma categoria de empresas unicamente

---

<sup>175</sup> Acórdão do TJ de 6 de setembro de 2006, *República Portuguesa contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511.

<sup>176</sup> Sobre as diferenças entre seletividade material e seletividade regional cfr. Jakub Kociubinski, *Selectivity criterion in state aid control*, disponível em <http://wrlae.prawo.uni.wroc.pl/index.php/wrlae/article/view/25/29> pp. 5-6, consultado a 23-10-2017.

<sup>177</sup> Acórdão do TJ de 6 de setembro de 2006, *República Portuguesa contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511.

<sup>178</sup> Acórdão do TJ de 21 de dezembro de 2016, *Comissão Europeia contra World Duty Free Group SA, anteriormente Autogrill España SA, Banco Santander SA, Santusa Holding SL*, Processo C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981.

favorecidas pelo seu *goodwill* financeiro.<sup>179</sup> A *World Duty Free Group SA*, anteriormente *Autogrill España SA*, *Banco Santander SA*, *Santusa Holding SL* invocaram a inexistência de seletividade e tão-só de uma vantagem, já que a natureza da medida permitia as consequências daí decorrentes, poder-se-ia aplicar a todas as empresas.

O Tribunal de Justiça conclui, em sede de recurso, que constituía um erro de direito a Comissão basear-se a seletividade das medida no facto de estas derogarem o regime geral espanhol sobre o IRS, afirmando que “(...) não se pode deduzir que a medida não é seletiva porque se aplica a todas as empresas, uma vez que, na aplicação dessa tese, a quase totalidade das regras fiscais seriam seletivas.”<sup>180</sup>

O Tribunal de Justiça indica que uma condição de aplicação de um auxílio pode fundar a sua seletividade, se revelar uma discriminação relativamente a empresas que dela são excluídas, já que a demonstração do “(...) carácter seletivo da medida resultava na desigualdade de tratamento entre as empresas residentes que esta medida implicava, com efeito, através da sua aplicação, apenas as empresas residentes que adquiriram a participação de, pelo menos, 5% em sociedades estrangeiras residentes que efetuam essa aquisição de participação em empresas tributáveis em Espanha não podiam obter esse benefício.”<sup>181</sup>

Por conseguinte, o Tribunal de Justiça considerou que também o Tribunal Geral cometeu um erro de direito, uma vez que, sem ter verificado se a Comissão tinha demonstrado o carácter discriminatório da medida em causa, concluiu pela inexistência de seletividade da medida pelo facto de a Comissão não ter identificado uma categoria particular de empresas que fosse a única e exclusiva favorecida por aquela medida fiscal.

---

<sup>179</sup> O conceito de *financial goodwill*, debatido no Acórdão é um conceito puramente económico que, embora o termo venha sendo utilizado desde o século XVI, é ainda controverso. O *goodwill* é um ativo intangível que surge, na maioria das vezes, decorrente da aquisição de uma empresa por outra. Assim o *goodwill* é normalmente a diferença entre o que uma empresa paga para adquirir outra e o valor patrimonial dessa mesma empresa (Capital Próprio). O *goodwill*, ainda, é o reflexo do valor intangível de uma empresa que se consubstancia, por exemplo, no valor da sua marca, na sua carteira de clientes, nos seus recursos humanos, etc., informação disponível em <https://www.portal-gestao.com/artigos/6104-o-que-%C3%A9-o-goodwill.html>, consultado a 11-10-17.

<sup>180</sup> Acórdão do TJ de 21 de dezembro de 2016, Comissão *Europeia contra World Duty Free Group SA*, anteriormente *Autogrill España SA*, *Banco Santander SA*, *Santusa Holding SL*, ponto n.º 33, Processo C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981.

<sup>181</sup> Acórdão do TJ de 21 de dezembro de 2016, Comissão *Europeia contra World Duty Free Group SA*, anteriormente *Autogrill España SA*, *Banco Santander SA*, *Santusa Holding SL*, ponto n.º 68, Processo C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981.

Assim, surgiria o segundo axioma daquilo a que chamamos de teoria da seletividade, muito bem resumido no título de PHEDON NICOLAIDES no seu comentário, “an exception is not necessarily selective”<sup>182</sup>, ou seja, uma exceção não é necessariamente (diríamos, *presumidamente*) seletiva se, a possibilidade por ela oferecida estiver aberta a todas as empresas.

*Destarte*, a apreciação da seletividade é um grande desafio do ponto de vista jurídico – atrever-nos-íamos a dizer, que os conceitos indeterminados que nos ocupam encontraram aqui o seu exponencial máximo - os contornos do que será uma vantagem seletiva vai-se escrevendo de acordo com a realidade, mas é certo que essa seletividade não deve ser meramente formal, aposta sobre o quadro legislativo que derroga uma norma geral. Na verdade, o Tribunal de justiça lavrou o entendimento de que o carácter derogatório de uma medida *per relationem* com o quadro de referência não é circunstância suficiente para considerar a medida seletiva.<sup>183</sup> A apreciação do intérprete deverá ter em conta a seletividade material da medida, o verdadeiro intuito discriminatório que norteou a *mens legislatoris* e que conduz ao favorecimento de uma empresa através de fundos públicos.

Relembrando aquelas decisões, em primeiro lugar devemos encontrar o sistema de referência e a justificação que norteia a derrogação desse sistema, tendo em conta alguns axiomas da teoria da seletividade, que nos dão conta de um conceito de seletividade *materialmente* amplo, norteado pelas seguintes certezas: *uma regra geral pode ser seletiva e uma regra excepcional pode não ser seletiva*.<sup>184</sup> Sem prejuízo da leitura de qualquer medida nacional sempre será pincelada por princípios gerais de direito, entre os quais, o papel preponderante do princípio da proporcionalidade no contexto da União Europeia, que olhe para a ordem jurídica da União *como um todo*.

Este exercício, desde a crise de 2008, nestas linhas simplificado, levou a uma ponderação muito complexa e difícil do Tribunal de Justiça num claro sentido de intensificar o cumprimento da regra por parte do Estado auxílios e de agilizar a norma do

---

<sup>182</sup> Phedon Nicolaidis, *An Exception Is Not Necessarily Selective: The Case of the Spanish Tax Lease*, 05.01.2016, disponível em <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/4443>, consultado a 23-10-2017.

<sup>183</sup> João Zenha Martins, *Auxílios de Estado – escritos*, Nova Causa Edições jurídicas, 2017, Pp. 70

<sup>184</sup> Phedon Nicolaidis, *An Exception Is Not Necessarily Selective: The Case of the Spanish Tax Lease*, 05.01.2016, disponível em <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/4443>, consultado a 23-10-2017.



artigo 107.º, n.º1 imprimindo uma nova amplitude ao conceito de vantagem<sup>185</sup> seletiva que foi deixando pouco espaço, até para o *dedo invisível* do Estado.<sup>186</sup>

### **3.4.3. Os Acórdãos Comissão contra Hansesstadt, Comissão contra Bélgica e o Acórdão WorldDuty Free Group, SA: dificuldades na identificação do sistema de referência**

Para determinar se a medida em causa – derogatória da regra de acordo com a técnica legislativa ou na sua aplicação fáctica, como vimos - é suscetível de favorecer certas empresas ou certas produções em relação a outras que, à luz do objetivo prosseguido pelo referido regime, se encontrem numa *situação factual e jurídica comparável*, constitui o segundo grande desafio do Tribunal de justiça.<sup>187</sup>

Em termos genéricos, o Tribunal de Justiça indicou que uma condição de aplicação de um auxílio pode fundar a sua *seletividade*, se revelar uma discriminação relativamente a empresas que dela são excluídas, contudo, é evidente a linha sinusoidal que envolveu as decisões do Tribunal de Justiça nas imagens a comparar, para efeitos de apreciação da discriminação. Atentemos, para o efeito, o juízo comparativo estabelecido no Acórdão *Hansesstadt Lübeck*<sup>188</sup>, o Acórdão *World Duty Free SA*<sup>189</sup>, Acórdão *Bélgica v. Comissão*<sup>190</sup> e o controverso Acórdão *Eventech*.<sup>191</sup>

---

<sup>185</sup> Manuel Lopes Porto e João Nogueira de Almeida, *Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 179

<sup>186</sup> Cfr. Manuel Fontaine Campos, *Fundamentos Económicos da concessão de ajudas públicas no mercado nacional*, Universidade de Coimbra, Boletim de Ciências Económicas, Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, Volume LVII, Tomo II, 2014, pp. 946, fazendo referência à obra de Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*.

<sup>187</sup> Cfr. Andreas Bartosch, *Is there a need for a rule of reason in European State Aid law?: Or how to arrive at a coherent concept of material selectivity?*, Kluwer Law International, 2010.

<sup>188</sup> Acórdão *Comissão v. Hansesstadt Lübeck*, 21 de dezembro de 2016, Processo C-514/14 ECLI:EU:C:2016:97

<sup>189</sup> Acórdão do TJ de 21 de dezembro de 2016, *Comissão Europeia contra World Duty Free Group SA, anteriormente Autogrill España SA, Banco Santander SA, Santusa Holding SL*, Processo C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981 .

<sup>190</sup> Acórdão TJ de 30 de junho de 2016, *Reino da Bélgica contra Comissão*, processo C-270/15 P, ECLI:EU:C:2017:670

<sup>191</sup> Acórdão TJ de 14 de janeiro de 2015, *Eventech Ltd contra Parking Adjudicator*, Processo C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9.

No Acórdão *Comissão Europeia contra World Duty Free Group SA, anteriormente Autogrill España SA, Banco Santander SA, Santusa Holding SL*, o carácter seletivo da medida resultava na desigualdade de tratamento entre as empresas residentes que adquiriam participações sociais de empresas igualmente residente em relação as empresas residentes que adquiriram a participação de, pelo menos, 5% em sociedades estrangeiras residentes.

Neste caso, a exceção do sistema de referência seria a medida que concede a vantagem fiscal a uma empresa com 5% das participações sociais de uma empresa estrangeira. Para verificar o carácter seletivo, o Tribunal de justiça teve que olhar para os operadores económicos em “situação factual jurídica comparável.” Por conseguinte, o Tribunal terá decidido que “(...) uma empresa nacional com 5% participações sociais de outra empresa nacional *está numa situação factual e juridicamente comparável* em relação a uma empresa com 5% de participações sociais de uma empresa estrangeira”, o que nos parece isento de críticas.

Por sua vez, uma “situação factual jurídica comparável” pode ter por base a comparação com outros sectores e, portanto, ser coincidente com todas as empresas do mercado. Foi o que considerou o Tribunal, no Acórdão *Reino da Bélgica contra Comissão*, em que estava em causa o apoio financeiro do estado belga a uma empresa, destinado a fazer testes de encefalia espongiiforme bovina.

O Estado Belga veio alegar que a classificação por parte da Comissão de tal comportamento como auxílio proibido era indevida já que não se havia verificado a seletividade dessa empresa em relação às outras empresas do mesmo sector comercial. Ora, o Tribunal veio refutar em pleno esse argumento ao decidir que “os custos dos testes de detenção obrigatórios normalmente oneravam o orçamento da empresa pelo que ao tentar reduzir esse custo concedendo acesso gratuito aos testes de detestação da doença.” Assim, o Reino belga tinha conferido vantagens à empresa do sector bovino que não estava ao alcance das “outras empresas noutros sectores”. Assim, segundo o Tribunal “as empresas alimentares que obtiveram um subsídio para testes de doença nos animais estão “em situação jurídica e factual comparável em relação a outras empresas, noutros sectores”, que não obtiveram o mesmo tipo de apoios”, traduzindo-se esta decisão na demonstração perfeita da interpretação restritiva dos auxílios que podem ser concedidos na União Europeia.

No entanto, no quadro que se estabelece, sobre a *situação jurídica e factual comparável*, escrevem-se grandes desafios.

No Acórdão Comissão contra Hansestadt Lübeck estaria em causa a concessão, por parte de autoridade alemã de tarifas mais vantajosas a certas companhias aéreas que prestavam serviço no aeroporto de Lübeck. A medida resultava de um ato discricionário da autoridade alemã que tinha competência, segundo a lei alemã, para regulamentar a tabela tarifária do aeroporto em causa. Desta forma, rejeitando o argumento da Comissão, o Tribunal de justiça afirmou que “(...) as companhias aéreas que servem a outros aeroportos alemães não se encontravam numa *situação comparável jurídica e factualmente* em relação às das companhias aéreas que utilizavam o aeroporto de Hansestadt Lübeck, porque, de acordo com a lei alemã da aviação, o poder de fixar taxas aeroportuárias estava limitada a cada aeroporto”, por conseguinte, o quadro de referência era, na realidade, o próprio aeroporto e apenas as empresas aeroportuárias que operavam em Hansestadt Lübeck estavam numa situação comparável, uma vez que a Tabela de taxas decorreu do exercício de uma competência administrativa de regulamentar, apenas e tão-só, o aeroporto de Lübeck.

Na verdade, com esta decisão o Tribunal de Justiça fixou que uma medida determinada de forma independente por entidades públicas similares não é seletiva, se variar, na sua aplicação, entre essas entidades. Uma medida é seletiva quando a entidade que a adotou, aplica-a de forma diferente às empresas que estão dentro da sua jurisdição, estão numa situação comparável.

Uma entidade pública pode diferenciar suas medidas desde que a diferenciação possa ser objetivamente justificada, pelo critério de jurisdição- aqui interpretado como um alcance novo da seletividade regional, que se funde com a perceção do “alcance geográfico de uma medida pode ser o resultado da jurisdição geográfica limitada da entidade que adotou a medida.”<sup>192</sup>

No fundo, as empresas do aeroporto de Lübeck não estão em situação factual e jurídica comparável em relação às empresas que operam no aeroporto de Hamburgo”, já que se regem por Regulamentos diferentes. Pese embora, compreendamos o argumento formalista do Tribunal de Justiça, consideramos que sempre se poderá argumentar que um poder discricionário sempre se fundará na lei, neste sentido o principio da legalidade ensina-nos que a lei é limite e pressuposto de qualquer atividade discricionária, por isso, é que o poder administrativo é um poder vinculado à lei, nesse sentido, a lei que permite

---

<sup>192</sup>Neste sentido cfr. Phedon Nicolaidis, The Jurisdictional Side of Selectivity, publicado a 30.09.2014, disponível em <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/36> , consultado a 23-10-17.

a regulamentação dos aeroportos poderia ser analisada como objetivando, ainda que através de poderes discricionários para diferentes aeroportos, os mesmos fins, pois são fruto da mesma opção legislativa que confere o poder discricionário. No entanto, não foi essa a interpretação do Tribunal de Justiça.

No Acórdão *The Queen*, o órgão de reenvio inglês, questionou ao Tribunal de justiça se a autorização conferida aos táxis de Londres para circularem nos corredores reservados aos autocarros, quando essa circulação é proibida às viaturas de aluguer de condutor, não implica um auxílio de Estado.

A questão foi colocada pela empresa *Eventech*, depois de ter sido notificada para o pagamento de uma multa devida por dois dos seus condutores de viaturas de aluguer com condutor, terem utilizado aquelas vias exclusivas dos táxis Londrinos.

Assim, o Tribunal pronunciou-se no sentido de que o facto dos táxis de Londres não pagarem coimas pela utilização daquelas vias não consubstancia encargos suplementares para os poderes públicos suscetíveis de comprometer o artigo 107.º, n.º1 do Tratado, essencialmente, declarou que os táxis de Londres não estão numa situação factual e juridicamente diferente das viaturas de aluguer com condutor, e pelas suas características especiais têm o direito preferencial a certos utilizadores de uma infraestrutura pública que não é explorada economicamente pelas autoridades públicas, com vista a prosseguir a realização de um objetivo previsto pela regulamentação nacional (como, assegurar um sistema de transportes seguro e eficaz).

Assim, ainda resta concluir que a existência de uma vantagem, *disforme*, apela a várias dimensões, a quem e onde, mas sempre ao porquê. A sua verificação depende do caso concreto, não basta olharmos para o agente e para a sua posição no mercado, mas também devemos atender à justificação que norteia essa abertura dos cofres do Estado. Se nos dois primeiros casos, aquele benefício fiscal e o subsídio oneram normalmente uma empresa e, portanto, não podiam onerar o Estado e o erário público, esta última decisão parece indicar que certas especificidades (e quem sabe, a inegável simbologia cultural que *Black Cars* representam) podem determinar que certa concessão de vantagens se justifique.

A distinção entre medidas gerais e seletivas está sujeita a grande controvérsia e continua a alimentar um grande debate. A dificuldade de encontrar a linha que separa a liberdade que os Estados Membros devem desfrutar quando se trata da prossecução da sua política e a salvaguarda de um nível efetivo de concorrência no mercado interno é

evidente nas decisões do Tribunal de justiça, que vai procurando, através do critério de seletividade, resolver o enigma.

Infelizmente, a jurisprudência mostra que a aplicação prática do critério de seletividade é bastante ambígua e não pode ser previsível. Não se pode evitar um certo nível de componentes discricionários ou mesmo arbitrários na tentativa de encontrar o equilíbrio certo entre objetivos políticos "maus" e "bons". “Simplificando, não existe nada de claro aqui.”<sup>193</sup> Neste sentido recordamos o conceito de *previsibilidade*, que é similar mas não coincidente com o conceito de certeza e segurança jurídica, já que o primeiro é tradicionalmente, um conceito económico. Como facilmente se compreende, a *previsibilidade*, em sentido económico, é um dos maiores fatores a ser considerado em qualquer movimento relacional interestadual e interpessoal. No sentido jurídico, a *certeza e segurança jurídica* tem uma importância igualmente crucial, os advogados e economistas que pertencem à escola anti truste de Chicago, defendiam que para tornar a política de concorrência o mais *previsível* possível deveria ser utilizado predominantemente regras *per se* em oposição à *rule of reason*.

Afinal “um sistema de regras cuja interpretação é percebida como não sistemática ou errática é quase tão mau como não ter um sistema de regras”<sup>194</sup> daí a importância particular da jurisprudência.

### **3.5. O auxiliador e a origem do auxílio: requisitos de imputabilidade do Estado e proveniência nos recursos estatais**

No preenchimento deste requisito, está vertido um apelo à transparência do fim último dos recursos estatais, por isso, a verdade é que, como afirma THOMAS JAEGER a regra dos auxílios de Estado é como uma espécie de instrumento de *design* do Estado.<sup>195</sup>

---

<sup>193</sup> Stefan Voigt e André Schmidt, *Making European Merger Policy More Predictable*, A Study Commissioned by the European Round Table of Industrialists, Bruxelas.

<sup>194</sup> Stefan Voigt e André Schmidt, *Making European Merger Policy More Predictable*, A Study Commissioned by the European Round Table of Industrialists, Bruxelas.

<sup>195</sup> Nesse sentido, ler o texto de Thomas Jaeger, *State aid law is an instrument of the state design*, disponível em <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaid/post/8816>, consultado a 7 de outubro de 2017.

Na verdade, o artigo 107.º do Tratado conta-nos a história da legitimidade do Estado, levando-nos a debater o papel das responsabilidades assumidas pelo Estado perante os seus cidadãos, a refletir sobre o equilíbrio entre a liberdade pessoal e económica e a interferência regulamentar estatal, muito ao género *hobbeniano* e *rousseauiano*<sup>196</sup>, mas num contexto modernizado e atual, porventura desafiante, de uma Europa Unida, carregada de novos significados políticos – por isso decidimos dedicar-nos a ele.

A organização descentralizada ou centralizada de cada Estado Membro é irrelevante em relação à definição de auxílio que nos ocupa. Por outras palavras, o critério a atender em relação ao “auxiliador” não é um apenas um critério institucional ou orgânico, de “imputabilidade ao Estado”, mas é um critério também económico, de “origem nos recursos estatais.”<sup>197</sup> Por esse motivo, a Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílios de Estado terá nitidamente distinguido entre a “imputabilidade do Estado” e a “origem nos recursos estatais”, como duas faces da mesma moeda.<sup>198</sup>

Desta forma, por um lado, nem sempre o Estado atua em “nome próprio”, devendo aqui compreender-se o conceito de Estado em sentido amplo, “nele se incluindo a administração central, a administração local, bem como todas as instituições em que os poderes públicos exercem uma influência determinante.”<sup>199</sup>

A influência dos poderes do Estado, conforme nos habitua o enredo da matéria dos auxílios de Estado, não é sempre nítida, já que, por exemplo, a própria classificação de uma empresa como “pública” não se resume a um critério de classificação formal da “propriedade”, nem a “imputabilidade ao Estado” se esgota na presunção legal estabelecida no artigo 2.º, al. b) da Diretiva 2006/111/CE da Comissão de 16 de novembro de 2006, sobre a definição de empresas públicas.

Por exemplo, no Acórdão *Commerz Nederland NV*, em que estava em causa um crédito oferecido pela empresa GHR, cujas participações sociais estavam 100% entregues

---

<sup>196</sup> Nesse sentido, ler o texto de Thomas Jaeger, *State aid law is an instrument of the state design*, disponível em <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaid/post/8816>, consultado a 7 de outubro de 2017.

<sup>197</sup> Neste sentido, Pedro Madeira Froufe e José Caramelo Gomes, *Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, coords. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, 2016, pp. 495-496.

<sup>198</sup> Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2016/C 262/01) de 19.7.2016.

<sup>199</sup> Carla Marcelino, *Auxílios do Estado - Introdução ao conceito à luz do Artigo 107º do TFUE e do atual contexto europeu*, Revista e-publica, disponível em <http://e-publica.pt/v3n2a07.html>, consultado a 23-10-17.

ao Município de Roterdão, o Tribunal de justiça pronunciou-se no sentido que “(...)a imputabilidade ao Estado não pode ser presumida pelo facto das garantias serem prestadas por uma empresa pública, o controlo do Estado não pode ser automaticamente presumido (...)”<sup>200</sup>, por outro lado, na senda do princípio da efetividade das regras da concorrência que, decidiu que:

“ (...) a imputabilidade ao Estado não pode ser desconsiderada pelo facto do sócio representante da empresa agir irregularmente e ao contrario dos Estatutos.”<sup>201</sup>

Por sua vez, com base na jurisprudência do Tribunal de justiça, não é imputável ao Estado uma medida levada a cabo pela obrigação de transposição de Diretiva, neste sentido, por exemplo, o Acórdão *Puffer*, bem como, estabelece a Comunicação da Comissão que existirão certos indícios de imputabilidade do Estado, entre os quais:

- “(…) a) O facto de o organismo em questão não poder ter tomado a decisão contestada sem ter em conta as exigências das autoridades públicas;
- b) A presença de elementos de natureza orgânica que ligam a empresa pública ao Estado;
- c) O facto de que a empresa, por intermédio da qual foram concedidos os auxílios, teve de ter em conta as orientações emanadas dos organismos governamentais
- d) A integração da empresa pública nas estruturas da administração pública;
- e) A natureza das atividades da empresa pública e o exercício destas no mercado em condições normais de concorrência com operadores privados;
- f) O estatuto jurídico da empresa (se é regida pelo direito público ou pelo direito comum das sociedades), embora a mera circunstância de uma empresa pública ter sido constituída sob a forma de uma sociedade de capitais no regime de direito comum não possa ser considerada razão suficiente para excluir a imputabilidade tendo em conta a autonomia que esta forma jurídica lhe confere;
- g) A intensidade da que as autoridades públicas exercem sobre a gestão da empresa;

---

<sup>200</sup> Acórdão TJ de 17 de setembro de 2014, *Commerz Nederland NV*, processo C-242/13, ponto 36, ECLI:EU:C:2014:2224

<sup>201</sup> Acórdão TJ de 17 de setembro de 2014, *Commerz Nederland NV*, processo C-242/13, ponto 36, ECLI:EU:C:2014:2224 – aliás, no caso o sócio teria mesmo sido condenado num processo-crime.

h) Qualquer outro indício que demonstre a implicação das autoridades públicas na adoção da medida em causa ou a improbabilidade da sua não implicação, tendo em conta o alcance da medida, o seu conteúdo ou as condições nela contida.”

Por outro lado, quanto ao requisito da “origem recursos estatais”, o Tribunal de justiça pronunciou-se no sentido de que “o conceito de recursos estatais abrange todos os meios pecuniários que as autoridades públicas podem efetivamente utilizar para auxiliar as empresas, “(...) é o que se verifica quando, através do exercício da sua influência dominante sobre as empresas públicas, o Estado pode orientar a utilização dos respetivos recursos públicos para financiar benefícios específicos a favor de outras empresas.”<sup>202</sup>

Tal interpretação não pode, ainda levar, à exclusão de qualquer entidade de natureza privada da aplicação da proibição da prestação de auxílios, desde que se verifique que os recursos em causa sejam originalmente públicos – as entidades privadas que desenvolvem os serviços de interesse económico geral, recebem usualmente compensações pelas atividades públicas que prestam, perceber até que ponto a compensação não se transforma num auxílio de Estado é um exercício a ser feito quando nos deparamos com estas medidas de compensação pelo serviço público.<sup>203</sup>

Em suma, para estarmos perante uma vantagem estatal, não devemos atender só a quem o presta, mas antes de onde vem a oneração patrimonial, nomeadamente, se ela tem a sua origem no orçamento do Estado, é aqui que se fundamenta a proibição. Já que *Réne Margritte* muito nos inspira, à semelhança do que sucede na obra, *Os amantes*<sup>204</sup>, em que vemos duas pessoas, de cabeças cobertas com um pano branco, escondidas, num beijo secreto por entre o pano, o essencial aqui é “destapar estas faces encobertas” evitando que os Estados Membros atuem através de uma rede de intermediários e através dos seus próprios recursos distorçam o mercado interno. Para o efeito, o Tribunal de justiça usando esta dupla verificação: da imputabilidade ao Estado e da origem nos recursos Estatais.

---

<sup>202</sup> Acórdão TJ de 17 de setembro de 2014, *CommerzNederlandNV*, processo C-242/13, ponto 36, ECLI:EU:C:2014:2224.

<sup>203</sup> Acórdão TJ 24 de Julho de 2003, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg Contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Processo C-280/00, Coletânea da jurisprudência 2003 I-07747

<sup>204</sup> René Margritte, *Os amantes*, 1982.



### 3.5.1. O Critério do operador numa economia de mercado: o teste do investidor, do credor e vendedor... conceitos “jus-económicos”?

Para além do facto do Estado muitas vezes atuar sob pele de outrem, o Estado nem sempre atua na sua veste de *ius imperium*, o Estado necessita de agir no mercado, por vezes, como um *verdadeiro* operador económico.

Ora, a partir do momento em que detetamos o movimento estadual no mercado, como um verdadeiro operador económico, a avaliação da pertinência desse movimento deve obedecer à lógica semelhante à do *bonnus patter familie*. Por exemplo, a venda de um bem público é livre da proibição de auxílios se for aberta, transparente, não discriminatória. Rapidamente ilustraremos com o caso que envolvia o banco *Komminalkredit*, o Governo austríaco tinha calculado um preço mínimo, aceitável para o banco que se mostrava em situação de insolvência, nesse caso, o preço era o único critério da adjudicação, contudo, de acordo com a decisão da Comissão, uma venda “racional da ponto de vista económico” seria considerar a venda para o licitante com o preço mais elevado.<sup>205</sup>

Assim, por um lado, porque o Estado não é um operador privado comum, porque se rege por princípios de interesse público, a sua conduta tem que pautar-se por uma certa razoabilidade económica, quer no papel de investidor, credor ou vendedor. A verdade é que os Estados não são conhecidos pelas suas habilidades comerciais, por isso, a Comissão avançou coma verificação caso a caso, de que o Estado agiu “como agiria um operador económico prudente e diligente numa situação normal de mercado.”

Por iniciativa da Comissão estabeleceu-se o princípio do investidor privado e o princípio do operador económico numa economia de mercado, princípios que acabariam por ser “homologados” pelo Tribunal nas suas decisões. Assim, referiu o Tribunal de Justiça no Acórdão *Orange*<sup>206</sup> que para “averiguar se o Estado adotou ou não o comportamento de um investidor prudente numa economia de mercado, há que tomar como referência o contexto da época em que as medidas de apoio financeiro foram tomadas a fim de avaliar a racionalidade económica do comportamento do Estado e, portanto, não basear a apreciação numa situação posterior”.<sup>207</sup>

---

<sup>205</sup>Decisão SA.32745 da Comissão disponível em [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/268327/268327\\_1907318\\_126\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/268327/268327_1907318_126_2.pdf).

<sup>206</sup> Acórdão do TJ de 30 de novembro de 2016, *Comissão contra Orange e República Francesa*, processo C-486/15 P,

<sup>207</sup> Acórdão do TJ de 30 de novembro de 2016, *Comissão contra Orange e República Francesa*, processo C-486/15 P, ponto 124.

Consequentemente, quando se afigure que o princípio do investidor privado possa estar em causa, incumbe à Comissão pedir ao Estado-Membro em causa todas as informações pertinentes que lhe permitam verificar se os requisitos de aplicação deste critério estão preenchidos e só pode recusar-se a examinar essas informações se os elementos de prova apresentados tiverem sido elaborados depois da adoção da decisão de efetuar o investimento em questão. Por outro lado, pode o Estado-Membro acionista de uma empresa e invocar o critério do investidor privado, incumbe-lhe, em caso de dúvida, demonstrar inequivocamente e com base em elementos objetivos que a medida aplicada decorre da sua qualidade de acionista.

A este propósito, podem, nomeadamente, ser exigidos elementos que demonstrem que essa decisão se baseia em avaliações económicas comparáveis às que, nas circunstâncias do caso em apreço, um investidor privado razoável colocado numa situação o mais semelhante possível à do referido Estado-Membro teria efetuado, antes de proceder ao referido investimento, para determinar a rentabilidade futura desse investimento. Este exercício é feito quando o Estado age como credor ou vendedor no mercado, aplicando-se, nesse caso, o critério do operador do mercado.

Em breves linhas não podemos deixar de atender a algumas dificuldades que demonstram os casos concretos face a este tipo de exercício, que “exige uma apreciação económica complexa”, que as mais das vezes escapa à apreciação consciente do jurista. Ora, no Acórdão *Frucona*<sup>208</sup>, em que estava em causa uma dívida fiscal à Autoridade Eslovena, que tinha aceite o acordo de pagamento de 35% da dívida, em vez de iniciar um processo judicial para tentar reaver o máximo possível da dívida. Neste sentido, o Tribunal de justiça terá deixado claro “não compete ao juiz da União tal apreciação”, que no caso, envolvia alguma tecnicidade económica, deixando claro que, eram necessários os “meios próprios” da Comissão para apreciar esse fator.

A verdade é que esta decisão é meramente ilustrativa de que o direito e a economia cada vez mais se fundem, o que em termos práticos, o que tem vindo a mostrar a necessidade de uma maior comunicação destas áreas. Tal não significa que outros fatores não poderão entrar na equação: era o caso da necessidade de ponderação sobre o tempo duraria uma ação judicial do género implicado no caso (de 3 a 7 anos na Eslovénia).

---

<sup>208</sup> Acórdão do TJ de 24 de janeiro de 2013, *Frucona Košice a.s. contra Comissão Europeia*, Processo C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32.

Assim, perfilhamos a ideia de que, a visão económica não basta, bem como, não bastará a visão estritamente jurídica, da mesma forma que CAMELO GOMES e PEDRO FROUFE nos alertam para o facto de:

“A nível metodológico, (...) as autoridades europeias usam conceitos jurídicos em maior escala do que conceitos económicos, essa crítica (...) determinou soluções injustificáveis do ponto de vista económico” , alertando para a necessidade de uma “consideração atenta às tendências atuais do antitrust da visão denominada por post-Chicago economics.”<sup>209</sup>

### **3.6. “Afetação das trocas comerciais” e “falseie e ameace falsear a concorrência”**

Acresce que, estaremos perante um auxílio do Estado apenas se “a vantagem em causa produzir um efeito que afete o comércio entre os Estados Membros” e se “falsear ou ameace falsear a concorrência” no mercado interno, são estes os últimos requisitos a verificar-se.

Atendendo ao facto de não se poder prever, rigorosamente se a medida de auxílio em apreço irá afetar a concorrência ou o comércio entre os Estados Membros, estamos perante condições cujos moldes levam à dificuldade da imagem do auxílio de Estado e que, em certa medida, impedem que se estabeleça uma prática mais preventiva nas regras dos auxílios de Estado.

De facto, o requisito da afetação das trocas comerciais é requisito transversal a todas as regras da concorrência. Ora, afirmou o Tribunal no Acórdão *Manfredi*<sup>210</sup> que “qualquer prática suscetível de afetar o comércio entre os Estados Membros, numa forma que poderia prejudicar a realização dos objetivos de um mercado único entre os Estados Membros, em particular através da compartimentação dos mercados nacionais ou

---

<sup>209</sup>Pedro Madeira Froufe e José Caramelo Gomes, in *Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, coords. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, pp.495;

<sup>210</sup> Acórdão TJ de 13 de julho de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA e Nicolò Tricarico e Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA*, Processo C-295/04 a C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461.

alterando a estrutura da concorrência dentro do mercado comum será contrária às regras da concorrência. ”<sup>211</sup>

Por sua vez, no Acórdão *República da Itália contra Comissão europeia*<sup>212</sup>, o Tribunal Geral terá acrescentado que “qualquer concessão de auxílios a uma empresa que exerce as suas atividades no mercado comunitário é suscetível de provocar distorções de concorrência e afetar as trocas comerciais entre Estados-Membros” determinou o Tribunal que “não existe limiar ou percentagem abaixo dos quais se possa considerar que as trocas comerciais entre Estados-Membros não são afetadas. Com efeito, a importância relativamente fraca de um auxílio ou a dimensão relativamente modesta da empresa beneficiária não excluem a priori a eventualidade de as trocas comerciais entre Estados-Membros serem afetadas”.

Na verdade, o decaimento relativo do critério da afetação de trocas parece ter vindo a ser *timidamente* introduzido pela jurisprudência relativa às liberdades económicas. Em primeiro lugar, com o paradigmático Acórdão *Trojani*<sup>213</sup> e o Acórdão *Zambrano*<sup>214</sup> sobre a circulação de pessoas e, nesse sentido, mais concretamente, o Acórdão *Carbonati Apuani*<sup>215</sup> sobre a livre circulação de mercadorias. Neste último caso, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre uma situação puramente interna em que estava em causa uma taxa local, de um município em particular, cobrada para transporte de mercadorias a nível nacional, por sua vez, a empresa, que circulava a nível nacional veio invocar a desconformidade da criação dessa taxa com o princípio da livre circulação no mercado interno. Em sequência, o Advogado Geral Poiares Maduro explicou, nesse caso que, se a decisão tivesse o sentido de determinar que se tratava de um assunto interno e indiferente ao direito da união, “existiriam razões para temer uma rutura de coerência nas matérias relativas às liberdades de circulação”, ainda, “uma

---

<sup>211</sup>Acórdão TJ de 13 de julho de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA e Nicolò Tricarico e Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA*, Processo C-295/04 a C-298/04, ponto n.º 41, ECLI:EU:C:2006:461.

<sup>212</sup> Acórdão Tribunal de Primeira Instância de 11 de junho de 2009, *República da Itália contra Comissão europeia*, Processo T- 222/04, ECLI:EU: T:2009:194.

<sup>213</sup> Acórdão do TJ de 7 de setembro de 2004, *Michel Trojani contra Centre public d'aide sociale de Bruxelles*, Processo C-456/02, EU:C:2004:488.

<sup>214</sup> Acórdão do TJ de 8 de março de 2011, *Ruiz Zambrano*, Processo C-34/09, Colect., p. I-0000.

<sup>215</sup>Acórdão do TJ de 9 de setembro de 2004, *Carbonati Apuani Srl contra Comune di Carrara*, Colect., p. I – 8052.

disposição de direito comunitário nunca deve ser interpretada no sentido de que cria uma incoerência na ordem jurídica comunitária”.<sup>216</sup>

Como refere MARIO TENREIRO<sup>217</sup> este requisito, transversal às regras de concorrência, é interpretado como sendo um indicador/limite das regras da competência das instituições da União Europeia. Assim, segundo o autor e no sentido da jurisprudência citada, tal regra restritiva será interpretada no sentido em que devemos apreciar se a medida afeta a ambicionada realização do mercado interno.

Em contraposição, a esta teoria, é também importante mencionar alguns casos em que se entendeu que as medidas públicas não afetaram as trocas comerciais entre os Estados membros, afastando-se assim a qualificação de auxílios de Estado: “(...) a subvenção anual concedida para a construção e funcionamento de uma piscina pública para recreação em *Dorsten*, utilizada apenas pela população local; as dotações de capital concedidas para a criação de pequenos hospitais públicos locais, na Irlanda, que serviam apenas ao mercado local de serviços hospitalares, em razão da incapacidade de atração de investimentos ou clientes de outros Estados membros, dadas as reduzidas dimensões do empreendimento, o financiamento público de projetos de museus locais da Sardenha, uma vez que os habitantes de outros Estados não atravessariam a fronteira com o objetivo principal de visitar o museu, inexistindo, pois, violação à concorrência; (d) o financiamento público de produções teatrais bascas, uma vez que o público potencial se limitava a uma região geográfica e linguística específica, inexistindo risco de atração de um turismo transfronteiriço; o auxílio à construção, no nordeste de Portugal, de uma unidade com 50 (cinquenta) leitos para cuidados com a saúde mental, a ser utilizada para o atendimento dos residentes da área, inexistindo interesse de outras entidades prestarem o serviço na localidade.”<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> Conclusões do Advogado Geral Miguel Poiares Maduro, 6 de maio de 2004, *Carbonati Apuani Srl contra Comune di Carrara*, Colect. I-8029.

<sup>217</sup> Mário Paulo Tenreiro, *Direito comunitário da concorrência – significado e autonomia do critério de afetação do comércio entre os Estados Membros face à realização do mercado único*, Revista de Direito e Economia, ano 15, 1989, pp.611 e ss.

<sup>218</sup> Cfr. Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2016/C 262/01) de 19.7.2016.



### 3º Capítulo

#### Ceci n'est pas une aide d'État

##### 1. Traição das imagens em tempos de crise

*Ceci n'est pas un aide d'état*, lembrando a alusão ao célebre quadro surrealista de René Magritte, que retrata a *La trahison des images*<sup>219</sup>, ou, a traição das imagens, onde o desenho realista de um cachimbo é antecedido da frase “*ceci n'est pas une pipe*”, isto não é um cachimbo, pareceu-nos que o Autor belga, se tivesse conhecido a matéria dos auxílios de Estado no contexto atual da União Europeia, como a descrevemos nestas linhas, bem poderia ter feito este paralelismo com o conceito que se estabelece.

O impacto do quadro de *Magritte* só pode ser lido tendo em conta o fator *tempo*, por conseguinte, foi interpretado como o *surreal* reacionário na era do realismo amorfo, o surreal, neste sentido, é interpretado sem qualquer conotação, tratava-se da reação ao paradigma cansado e estagnado.

Primeiramente, à semelhança do desenho do cachimbo que *não é o cachimbo*, o desenho de um auxílio de Estado não pode, hoje, ser realizado por uma imagem estática e imutável, de contornos pré-estabelecidos. Nos auxílios de Estado encontramos uma panóplia de expressões que seriam limitadas e lesadas pela associação a uma imagem de cores e tons previamente conhecidos. O que não parece ser um auxílio de Estado pode ser, na verdade, uma medida de distorção do mercado interno, pelo contrário, aquilo que parece pode não ser um auxílio de Estado porque encontra abrigo no princípio da proporcionalidade e na falta de preenchimento dos elementos do artigo 107.º, a sua justificação.

Em segundo lugar, importa reter que, a crise ou as crises não deixam de ter grandes pontos em comum com esse realismo amorfo, onde a tónica de *inabitabilidade política*, da conformação com o que aos olhos é ou parece ser, domina o discurso dos estudiosos.

---

<sup>219</sup> A Traição das Imagens, em francês, *La trahison des images*, é uma pintura do pintor surrealista belga René Magritte. Este quadro, uma das obras-primas surrealistas do artista, é considerado um ícone da arte moderna. O quadro, pintado em 1929, faz parte de uma série, na qual a imagem realista é acompanhada pela inscrição *Ceci n'est pas une pipe* que em português significa *Isto não é um cachimbo*. Informação disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/A\\_Trai%C3%A7%C3%A3o\\_das\\_Imagens](https://pt.wikipedia.org/wiki/A_Trai%C3%A7%C3%A3o_das_Imagens), consultado em 17-10-17;

Assim, a nosso ver, a matéria de auxílios de Estado constitui um interessante fenómeno do *surreal*.

*Destarte*, contribuem para a nossa afirmação o desenvolvimento de mecanismos de exequibilidade da proibição de auxílios de Estado, bem como, tendo em conta a redação inicial do Tratado de Roma, que embora ambiciosa, a interpretação feita do auxílio se reconduzia há “espécie” subsídio ou subvenção<sup>220</sup>, corajosamente, sublinhamos o papel do Tribunal de Justiça que se serviu da maleabilidade jurídica dos elementos do conceito para ampliar e, simultaneamente, circunscrever os comportamentos dos Estados Membros, manobrando com maior certeza jurídica e previsibilidade um âmbito interpretativo já de si arenoso como o artigo 107.º do Tratado, em tempos lamacentos, de crise.

Assim, a imagem do auxílio de Estado expandiu-se, escreveu-se e pinta-se a cada instante, a imagem que temos do que é um auxílio de Estado hoje, não é o auxílio de amanhã, já que ele encontra, em cada medida estadual e por via de todas as evoluções jurisprudenciais, novas imagens.

Aqui chegados, compre-nos refletir que perante uma intervenção pública não está em jogo, *per se*, a violação da proibição da prestação de auxílio, mas existem perigos, que extravasam o âmbito circunscrito da lesa concorrencial. Existe um perigo maior, numa perspetiva de integração, de bloquear o efeito útil do projeto europeu através da possível violação de um princípio de cooperação leal entre os Estados Membros, subjacente ao comportamento discriminatório do Estado em relação às suas empresas. Podemos afirmar que existe um perigo *imediato* e, um perigo *mediato* da violação da regra dos auxílios de Estado e o segundo, o perigo da frustração do objetivo europeu.<sup>221</sup> Assim, arriscar-nos-íamos a escrever que, em matéria de concorrência e, em especial, na matéria dos auxílios de Estado, *nada* é, somente, o que *diz ser*.

Em consequência, qualquer leitor que se depare com a complexidade do artigo 107.º do Tratado rapidamente se pergunta, mas porque correr esse perigo *imediato* e *mediato*? Porque não ser a própria União a alocar a si a determinação da legalidade dos auxílios de Estado?

---

<sup>220</sup> António Calado Lopes, *Governança Económica da União Europeia e o Tratado Constitucional Proposto*, Tribuna, Fev. 2006, pp.50-85.

<sup>221</sup> Caramelo Gomes e Pedro Madeira Froufe in *Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União*, coords. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, pp 450.



Na verdade, a União Europeia, especialmente desde a grande crise de 2008, reagiu também a estas questões, quebrando com o paradigma estagnado em torno dos auxílios de Estado. Afinal, esta solução não deixa de conviver entre a escolha entre soluções mais equitativas (não auxílio de Estado a qualquer empresa) e a possível diminuição de eficiência, o que, não deixa de ser uma decisão *essencialmente* política.<sup>222</sup>

## **2. Da criatividade à simplicidade: sintomas de integração positiva**

Podemos distinguir a integração positiva da integração negativa. Por integração negativa entendemos o afastamento de fronteiras e barreiras ao mercado livre com a consequente abertura e expansão dos mercados, por sua vez, a integração positiva consiste na modificação e criação de instrumentos e mecanismos, com a finalidade do funcionamento eficaz do mercado, por consequência desenvolvendo-se outros objetivos da União.<sup>223</sup>

Na verdade, a integração positiva vai-se revelando na matéria de auxílios de Estado. Aliás, já em 2006, antes da proliferação de ações relativas aos auxílios de Estado no Tribunal de Justiça, as palavras da Comissária Neelie Kroes, evidenciavam a urgência deste tipo de mecanismos “(...) at the heart of the Action Plan is the principle of less and better targeted state aid – the central objectives to encourage Member States to reduce their overall aid levels whilst redirecting state aid resource at objectives having a clear community interest.”<sup>224</sup>

Assim, mais do que se proibirem os auxílios de Estado, era necessária uma coordenação e mobilização dos auxílios prestados, para uma lógica de interesse horizontal<sup>225</sup>, conseguindo-se também por essa via, um espaço de aprofundamento da integração. Com certeza, o objetivo da União Europeia seria concentrar em si a

---

<sup>222</sup> Manuel Fontaine Campos, *Fundamentos Económicos da concessão de ajudas públicas no mercado nacional*, Universidade de Coimbra, Boletim de Ciências Económicas, Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, Volume LVII, Tomo II, 2014, pp. 946

<sup>223</sup> Manuel Carlos Lopes Porto, *Teoria da Integração e políticas comunitárias face aos desafios da globalização*, Almedina, 2009, pp.220.

<sup>224</sup> Comissária Neelie Kroes, *State aid Action plan, Less and better targeted state aid: a roadmap for state aid reform 2005–2009*, Bruxelas, 7.6.2005, COM (2005) 107 final.

<sup>225</sup> Regulamento (UE) n.º 2015/1588 do Conselho, de 13 de julho de 2015, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de auxílios estatais horizontais (JO 2015, L 248, p. 1)

responsabilidade dos auxílios prestados no seu território contudo, a União não tem, ainda, essa capacidade de se substituir ao Estado,<sup>226</sup> em termos orçamentais<sup>227</sup>, pese embora os nossos trabalhos não se completassem sem uma breve reflexão sobre a importância e significativa da presença dos fundos europeus nas mais diversas áreas em cada Estado Membro. Porquê relacionar estas matérias?

De facto, a União Europeia não tem um poder orçamental equivalente à aquele que dispõe um Estado unitário ou uma federação na sua relação com os Estados federados<sup>228</sup>, contudo, este movimento levado a cabo pela nova expressão dos fundos europeus, porventura muito silencioso, é bastante significativo e expressivo no próprio orçamento global da União Europeia. Assim, 94% das verbas destinam-se a investimento dos fundos da União, sendo que 88% se dirige a iniciativas desenvolvidas nos próprios Estados Membros.<sup>229</sup> Por exemplo, entre 1986 e 2013, os fundos vindos da União Europeia para Portugal ascenderam a 96,7 mil milhões de euros, o que corresponde a 9 milhões por dia, por sua vez, de 2014 a 2020, estima-se que Portugal venha a receber mais de 30,5 mil milhões de euros. São mais de 11,9 milhões de euros por dia.<sup>230</sup>

Tal realidade não se coaduna com a perceção que temos a nível nacional, “(...) nem sempre temos consciência, por exemplo, que a qualidade da água que bebemos, o tratamento das águas residuais e dos resíduos sólidos, os equipamentos de saúde e educação que temos e as vias de comunicação por onde passamos foram fortemente financiados pela União Europeia.”<sup>231</sup>

---

<sup>226</sup>Manuel Lopes Porto e João Nogueira de Almeida, *Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 177.

<sup>227</sup> Disponível em [http://josemanuelfernandes.eu/pdf/site\\_12/pelanossaterra-minho-2015-digital.pdf](http://josemanuelfernandes.eu/pdf/site_12/pelanossaterra-minho-2015-digital.pdf), pp. 57, consultado em 20/04/2017.

<sup>228</sup> Manuel Lopes Porto e João Nogueira de Almeida, *Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado*, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 177-178.

<sup>229</sup> Acrescem 6% para a política externa, nomeadamente nos países em desenvolvimento e, quanto às despesas administrativas com todas as instituições e de funcionamento da UE são destinados outros 6% das verbas, informação disponível em [http://josemanuelfernandes.eu/pdf/site\\_12/pelanossaterra-minho-2015-digital.pdf](http://josemanuelfernandes.eu/pdf/site_12/pelanossaterra-minho-2015-digital.pdf), consultado em 20/04/2017.

<sup>230</sup> Disponível em [http://josemanuelfernandes.eu/pdf/site\\_12/pelanossaterra-minho-2015-digital.pdf](http://josemanuelfernandes.eu/pdf/site_12/pelanossaterra-minho-2015-digital.pdf), pp. 127, consultado em 20/04/2017.

<sup>231</sup> Disponível em [http://josemanuelfernandes.eu/pdf/site\\_12/pelanossaterra-minho-2015-digital.pdf](http://josemanuelfernandes.eu/pdf/site_12/pelanossaterra-minho-2015-digital.pdf), pp. 127, consultado em 23-10-17.

Assim, em matéria de auxílio de Estado, é legítimo afirmar, que a integração positiva por via dos mecanismos e da intervenção do Tribunal de justiça viu-se acompanhado de uma *Super-Modernização*, protagonizada pelo crescimento dos fundos europeus, no seio de cada Estado Membro.

A título de algumas notas sobre os fundos europeus – que não são objeto da nossa análise, mas que não podem ser desconsiderados na equação que se vai desenhando, compre-nos cuidar o seguinte.

Os auxílios concedidos através de fundos da União não são abrangidos pelo artigo 107.º, n.º 1, pelo que não têm que passar pelo crivo dos elementos que compõe a proibição dos auxílios de Estado, tendo o Tribunal determinado, pela primeira vez no acórdão *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbert Will e o. contra República da Alemanha*<sup>232</sup> este entendimento, tendo ficado homogeneizada esta leitura no XXXIII Relatório sobre a Política de Concorrência, Comissão Europeia de 2003.<sup>233</sup>

A distinção traçada entre aqueles casos em que determinada norma europeia estabelece condições precisas de implementação dos fundos com determinados objetivos, da norma que nos ocupa, reconduz-se ao facto de, no primeiro caso, na hipótese de suceder uma distribuição equivocada dos fundos, estamos perante um *erro* ou uma *irregularidade*<sup>234</sup>, ao passo que no segundo caso teríamos um auxílio de Estado incompatível com o mercado interno, nos termos do artigo 107.º, n.º1 do Tratado.

Por sua vez, o perigo de uma distribuição equivocada do fundo europeu é apreciada na ótica do agente económico, neste sentido, o Regulamento n.º 2988/95 do Conselho, de 18 de Dezembro de 1995, classificou de irregularidade “(...) qualquer violação de uma disposição de direito comunitário que resulte de um ato ou omissão de um agente económico que tenha ou possa ter por efeito lesar o orçamento geral das comunidades ou orçamentos geridos pelas Comunidades, quer pela diminuição ou supressão de receitas provenientes de recursos próprios cobrados diretamente por conta das Comunidades, quer por despesa indevida.”<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> Acórdão TJ de 17 de setembro de 2002, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbert Will e outros contra República da Alemanha*, processo C-392/00.

<sup>233</sup> Regulamento n.º 2988/95 do Conselho, de 18 de dezembro de 1995 ponto 393

<sup>234</sup> Cfr. João Zenha Martins, *Auxílios de Estado – escritos*, Nova Causa Edições jurídicas, 2017.

<sup>235</sup> Cfr. Por exemplo, Acórdão do TJ de 18 de dezembro de 2014, *Somalische Vereniging Amsterdam en Omgeving (Somvao) contra Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, Processo C-599/13, ECLI:EU:C:2014:2462.

Depressa nos apercebemos que a lógica inerente ao esquema de prestação de fundos europeus é *substancialmente* diferente da norma que regula a matéria dos auxílios.

Em primeiro lugar - como não poderia deixar de ser - não parte do pressuposto de que a União poderia contribuir para a distorção do mercado interno – lembrando-nos a lógica do *the king can't do no wrong*<sup>236</sup> – por sua vez, o sujeito/praticante da irregularidade é o agente económico que, por ato ou omissão, lese o orçamento da União. Assim, o sujeito da hipótese legal é o agente económico, dirige-se a norma a particulares e não à União/organização estadual, portanto, muito mais se reconduzindo à ideia de combate à fraude sobre a utilização de fundos europeus, bem como, à ideia de aferição de uma conduta lesiva dos interesses da União.<sup>237</sup>

### **3. A Modernização dos auxílios de Estado e a Super-Modernização trazida pelos Fundos Europeus em contexto de crise(s) – simbologias**

De notar que, o carácter do artigo 107.º do Tratado muito se assemelha à figura das *garantias constitucionais*<sup>238</sup> que se dirigem diretamente aos Estados e impõe condutas de *facere e non facere*, que em concreto, garantem a imparcialidade do Estado no desenvolvimento empresarial do seu território, e conseqüentemente, garantem aos cidadãos a certeza desse comportamento.

No entanto, a verdade é que, em larga medida, existe a convicção generalizada de que o reforço do desenho dos auxílios compatíveis ou incompatíveis com o mercado, pelo menos, nos últimos tempos e talvez um pouco por culpa de todo o problema do sector bancário, na senda do sintoma da *resistência psicológica das populações*<sup>239</sup>, é usual ter-

---

<sup>236</sup> Sobre o termo, conferir <https://www.commondreams.org/views/2007/07/07/king-can-do-no-wrong>, consultado a 23-10-17.

<sup>237</sup> Jean-Jacques Gay, Ficha técnica da União Europeia – A luta contra a fraude e a proteção dos interesses financeiros da União Europeia, Parlamento Europeu, Junho de 2017, disponível em [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU\\_1.5.6.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_1.5.6.pdf), consultado em 29-10-2017.

<sup>238</sup> A este propósito das garantias constitucionais, José Afonso Silva "(...) há normas constitucionais de eficácia direta e aplicabilidade imediata que também mencionam uma legislação futura (...) Em casos assim, o direito conferido não fica na dependência da lei futura; as restrições ao exercício desse direito é que dependem de legislação. Esta, em consequência, servirá para limitar a expansão da eficácia normativa, pelo que se poderá admitir, como já admitimos, a classe das normas de eficácia contida, isto é, normas cuja eficácia é contida em certos limites pelo legislador ordinário ou por outro sistema algumas normas que outorgam direitos e garantias constitucionais

<sup>239</sup> João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de direito europeu*, 6.ª ed., Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p.510.

se a concessão de auxílios como uma matéria pouco clara e arbitrária, escapando também a sua importância e finalidade aos cidadãos, bem como, os respetivos avanços na matéria.

Desta forma, a coordenação da gestão dos fundos públicos (e a transparência dessa gestão para os seus cidadãos através da regra geral da incompatibilidade da cedência de auxílios de Estado) é um pilar fundamental europeu, já que, cumpre o objetivo primordial da própria integração: a cooperação entre os Estados Membros através da abstenção de criar distorções no mercado interno. Aliás, uma das principais questões com que se debaterá qualquer Estado de Direito, seja uma federação de Estados e até mesmo a União Europeia, será a gestão transparente dos seus fundos públicos.

Assim, não só a *Modernização* dos auxílios de Estado, como vimos, tem uma enorme importância no contexto atual da União Europeia, mas também aquilo a que podemos chamar de *Super-Modernização* protagonizada pelos Fundos europeus é ilustrativa do momento integracionista em que nos vemos embalados.

No Livro Branco da Comissão de 2017<sup>240</sup>, foram apresentadas 5 hipóteses ou cenários de discussão/ solução que a União Europeia poderá seguir face à(s) crise(s), levando-nos a concluir que o futuro vê-se no pressuposto de existência daquela regra, tal qual se apresenta ou até transformada.

Atentemos que, no Livro Branco da Comissão foram apresentados 5 cenários, o cenário 1 com o título “assegurar a continuidade”, o cenário 2: “restringir ao mercado único”, cenário 3: *fazer* “mais” quem quiser “mais”, cenário 4: “fazer “menos” com maior eficiência” e, por fim, o cenário 5: “fazer muito mais, todos juntos.”

A verdade é que a regra da proibição de auxílios em nenhum dos cenários foi posta em causa, apenas se prevendo a possibilidade de alguma delegação de competências para as Autoridades nacionais, através de uma reforma do direito dos auxílios estatais, no cenário 1 e 4.

Por sua vez, o último cenário, apesar de não fazer referência literal aos auxílios de Estado, e uma vez que, o último cenário que parece configurar, na nosso ver, a melhor opção porque transmite um pouco a ideia que perfilhamos de que “*the best defense is a good offense!*”<sup>241</sup>, parece prever um aprofundamento até da regra da proibição dos auxílios

---

<sup>240</sup> Livro Branco sobre o futuro da Europa, disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/livro\\_branco\\_sobre\\_o\\_futuro\\_da\\_europa\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/livro_branco_sobre_o_futuro_da_europa_pt.pdf) consultado pela última vez a 27/04/2017;

<sup>241</sup> Pedro Madeira Froufe, *The future (in WhitePaper) of Europe, according to Juncker*, disponível em <https://oficialblogofunio.com/2017/03/09/editorial-of-march-2017/#more-1764>, consultado pela última vez em 11/04/2017.

a um outro nível, maior. Ora, “(...) os esforços concentrar-se-ão na ambição de se concluir o mercado único nos domínios energético, digital e dos serviços. Graças a investimentos conjuntos na inovação e na investigação, emergiriam vários Silicon Valleys que acolheriam agrupamentos de investidores de capitais de risco, empresas em fase de arranque, grandes empresas e centros de investigação”, ou seja, pretende-se tornar as empresas atrativas, sendo as próprias empresas privadas a investirem umas nas outras, sem a intervenção do Estado.

Não deixa de sobressair a hipótese de aprofundamento da política económica da União, enfatizando-se a importância dos fundos europeus “ (...) na área do euro, (...) A UE disponibilizará apoio financeiro suplementar para estimular o desenvolvimento económico e amortecer choques aos níveis sectorial, regional e nacional.”<sup>242</sup>

Na verdade a solução<sup>243</sup> que nasce e é extensível ao nosso estudo sobre a incerteza da aplicação da regra dos auxílios de Estado parece lógica e inequívoca: “Why not take the obstacles of the troubled times we live in to win/build a decisive opportunity, enable of a linear deepening, openly federalist, in all domains of the life of the citizens?”<sup>244</sup> Concretizando na problemática que ora nos ocupa: e porque não assumir a proliferação dos auxílios de Estado como uma oportunidade para refletir o futuro? Na verdade o encontro entre o reforço dos fundos públicos europeus e a matéria dos auxílios de Estado poderá ser inevitável, existe uma “europeização da política de auxílios”<sup>245</sup> que, cada vez mais, ditará este encontro.

Por conseguinte, resta-nos observar com mais cautela o estado da arte, isto é, esta modernização levada a cabo pelos mecanismos de *soft law*, as novas regras de procedimento e até alguma jurisprudência do Tribunal de Justiça, como vimos, bem como o crescimento da prestação de fundos europeus, não deixam de ser prova viva da constitucionalização do ideal de liberdade do mercado, que só se pode concretizar no respeito pelas normas da concorrência, entre as quais normas que se dirigem à conduta

---

<sup>242</sup> Livro Branco sobre o futuro da Europa, disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/livro\\_branco\\_sobre\\_o\\_futuro\\_da\\_europa\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/livro_branco_sobre_o_futuro_da_europa_pt.pdf) consultado pela última vez a 27/04/2017;

<sup>243</sup>Neste sentido, cfr. Pedro Madeira Froufe, <https://oficialblogofunio.com/2017/03/09/editorial-of-march-2017/#more-1764>, consultado em 11/04/2017.

<sup>244</sup>Pedro Madeira Froufe, *The future (in White Paper) of Europe, according to Juncker*, disponível em <https://oficialblogofunio.com/2017/03/09/editorial-of-march-2017/#more-1764>, consultado em 11/04/2017.

<sup>245</sup> Manuel Lopes Porto e João Nogueira de Almeida, “Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 183.

do Estado. Nesse campo, a União Europeia move-se de forma a contrariar as suas próprias limitações institucionais, tentando assegurar essa concorrência eficazmente em todo o seu território fazendo chegar aqueles mecanismos a nível dos Estados Membros, através também dos fundos europeus, que compõe uma verdadeira *Super-Modernização* da matéria dos auxílios de Estado.

As Constituições assim (re)formadas, com aquele artigo 107.º modernizaram-se e modernizou-se o ordenamento jurídico nacional, deixando o artigo 107.º de ser letra facilmente esquecida. O paradigma atual do artigo 107.º - acompanhado do desenvolvimento de muitos outros preceitos do Tratado - pode ser um indicio das importantes respostas à questão essencial do nosso tempo: que futuro queremos nós? Estado-nação ou Estado Europeu? Apenas cooperação ou uma cada vez maior integração?





## Conclusões

Como refere MICHAEL BLAUBERGER, “(...) despite this prohibition, state aid control was for a long time seen as the ‘poor relative’ of European cartel and merger control”, isto é, reflete o autor que os auxílios de estado, sempre foram considerados os “parentes pobres” do direito da concorrência. A exigência de uma “ordenação” ou “regulação” supranacional tinha uma importância acrescida e quase *essencial* para o seu funcionamento (delimitação) porque, ao longo dos tempos, cada Estado sempre revelava a sua própria motivação para se desviar da proibição auxílios. Em tempos de crise essa reflexão dos auxílios na realidade tornava-se caótica, praticamente indecifrável.<sup>246</sup> A necessidade dessa regulação tornava-se cada vez mais evidente e inevitável.

Neste sentido, a União Europeia necessitou de se servir dos mais variados mecanismos para *ordenar e coordenar* as políticas dos Estados Membros, que as demais vezes cediam à pressão, prestando auxílios às suas empresas e fê-lo – pelo menos, sob o ponto de vista da sua eficácia – da melhor forma possível, a regra adquiriu uma nova relevância fundamental no direito da União Europeia, tornando-se uma das matérias mais analisadas e discutidas no Tribunal de Justiça. Finalmente, a regra dos auxílios de Estado deixou de ser, o *parente pobre* das regras da concorrência.

Em primeiro lugar, a Comissão Europeia, que *outrora* tentava negociar com os Estados Membros, a imagem dos auxílios de Estado admissíveis na União Europeia, conseguiu transformar-se no verdadeiro *concretizador* do que é um *bom* e um *mau* auxílio, através de um papel *policromado* – detém *poderes de supervisão, de investigação, consultivos e legislativos* – conseguindo, por essa via, elevar a concretização do projeto europeu.

Sob o ponto de vista jurídico, a determinação dessas competências não deixa de ser uma escolha (das muito difíceis) que a União Europeia teve que fazer, entre a concretização de um fim em detrimento da certeza e segurança jurídica, luz de qualquer ordem jurídica. Esta última nossa afirmação, de tom escurecido, tem por fundamento dois argumentos essenciais. Num primeiro momento, considerando o procedimento instalado no Regulamento de 2015, tendo em conta que só em 1999 - ou seja, volvidos apenas 18 anos – surgira o primeiro regulamento de matéria procedimento para a notificação de

---

<sup>246</sup> M. Blauberger, *Of ‘good’ and ‘bad’ subsidies: European state aid control through soft and hard law*, West European Politics, 2009.

auxílio, depressa nos apercebemos do longo caminho percorrido e dos largos passos dados. Na verdade, alocaram-se à execução do artigo 107.º, em geral através do pressuposto legislativo do artigo 106.º do Tratado, verdadeiros instrumentos de *direito* de vanguarda, não só em termos de interceção de um auxílio de Estado – tendo ficado resolvido o problema da não notificação dos auxílios de Estado, através da figura jurídica da denúncia, mas também no plano da investigação eficaz, em que surge a Comissão, como órgão policial, ao mesmo tempo em que se vislumbram traços típicos do poder judicial, uma vez que a própria Comissão pode decidir, preventivamente, e tendo em conta a investigação que previamente fez, a recuperação eficaz de um auxílio prestado.

Num segundo momento, na determinação jurídica do conceito de auxílio de Estado, a Comissão não deixou de reforçar o seu papel eminentemente político – fugindo da sua posição ao gênero *sitting duck*<sup>247</sup> a que parece aludir a expressão relativa à sua função de “velar pelo cumprimento dos tratados.” E conseguiu fazê-lo através dos instrumentos de *soft law*, que se tornaram verdadeiras regras - senão normas jurídicas – presentes nas decisões do Tribunal de justiça, em nome de um suposto *grau de previsibilidade*, por um caminho não menos controverso. Na verdade, o Tribunal estabeleceu um exercício de comparabilidade entre as decisões da Comissão sobre os auxílios de Estado, tomando por princípio o fundamento utilizado pela Comissão nas concessões de auxílios, analisando-o sob o *simples* ponto de vista *do principio da confiança legitima*, entre o agente económico e a administração.

Porventura, o Tribunal de Justiça assumiu o papel mais difícil neste enredo, de recriar e de moldar a sua jurisprudência, num cenário de nítida emergência de reafirmação política – não só da União Europeia que via na crise um espaço *de renascimento*, senão *de morte*, mas dos Estados Membros, que nacionalmente, tentavam justificar a coordenação austera dos “Senhores de Bruxelas.”

O juízo de ponderação no Tribunal de justiça, exigia *esquecer o coração*, ao mesmo tempo que o quadro legal do artigo 107.º, pelo seu teor literal, era altamente tentador, pois permitia um certo grau de *maleabilidade*. Na verdade, desde a definição do auxiliado até à definição de auxiliador, todos os preceitos legais foram alvo de uma

---

<sup>247</sup> A expressão inglesa “sitting duck” representa alguém vulnerável ao ataque físico ou verbal, aludindo à imagem de um pato a boiar sobre a água, sem suspeitar que é objeto de um predador. Cfr. Sobre a expressão <https://idioms.thefreedictionary.com/sitting+duck> consultado a 30/10/2017.

densificação jurídica cuidada, que não deixou de reafirmar um padrão cultural concorrencial jurídico, tão ansiado pelos europeístas, em tempos de crise.

Por outro lado, a definição de seletividade, não estando sequer prevista na letra do artigo 107.º do Tratado, desenvolveu-se num plano *jus fundamental*, cuja apreciação, a par e passo, gerou *imprevisibilidade* nas decisões do Tribunal que cedeu à realidade política que se desenrolava no pano de fundo, tornando trêmula a típica rigidez com que, até à data, as decisões revestiam carácter predominantemente restritivo no que toca à concessão de auxílios de Estado na União Europeia. Em especial, no jogo de apreciação entre as *empresas em situação jurídica e factualmente comprável*, ou seja, na determinação das empresas alvo de discriminação jurídica, as regras não foram claras. A dificuldade facilmente se compreende, afinal, no conceito de seletividade, reunia-se a avaliação da proporcionalidade e da discriminação de uma medida nacional.

Aqui chegados, a preocupação com a matéria de auxílios de Estado tem um fundamento simples e facilmente perceptível: os auxílios de Estado são, por princípio, proibidos na União Europeia - opção que legislativa que reflete a importância da regra. Reiteramos, em princípio, os auxílios são proibidos na União Europeia. O facto é que a problemática atravessa um novo período - de crise e reafirmação da regulação em matéria de Auxílios de Estado, de onde o confronto entre os auxílios e os não auxílios trazem desafios nesta área de atuação, importando, por isso mesmo, conhecer, através do contraste, os seus contornos normativos. Neste sentido, decisões como o Acórdão *Lückbeck* e o Acórdão *Eventech*, que não deixam de ser resultado de uma proibição genérica – mas também resultado da imprecisão do Tratado e da diversidade das preferências dos Estados Membros – o que não deixa de ser acutilante do ponto de vista da certeza e segurança jurídica na ordem jurídica europeia.

Porventura, compre-nos refletir que perante uma intervenção pública, existem efeitos que se propagam para lá da violação da proibição da prestação de auxílio. Existe um perigo maior, numa perspetiva de integração, de bloquear o efeito útil do projeto europeu através da possível violação de um princípio de cooperação leal entre os Estados Membros, subjacente ao comportamento discriminatório do Estado em relação às suas empresas. Assim, arriscar-nos-íamos a escrever que, em matéria de concorrência e, em especial, na matéria dos auxílios de Estado, *nada é*, somente, o que diz *ser*.

A regra de proibição dos auxílios de Estado não é uma norma da concorrência, antes é, na verdade, um novo espaço de aprofundamento de integração.

Desde 2008, o relativismo da aplicação do conceito de auxílio de Estado fez surgir uma política europeia de desenvolvimento da prestação de auxílios por parte dos Estados Membros, que se desenhou, por todas aquelas vias, através da aplicação dos elementos normativos de uma regra da concorrência – e não só através das exceções do 107.º, n.º 2 e 3 como sempre foi expectável - mas através da proibição genérica, *maleável*, do 107.º n.º 1.

A União Europeia procurou construir, de forma reativa, instrumentos jurídicos e políticos de redefinição dos auxílios de Estado compatíveis com o mercado interno, concebendo-os à imagem da ordem jurídica europeia, num claro sentido da “europeização da política de auxílios.” *Mas teria chegado a existir uma politica anti-crise?* Sob este ponto de vista, *nada mais duvidoso.*<sup>248</sup> Afinal, esta regra da concorrência, que *devagar foi ao longe*,<sup>249</sup> sempre ditou o caminho a seguir pelos Estado Membros, o que não podia ser mais significativo da integração europeia que nos envolve.

---

<sup>248</sup> António Carlos Santos, Revista de Concorrência e Regulação, Ano 1, N.º 3, julho-setembro 2010, pp. 210.

<sup>249</sup> Expressão que significa que “Com perseverança e sem precipitação, consegue-se o que se deseja, ou realiza-se o que se empreende”, informação disponível em Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013, <https://www.priberam.pt/dlpo/devagar%20se%20vai%20ao%20longe> , consultado em 31-10-2017.

## Bibliografia

ABREU, Joana Rita Covelo, O Mercado Único Digital e o seu desígnio político constitucional: o impacto da Agenda Eletrónica Europeia nas soluções de interoperabilidade, UNIO - EU Law Journal. Vol. 3, N.º 1, janeiro 2017, Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Escola de Direito – Universidade do Minho,

ADRIANN, G.T.K., Niels, Introduction: antitrust in the U.S. and the E.U.-converging or diverging paths?, Antitrust bulletin, Federal Legal Publications Inc., 2005;

ALMEIDA, João José Nogueira de. A restituição das ajudas de Estado concedidas em violação do direito comunitário. Coimbra Editora, 1997;

AMATO, G. / EHLERMANN, CLAUS-DIETER – EC Competition Law. An Critical Assessment , Hart Publishing, Oxford, 2007;

ANASTÁCIO, Gonçalo, PORTO, Manuel Lopes, coord., Tratado de Lisboa: Anotado e Comentado, Almedina, 2012;

BARTOSCH, Is there a need for a rule of reason in European State Aid law?: Or how to arrive at a coherent concept of material selectivity?, Kluwer Law International, 2010.

BAVASSO, ANTÓNIO – Communications in EU Antitrust Law : Market Power and Public Interest , European Monographs, Kluwer Law International, 2003;

BLAUBERGER, Michael, Of ‘good’and ‘bad’subsidies: European state aid control through soft and hard law, West European Politics, 2009;

BLAUBERGER, Michael, *From Negative to Positive Integration? European State Aid Control Through Soft and Hard Law*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln, Max Planck Institute for the Study of Societies, Cologne, 2008,

CADETE, Eduardo Maia, Concorrência e Serviços de Interesse Económico Geral, Principia, 2005;

CALVETE, Victor José, De que falamos quando falamos de Política da Concorrência, in Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa, Universidade Católica Edições, 2002;

CAMPOS, João Mota de, Direito Comunitário, I Volume, O Direito Institucional, 7ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1995;

CAMPOS, João Mota de, Manual de direito europeu : o sistema institucional, a ordem jurídica, o ordenamento económico da União Europeia, Coimbra Editora, 2014;

CAMPOS, Manuel Fontaine, *Fundamentos Economicos da concessão de ajudas públicas no mercado nacional*, Universidade de Coimbra, Boletim de Ciencias Economicas, Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, Volume LVII, Tomo II, 2014

CHARBIT, Nicolas, LeDroit de la ConcurrenceetleServicePublic ,L'Harmattan, Paris, 2002;

CLAMOUR, Guylain, Interêt General etConcurrence: Essaisur la pérennitéduDroitPublicenEconomie ,Dalloz, Paris, 2006;

CORREIA, António Ferrer, Lições de Direito Internacional Privado, Almedina, Coimbra, 2000,

CUNHA, António José Avelãs, NUNES, Luís Pedro, MARTINS, Maria Inês de Oliveira O sentido da atribuição de auxílios de Estado numa economia de mercado. A impossibilidade lógica da existência dos auxílios de Estado numa economia de mercado funcionando de acordo com o regime da concorrência perfeita, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, Coimbra Editora, 2012;

EWING, K.Y., *Competition Rules for the 21st Century: Principles from America's Experience* ( 2nd Edition ), Kluwer Law International, 2006;

FERREIRA DA CUNHA, P. – *Novo Direito Constitucional Europeu* , Almedina, Coimbra, 2005;

FIORDELISI, Franco, SALVATORE, Davide Mare, MOLYNEUX, Philip *State-Aid, Stability and Competition in European Banking*, Munich Personal RePEc Archive, Paper No. 67473, 2015;

FRIEDMAN, Milton, *Capitalism and freedom*, University of Chicago press, 1962;

FROUFE, Pedro M., *A aplicação dos Artigos 81.º e 82.º do Tratado CE: O Novo Regime Instituído pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho*, TEMAS DE INTEGRAÇÃO, nº 19, 1º semestre de 2005;

FROUFE, Pedro M., *A reforma do direito comunitário da concorrência: o sentido descentralizador e/ou recentralizador do regulamento (CE) n.º1/2003*, Tese de Doutoramento, Universidade do Minho, Setembro de 2009;

FROUFE, Pedro M. – *Sinais de Mudança no Direito da Concorrência*, Alguns tópicos de discussão, Estudos em Comemoração do Décimo Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho, Universidade do Minho, Escola de Direito, Almedina, 2004;

FROUFE, Pedro Madeira, *The future (in WhitePaper) of Europe, according to Juncker*, UNIO – EU LAW – official blog, 11 de abril de 2017, disponível na Internet em <https://officialblogofunio.com/2017/03/09/editorial-of-march-2017/#more-1764> ;

GRASSINI, Stefano *The Modernization Process of EU State Aid Law: The Search for the Right Balance Between State Intervention and the Invisible Hand*, 28 de Maio de 2014, disponível na Internet em <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-modernization-process-of-eu-state-aid-law-the-search-for-the-right-balance-between-state-intervention-and-the-invisible-hand/> ;

GEORGIEV, George Stephanov, Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S. – Style Antitrust Settlements in EU Law, *Utah Law Review*, vol., nº 4, 2007;

GERADIN, DAMIEN; PETIT, NICOLAS, Judicial Remedies under EC Competition Law: Complex Issues arising from the «Modernisation» Process, in *Fordham Corporate Law*, 2005, disponível na Internet em: <http://ssrn.com/abstract=877967>;

GOMES, J.I. Caramelo, *O contencioso dos Auxílios públicos*, Universidade Católica, Lisboa, 1994;

GOMES, J.I. Caramelo, *Lições de Direito da União Europeia*, Almedina, 2009;

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Almedina, 1999.

HANCHER, L., OTTERVANGER, T., SLOT, P. J., *EC StateAids*, EuropeanPracticeLibrary, ChanceryLawPublishing, Chichester, 1993  
MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Reimpressão, Almedina, 2014;

HARRINGTON, Joseph E., *Antitrust enforcement*, *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2.ª Edição, 2008.

HEIDENHAIN, Martin. *European State Aid Law*, Verlag C.H. Beck Munchen 2010.

HORSTMANN, Niklas, KRAMERT, Jan, SCHNURRT, Daniel, *Oligopoly Competition in Continuous Time*, 2015;

JAEGER, Thomas, *State aid law is an instrument of the state design*, 30 de maio de 2016, disponível na Internet em <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaid/post/8816>;

KOCIUBINSKI, Jakub, *Selectivity criterion in state aid control*, *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics*, Vol 2, No, 2012, disponível na Internet em <http://wrlae.prawo.uni.wroc.pl/index.php/wrlae/article/view/25/29>



LOPES, António Calado, *Governança Económica da União Europeia e o Tratado Constitucional Proposto*, Tribuna, Fev. 2006;

LOPEZ, Juan Jorge Piernas, *European State Aid Law Quarterly*, *European State Aid Law*, Volume 15 (2016), Issue 1,

MADURO, Miguel Poiares, *A Constituição Plural, Constitucionalismo e União Europeia*, Editora Principia, 1ª edição, 2006;

MAJONE, G., *From the positive to the regulatory state: causes and consequences of changes in the mode of governance*. *Journal of public policy*, Cambridge University Press, 1997;

MARCELINO, Carla, *Auxílios do Estado - Introdução ao conceito à luz do Artigo 107º do TFUE e do atual contexto europeu*, *Revista e-publica*, Vol. 3, nº 2, Novembro de 2016, disponível na internet em <http://e-publica.pt/v3n2a07.html> ;

MARQUES, Alfredo, *Economia da União Europeia*, Almedina, 2006;

MARTINS, João Zenha, *Auxílios de Estado, Auxílios de Estado-Escritos*, Nova Causa Edições jurídicas, 2017,

MARTINS, Manuel, *Auxílios de Estado: no Direito Comunitário*, Principia, 2002;

MATOS, Nuno Albuquerque, *Auxílios de Estado: financiamento dos serviços de interesse económico geral*, Coimbra, 2015;

MESQUITA, Maria José, *Efeitos dos Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferidos no âmbito de uma ação por incumprimento*, Livraria Almedina, 1997;

MORAIS, Luís D. S., *O Mercado Comum e os Auxílios Públicos - Novas Perspetivas*, Almedina, Coimbra, 1993;

MOREIRA, Teresa, Crise Política de Concorrência – alguns comentários. Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal. Ano 1 n.º 4, 2009;

MOREIRA, Vital. “Serviços de interesse económico geral e mercado”, In: M.M. Leitão Marques e Vital Moreira, A mão visível. Mercado e Regulação, Coimbra: Almedina, 2003.

MOTA, Jorge; A União Europeia e os auxílios concedidos pelos Estados Membros: Breve comentário. A fiscalidade como instrumento de recuperação, Vida Económica, 2011;

NETTESHEIM, Martin, Les services d'intérêt general en droit communautaire entre libre concurrence et état social”.in RIDC, n. 3, 2008.

PAIS, Sofia, Princípios fundamentais de direito da União Europeia — uma abordagem jurisprudencial, 3.ª edição, Editora Almedina, 2013;

PEREIRA, Miguel Mendes, Lei da Concorrência. Anotada, Coimbra Editora, 2009;

PHENDON, Nicolaides, Competition and Services of General Economic Interest na UE: reconciling Economics and Law, European State Aid Law Quarterly, 2003.

PHENDON, Nicolaides, Developments on the Concepts of Advantage and Selectivity, publicado a 10 de janeiro de 2016, disponível na Internet em <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/7738> ;

PHENDON, Nicolaides, An Exception Is Not Necessarily Selective: The Case of the Spanish Tax Lease, 5 de janeiro de 2016, disponível na Internet em <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/4443> ;

PHENDON, Nicolaides, The Jurisdictional Side of Selectivity, 30 de setembro de 2014, disponível na Internet em <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/36> ;

PORTO, Manuel Carlos Lopes, Teoria da Integração e políticas comunitárias face aos desafios da globalização, Almedina, 2009;

PORTO, Manuel Carlos Lopes, Os novos desafios e exigências do Direito da concorrência, Estudos de Homenagem ao Doutor António Castanheira Neves, Coimbra, 2009;

QUADROS, Fausto de, Contencioso comunitário, Almedina, 2002;

RANGEL, Paulo, O Estado do Estado. Ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia, Editora Alfragide: Dom Quixote, 2009;

RODRIGUES, Nuno Cunha, Auxílios de Estado com finalidade regional, in Estudos em Homenagem ao Prof. Pitta e Cunha, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010;

SANTOS, António Carlos, Auxílios do Estado e fiscalidade, Almedina, 2003;

SCHMAUCH, Magnus, EU Law on the state aid to Airlines: Law, economics and policy, Lexxion Publisher, Berlim,

SCHMIDT, André, Making European Merger Policy More Predictable, A Study Commissioned by the European Round Table of Industrialists, Bruxelas.

SIERRA, J.L. Buendía, *State Aid Control and the new Competition Law*, A. Creus (ed.), La Ley de Defensa de la Competencia, Asociación Española de Defensa de la Competencia, Madrid, 2008, p. 279-288.

SILVA, M. MOURA, Direito da Concorrência. Uma Introdução Jurisprudencial, Lisboa, Almedina, 2008;

SILVEIRA, Alessandra, Princípios de Direito da União Europeia, Doutrina e Jurisprudência, 2.<sup>a</sup> edição atualizada e ampliada, Editora QuidIuris, 2011;

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FOUFRE, Pedro Madeira (Coord.), Direito da União Europeia, Elementos de Direito e Políticas da União, Almedina, 2016;

STRUY, M. L., Question choisies de procédure en matière d'aides d'Etat, RTDE, 1993;

SZYSZCZAK, Erika, Article 263(4) TFEU: Third Party Challenges to State Aid Decisions, 5 de Outubro de 2014, disponível na Internet em <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaid/post/7230> ;

VILAÇA, J.L. Cruz, Política de concorrência: o caminho da modernização, in Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa:50 anos do Tratado de Lisboa, Ancora, 2007;

TENREIRO, Mário Paulo, Direito comunitário da concorrência – significado e autonomia do critério de afetação do comércio entre os Estados Membros face à realização do mercado único», Revista de Direito e Economia, ano 15, 1989,

WISE, M., Competition Law and Policy in the European Union, OCDE, Paris, 2005.

## **Lista de Acórdão**

Acórdão do TG de 29 de Março de 2007, Scott SA contra Comissão, processo T-369/00

Acórdão do TG de 11 de Junho de 2009, *República da Itália contra Comissão europeia*, Processo T- 222/04, ECLI:EU: T:2009:194 .

Acórdão do TG de 28 de outubro de 2015, HammarNordicPlugg contra Comissão, Processo T-253/12.

Acórdão TJ de 23 de fevereiro de 1961, *Steenkolenmijnen*, Processo 30/59; ECLI:EU:C:1960:6.

Acórdão TJ de 12 de julho de 1973, *Comissão contra Alemanha*, Processo 70/72;

Acórdão TJ de 2 de julho de 1974, *Itália/Comissão*, Processo 173/73, ECLI:EU:C:1994:100.

Acórdão TJ de 24 de fevereiro de 1987, *Deufil*, Processo 310/85, ECLI:EU:C:1987:96.

Acórdão TJ de 12 de Julho de 1990, *Cofaz*, Processo C-169/84.

Acórdão TJ de 21 de março de 1991, *Comissão contra Itália*, processo C-303/88

Acórdão do TJ de 23 de abril de 1991, *Hofner e Elser*, Processo C-41/90, Colect., p. I-1979.

Acórdão TJ de 12 de outubro de 2000, *Magfesa*, Processo C-480/98.

Acórdão TJ de 20 de setembro de 2001, *Courage*, Processo C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465.

Acórdão TJ de 16 de maio de 2002, *França contra Comissão* processo C-482/99.

Acórdão TJ de 17 de setembro de 2002, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbert Will e outros contra República da Alemanha*, processo C-392/00.

Acórdão TJ de 1 de abril de 2004, *Itália c. Comissão (I)*, Processo C-99/02, Colet., p. I-3353.

Acórdão TJ de 13 de julho de 2006, *Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA e Nicolò Tricarico e Pasqualina Murgolo contra Assitalia SpA*, Processo C-295/04 a C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 .

Acórdão do TJ de 6 de setembro de 2006, *República Portuguesa contra Comissão das Comunidades Europeias*, Processo C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511.

Acórdão TJ de 5 de outubro de 2006, *Transpeline Olleitung*, processo C-368/04;

Acórdão TJ de 1 de julho de 2010, *BPN*, processo T-335/08;

Acórdão TJ de 8 de setembro de 2011, *Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate contra Paint Graphos Soc. coop. Arl*, processos apensos C 78/08 a C 80/08;

Acórdão TJ de 8 de setembro de 2011, *Paint Graphos*, Processos apensos C-78/08 e C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550.

Acórdão TJ de 15 de novembro de 2011, *Comissão contra Gibraltar/Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*.

Acórdão TJ de 17 de novembro de 2011, *Comissão c. Itália (II)*, Processo C-496/09, ponto n.º 60, ECLI:EU:C:2011:740.

Acórdão do TJ de 24 de Janeiro de 2013, *Frucona Košice a.s. contra Comissão Europeia*, Processo C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32.

Acórdão do TJ de 19 de março de 2013, *Bouygues SA e Bouygues Télécom SA contra Comissão Europeia*, Processos apensos C-399/10 P e C-401/10 P, ECLI:EU:C:2013:175.

Acórdão TJ de 14 de janeiro de 2015, *Eventech Ltd contra Parking Adjudicator*, Processo C-518/13 , ECLI:EU:C:2015:9.

Acórdão Tribunal de Primeira Instancia, 23 de janeiro de 2015, *Banco Privado Português, SA e a Massa Insolvente do Banco Privado Português, SA*, Processo T-487/11, EU: T:2014:1077.

Acórdão TJ de 17 de setembro de 2014, *CommerzNederlandNV*, processo C-242/13, ponto 36, ECLI:EU:C:2014:2224.

Acórdão TJ de 9 de outubro de 2014, *Navantia SA*, Processo C-522/13, ECLI:EU:C:2014:2262;

Acórdão TJ 18 de dezembro de 2014, *SomalischeVerenging*, processo C-519/14;

Acórdão TJ de 19 de março de 2015, *OTP BankNyrt contra MagyarÁllam*, processo C 672/13;

Acórdão TJ de 16 de julho de 2015, *BVVG BodenverwertungsundverwaltungsGmbH*, processo C-39/14;

Acórdão TJ de 3 de setembro de 2015, *A2A SpA contra AgenziadelleEntrate*, processo C-89/14;

Acórdão do TJ de 15 de outubro de 2015, *Juan Miguel Iglesias Gutiérrez ElisabetRionBea*, processo C 352/14;

Acórdão de 11 de novembro de 2015, *KlausnerHolzNiedersachsenGmbH Contra Land NordrheinWestfalen*, Processo C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742.

Acórdão TJ de 18 de fevereiro de 2016, *Kotnik e o.*, Processo C-526/14, ECLI:EU:C:2016:102.

Acórdão TJ de 21 de abril de 2016, *Bélgica contra Comissão*, processo C-270/15 P.

Acórdão TJ de 2 de junho de 2016, *Paul Vervolet*, processo C-76/15.

Acórdão do TJ de 14 de julho de 2016, *República Federal Alemã contra Comissão Europeia*;

Acórdão do Tribunal Geral de 14 de julho de 2016, *República Federal da Alemanha contra Comissão Europeia*, Processo T-143/12, ECLI:EU:T:2016:406 .

Acórdão do TJ de 21 de julho de 2016, *VM Remonts*, Processo C-542/14 e o Processo C-194/14, ECLI:EU:C:2016:578.

Acórdão do TJ de 30 de novembro de 2016, *Comissão contra Orange e República Francesa*, processo C-486/15 P.

Acórdão TJ de 21 de dezembro de 2016, *Aer Lingus e Ryanair contra Comissão*, processo C-164/15 P e C-165/15 P, ECLI:EU:C:2011:732.

Acórdão do TJ de 21 de dezembro de 2016, *Comissão contra Hansestadt Lubeck*, Processo C-514/14 ECLI:EU:C:2016:97

Acórdão TJ de 17 de dezembro de 2016, *Reino de Espanha, Lico Leasing, SA, Pequeños y Medianos Astilleros Sociedad de Reversión, SA, contra Comissão Europeia*, processos apensos T-515/13 e T-719/13, ECLI:EU:T:2015:1004



Acórdão do TJ de 21 de dezembro de 2016, Comissão *contra World Duty Free Group SA, anteriormente Autogrill España SA, Banco Santander SA, Santusa Holding SL*, Processo C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981.

Acórdão TJ de 27 de junho de 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania/Ayuntamiento de Getafe*, Processo C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496.