

A APRECIÇÃO do REGIME EUROPEU de AUXÍLIOS de ESTADO pelos TRIBUNAIS NACIONAIS e pelo TJUE

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

António Carlos dos Santos

Lisboa, 30 de janeiro de 2015

Intervencionismo versus neutralidade concorrencial (1)

- Os Estados interferem na economia e nos mercados de formas muito diferentes e por razões muito diversas
- A teoria económica clássica (dominante) defende que, em economia de mercado concorrencial, a intervenção estatal provoca, em regra, distorções de concorrência pelo que deve ser evitada

Intervencionismo versus neutralidade concorrencial (2)

- A regra é assim a promoção e defesa da concorrência no mercado interno (um mercado institucional construído por ação pública) e a exceção a ação do Estado em apoio de agentes económicos, setores e empresas
- As “falhas de mercado” como justificação das medidas estatais de apoio (“economia social de mercado”) e a necessidade de um balanço económico das medidas estatais
- Em maio de 2012, a Comissão lançou uma vasta iniciativa de modernização dos auxílios estatais com vista a facilitar a utilização dos especialmente destinados a colmatar deficiências do mercado e a alcançar objetivos de interesse comum europeu.

Regime europeu dos Auxílios de Estado

- **Regime geral** (artigos 107º a 109º do TFUE)
 - princípio da incompatibilidade com o mercado interno
 - possibilidade de derrogação da incompatibilidade pela Comissão (107/2) ou pelo Conselho (108/2)
- **Regimes específicos**
 - agricultura (42º TFUE)
 - transportes (93º TFUE)
 - produção e comércio de armamento (346º TFUE)
 - zonas francas em RUP (349 TFUE)
 - SIEG (art. 106/2 TFUE)

Princípio da incompatibilidade (TFUE art. 107º/1)

- “Salvo disposição em contrário dos Tratados, são *incompatíveis* com o mercado interno, na medida em que *afetem as trocas comerciais* entre os Estados-Membros, os auxílios *concedidos pelos Estados* ou *provenientes de recursos estatais*, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a *concorrência*, favorecendo certas empresas ou certas produções”

A noção de auxílio de Estado, uma construção jurisprudencial: elementos

- Aquisição de uma vantagem que não advém do livre funcionamento do mercado
- Imputação a poderes públicos e efetuada com recursos públicos
- Seletividade da medida (não resulta de políticas económicas de carácter geral)
- Distorção da concorrência
- Afetação do comércio intracomunitário

NOTA: Os TN podem interpretar o conceito de AE

Elementos indiferentes para a qualificação de uma medida como AE

- Princípio da indiferença da forma
- Princípio da indiferença dos fins ou objetivos
- A teoria dos “efeitos”
- NOTA: Estes elementos são vistos como indiferentes para a existência de um AE, mas não o são para a definição do seu regime

Formas de Auxílios de Estado

- **Positivos** – Auxílios orçamentais (*positive State Aid*)
 - subsídios, subvenções em dinheiro ou espécie
 - participação no capital, sem envolvimento em atividade comercial
 - transferências provisórias (empréstimos facilitados, cobranças diferidas)
 - regimes de garantias, etc.
- **Negativos** – Auxílios tributários (*negative State aid*)
 - benefícios e incentivos fiscais dos mais variados tipos a empresas ou setores de produção

Objetivos dos Auxílios: exemplos

- Desenvolvimento regional (AE regionais)
- Reestruturação e desenvolvimento setorial (AE setoriais)
- Promoção de funções específicas de empresas (AE horizontais)
- Promoção do investimento direto externo
- Reestruturações empresariais

Progressivo alargamento dos objetivos da regulação comunitária dos AE

- Defesa da concorrência interempresarial
- Realização do mercado interno
- Contribuir para objetivos relevantes da UE
- Estabilidade orçamental dos EM (os PEC)
- Combate à concorrência fiscal prejudicial (articulação com o regime do Código de conduta sobre a fiscalidade direta das empresas)

Noção de AE

- Do exposto resulta uma noção muito ampla de *auxílios*, equivalente a toda e qualquer vantagem, direta ou indiretamente, atribuída pelos poderes públicos nacionais a certas empresas, independentemente dos seus objetivos e da sua forma, através de recursos públicos ou de recursos privados, quando proporcionados mediante regras de direito público ou, eventualmente, atos ou mesmo inações de autoridades públicas.

MEDIDAS EXCLUÍDAS DA NOÇÃO DE AUXÍLIO

- Subsídios privados ou públicos sem recurso a fundos públicos
- Subsídios normativos
- Medidas económicas gerais, quando beneficiam de modo uniforme a economia de um país no seu conjunto, como ocorre, em regra, com os casos dos normativos fiscais gerais (não derogatórios), das leis da segurança social ou das medidas de política monetária.
- Medidas de impacto meramente local

Derrogações ao Princípio da Incompatibilidade

- Automáticas (*ex lege*) (107/2)
- Facultativas (107/3) – a analisar pela Comissão

Segundo a Comissão, “são admitidas algumas exceções às regras gerais. Os auxílios estatais são admissíveis se houver perspectivas reais de uma empresa em dificuldade, ou uma nova empresa, vir a ser rentável e se a concessão desses auxílios for no interesse da União Europeia (por exemplo, se ajudarem a manter ou a criar postos de trabalho).

O principal critério a ter em conta é determinar se os consumidores são beneficiados ou se outras empresas são prejudicadas.

A Comissão autoriza frequentemente auxílios à investigação e à inovação, ao desenvolvimento regional e às PME, na medida em que contribuem para a realização de vários objetivos gerais da União Europeia”

Após uma avaliação preliminar, a Comissão tem, em média, autorizado cerca de 85% de todos os auxílios estatais notificados.

- Políticas (excepcionais) (108/2)

Princípios diretores do regime

- No plano jurídico:
 - aplicabilidade direta e primado do Direito Europeu; efeito direto do art 108/3 TFUE
 - partilha de competências UE/EM: o critério da afetação das trocas (ver o art. 65.º da Lei n.º 19/2012, de 8.05)
- Filosofia económica: primado do princípio da neutralidade e da subsidiariedade da ação dos Estados (“falhas de mercado”)

Regime geral (direito derivado)

- O regime dos Tratados é completado por diversos diplomas substantivos e processuais, sendo os mais importantes os seguintes:
 - Regulamento Geral de Isenções por Categoria [Reg. 800/2008 (COM), de 6.8.2008], aplicável a auxílios e regimes de auxílios que sejam transparentes e produzam um efeito de incentivo
 - Regulamento de Processo (Reg. n.º 659/1999, do Conselho, de 22.3.1999) e Regulamento de Execução (Reg. n.º 794/2004, da Com., de 21.4)

PRINCÍPIOS SUBJACENTES ÀS ORIENTAÇÕES DA COMISSÃO

- **Exemplos**

- Princípio do investidor privado
- Princípio do credor privado
- Princípio do interesse europeu
- Cláusula da natureza e economia do sistema
- Princípio do caráter temporário e degressivo
- Princípio da proporcionalidade
- Princípio do efeito de incentivo

ORIENTAÇÕES da COMISSÃO: exemplos de 3 áreas relevantes

- **Serviços de interesse económico geral (SIEG)**
 - Enquadramento comunitário dos AE sob a forma de compensação de serviços públicos, JOCE 297, de 29.11.2005
 - Documento de trabalho da Comissão de 23.03.2011 relativo à aplicação das regras da UE em matéria de auxílios estatais aos serviços de interesse económico geral desde 2005 e resultados da consulta pública SEC(2011) 397
 - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 20 de Novembro de 2007, que acompanha a comunicação “Um mercado único para a Europa do século XXI” – Os serviços de interesse geral, incluindo os serviços sociais de interesse geral: um novo compromisso europeu [[COM\(2007\) 725](#)final – Não publicada no Jornal Oficial].
- **Fiscalidade direta**
 - Comunicação da Comissão de 11.11.98 sobre AE em sede de fiscalidade direta (JOCE 10.12.98)
 - Relatório de 2004 sobre a aplicação desta Comunicação [COM (2004) 434, 9.2. 2004]
- **Auxílios regionais**
 - Orientações relativas a AE com finalidade regional para o período 2014-2020, de 23.7 (JO 2013/C, 209/01)

A QUESTÃO DA NATUREZA JURÍDICA DAS ORIENTAÇÕES DA
COMISSÃO: MERO SOFT LAW?

Linhas genéricas do regime geral

- Comunicação prévia, pelos EM, à Comissão dos auxílios novos e da modificação dos existentes (existe uma obrigação de suspensão das medidas ou *standstill*)
- Análise pela Comissão dos auxílios de Estado comunicados, podendo ser declarada ou não a sua compatibilidade (art. 107, n.ºs 2 e 3): esta é uma competência exclusiva da Comissão
- Análise permanente dos auxílios existentes
- Obrigação de recuperação dos auxílios ilegais ou incompatíveis

AE ILEGAIS e AE INCOMPATÍVEIS

- Os auxílios concedidos sem observância de notificação (ou sem aguardarem decisão da Comissão) são *ilegais*; os auxílios que provoquem efeitos nocivos para o mercado interno são declarados *incompatíveis*.
- A ilegalidade, ao contrário da incompatibilidade pode ser apreciada pelos TN.
- De acordo com o RP (art. 14.º, n.1), nas decisões negativas relativas a estes auxílios, a Comissão emitirá uma decisão no sentido de o EM em causa dever tomar as medidas necessárias para recuperar o auxílio do beneficiário, incluindo juros.
- Compete aos EM, observando o seu próprio direito, efetivar junto dos beneficiários a obrigação de reembolso dos auxílios ilegais

Art. 108, n.º 3 TFUE

- Redação:

“ Para que possa apresentar as suas observações, deve a Comissão ser informada atempadamente dos projetos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios. Se a Comissão considerar que determinado projeto de auxílio não é compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107º, deve sem demora dar início ao procedimento previsto no número anterior [*procedimento formal de investigação*]. O Estado-Membro em causa não pode pôr em execução as medidas projetadas antes de tal procedimento haver sido objeto de uma decisão final”.

NOTA:

Este normativo, que prevê uma obrigação de *standstill* e origina direitos individuais para as partes afetadas, tem efeito direto, sendo aplicável pelos TN que, nessa aplicação, devem ter em conta os interesses da União

O ARTIGO 108.º TFUE e os TRIBUNAIS NACIONAIS

- Os TN podem ordenar as seguintes medidas relativas a AE ilegais:
 - a) impedir o pagamento do AE ilegal;
 - b) exigir a recuperação do AE ilegal (compatível ou não);
 - c) exigir a recuperação dos juros relativos ao período da ilegalidade;
 - d) conceder indemnizações por perdas e danos a concorrentes e partes interessadas; e
 - e) ordenar medidas provisórias (providências cautelares, depósitos em contas bloqueadas, recuperação provisória) contra o AE ilegal

Princípios que regem a aplicação das regras processuais nacionais

- Princípio da equivalência

“As normas processuais nacionais aplicadas a pedidos ao abrigo do art 108, n.º 3 TFUE não podem ser menos favoráveis que as relativas a direitos com origem na ordem jurídica interna”

- Princípio da efetividade

“As normas processuais nacionais não podem tornar excessivamente difícil ou impossibilitar na prática o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária”

COOPERAÇÃO ENTRE COMISSÃO E TRIBUNAIS NACIONAIS (TN)

- Em 25 de fevereiro de 2009, a Comissão publicou uma Comunicação relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios de Estado pelos tribunais nacionais (COM) 2009/C 85/01), em substituição de uma outra de 1995 (disponível in: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:085:0001:0022:PT:PDF>)
- A nova Comunicação visa essencialmente:
 - apoiar os TN e requerentes potenciais sobre as soluções existentes para a violação das regras de AE
 - fornecer orientações quanto à aplicação destas regras, tendo em conta os acórdãos do TJUE, as decisões da Comissão e as suas orientações

ASSISTÊNCIA DA COMISSÃO AOS TRIBUNAIS NACIONAIS

Trata-se de uma assistência voluntária que pode assumir a forma de:

- Transmissão de *informações relevantes* que tenha em sua posse a efetuar num mês; ou de
- Emissão de *pareceres não vinculativos* sobre questões relativas à aplicação das regras dos AE a elaborar num prazo de quatro meses

Matérias suscetíveis de elaboração de parecer

- Qualificação de uma medida como AE e cálculo do seu montante
- Cumprimento ou não dos requisitos do regulamento geral de isenção
- Se a medida é abrangida por um regime de auxílio específico já aprovado
- Se existem circunstâncias excepcionais impeditivas da ordenação da recuperação do AE
- Assistência no cálculo de juros e na identificação da taxa de juro aplicável
- Requisitos prévios da ação de indemnização e determinação dos danos sofridos

EXEMPLOS de CASOS DISCUTIDOS NOS TN

- Acórdão do STA de 15 de março de 2000
- Acórdão de 13 de novembro de 2002

Em todos se concluiu pela inexistência de um auxílio estatal ilegal.

- Ver tb. Parecer da PGR n.º 41/2002, de 28 de setembro de 2002

Pedidos de decisão a título prejudicial (art. 267.º TFUE)

- Reenvio a título prejudicial:
 - sobre interpretação dos Tratados e atos
 - sobre a validade de atos das Instituições e órgãos
 - reenvio obrigatório e facultativo

DOIS EXEMPLOS DE DECISÕES DO TJUE SOBRE CASOS PORTUGUESES

- O Caso Açores (acórdão do TJCE de 6 de setembro de 2006) e o conceito de autonomia
 - autonomia constitucional
 - autonomia procedimental
 - autonomia financeira
- O Caso BPP (garantias de Estado) acórdão de 12 de dezembro de 2014

BIBLIOGRAFIA

De A. C. dos Santos

- “ O estranho caso do conceito comunitário de autonomia suficiente em sede de auxílios de Estado sob forma fiscal (Comentário ao acórdão do TJCE de 6 de Setembro de 2006 relativo à insuficiente autonomia da Região Autónoma dos Açores)”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º1, Primavera 2008, p. 235-258;
- “Aides d’État, Code de Conduite et Concurrence Fiscale dans l’Union européenne: Les Centres d’Affaires comme Cibles” *Revue Internationale de Droit Économique*, n.º 2004/1 (t. XVIII), p. 9-45 ;
- “Crise financeira e auxílios de Estado – Risco sistémico ou risco moral?”, *C&R, Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 3, 2010, pp. 209-234;
- *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra: Almedina, 2003
- *L’Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, Bruxelles / Paris : Bruylant / L.G.D.J., 2009 (tese de doutoramento com prefácio do Prof. Jacques MALHERBE)

De outros autores

- BERNABEU, B. P., *Ayudas de Estado en la Jurisprudencia Comunitaria, Concepto y Tratamiento*, Valencia: tirant lo blanch, 2008
- DONY, M. & SMITS, C. (ed.), *Aides d’État*, Bruxelles, IEE, , 2005
- DONY, *Contrôle des aides d’État*, Bruxelles: IEE, 2007
- MARTINS, M. , *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, Cascais: Principia, 2002
- QUIGLEY, C. & COLLINS, A. M., *EC State Aid Law and Policy*, Oxford: Hart Publishing, 2003

OBRIGADO PELA ATENÇÃO

acsantos@iseg.utl.pt

965057217