

CRISE FINANCEIRA E AUXÍLIOS DE ESTADO RISCO SISTÊMICO OU RISCO MORAL?

*António Carlos dos Santos**

ABSTRACT: The author analyses the policy of European Union and his Member States concerning state aid to the banking and financial sectors before and after the crisis of 2007-2009. The new policy established by the European Commission in 2008-2009 through soft law instruments (the so-called Communications of Crisis) was obliged to deal with the difficult issues of the systemic risk and the moral hazard. At the end, an interrogation must be done: is it possible to give response to new problems, without change the state aid regulation in the Treaty?

SUMÁRIO: 1. A crise financeira internacional e os seus efeitos. 2. A política europeia de auxílios de Estado ao sector financeiro antes da crise. 3. A aplicação das orientações relativas aos auxílios de emergência à intervenção financeira dos Estados-membros. 4. A consciencialização da União Europeia da importância da crise financeira. 5. Fundamentação da nova estratégia da Comissão. 6. Intervenções excluídas do regime dos auxílios de Estado. 7. Medidas de apoio qualificadas como auxílios de Estado. 8. A Comunicação Bancária. 9. A Comunicação sobre a recapitalização. 10. A Comunicação sobre activos depreciados. 11. A Comunicação sobre a reestruturação. 12. Reflexos da crise financeira na economia real: contração do crédito e apoio ao financiamento das empresas. 13. Observações finais.

* Doutor em Direito. Professor da UAL. Membro do IDEFF/FDL, do SOCIUS/ISEG e do Gabinete de Estudos da OTOC. Jurisconsulto.

“Mas teria chegado a existir uma política anti-crise? Nada mais duvidoso.”

(VITORINO MAGALHÃES GODINHO)

“Il salvataggio delle banche con soldi pubblici è socialismo per i ricchi.”

(JIM ROGERS)

1. A CRISE FINANCEIRA INTERNACIONAL E OS SEUS EFEITOS

Por ser ainda incerto o seu destino, é porventura cedo para se efectuar um balanço da crise bancária e financeira que, desencadeada a partir dos Estados Unidos, rapidamente se transformou em crise económica, social e política global, assolando a Europa com particular violência.

Certo é estarmos perante a maior turbulência desde a crise de 1929-33, uma turbulência imprevista pela teoria económica dominante e, durante muito tempo, desvalorizada pelos poderes públicos¹. Certas são igualmente as consequências que a crise gravou no tecido económico e social, reconhecidas em termos impressionantes pela própria Comissão Europeia (2010a, p. 8):

“A recente crise económica não tem precedentes para a nossa geração. Os progressos graduais do crescimento económico e da criação de emprego verificados durante a última década foram anulados – o nosso PIB desceu 4% em 2009, a nossa produção industrial regressou ao nível dos anos 90 e o desemprego afecta agora 23 milhões de pessoas – ou seja, 10% da nossa população activa. A crise foi um tremendo choque para milhões de cidadãos e expôs algumas fraquezas estruturais da nossa economia. Devido à crise, tornou-se muito mais difícil garantir o crescimento económico futuro. A situação ainda frágil do nosso sistema financeiro está a atrasar a recuperação, dado que as empresas e as famílias têm dificuldades em contrair empréstimos, gastar e investir. As nossas finanças públicas foram seriamente afectadas, atingindo os défices em média 7% do PIB e os níveis da dívida mais de 80%. Deste modo, vinte anos de consolidação orçamental foram perdidos em apenas dois anos de crise. O nosso potencial de crescimento foi reduzido para metade durante a crise. Muitos projectos de investimento, talentos e ideias arriscam-se

¹ Sobre o “véu ideológico” que impediu a visão da crise, Santos, 2010: 56 ss. A crise foi, porém, prenunciada por diversos autores de influências keynesianas, nomeadamente Case & Shiller, 2003 e Roubini, 2006 e, de algum modo, igualmente por Soros, 1998 e Stiglitz, 2003. Sobre a crise actual, ver, com perspectivas distintas, Artus, Betbèze, Boissieu, & Capelle-Blancard, 2008; Krugman, 2008; Soros, 2008; Wolf, 2009; Alexandre, 2009; Roubini & Mihm, 2010.

*a ser desperdiçados devido à incerteza, à reduzida dinâmica da procura e à falta de financiamento*².

A União Europeia (UE) não estava preparada para uma crise desta dimensão. Várias razões contribuíram para uma reacção que foi tardia, pois, pelo menos desde 2007, eram visíveis múltiplos sintomas. Mas prevaleceu a convicção de que a crise seria debelada, com maior ou menor rapidez, a exemplo de outras que nos últimos decénios se têm manifestado. Em rigor, só em Setembro de 2008, depois da nacionalização de instituições como o *Fannie Mae* e o *Freddie Mac* e, sobretudo, da falência do *Lehman Brothers*, é que os sinos tocaram a rebate. A partir daí, a União preocupou-se em construir, de forma reactiva, instrumentos para combater os efeitos da crise. Um deles, e dos mais importantes, foi a redefinição da política dos auxílios de Estado destinados ao sector financeiro, em particular ao sector bancário³.

2. A POLÍTICA EUROPEIA DE AUXÍLIOS DE ESTADO AO SECTOR FINANCEIRO ANTES DA CRISE

Na última década a regulação bancária era orientada pela promoção da concorrência e da integração transfronteiriça, em que as preocupações com o risco sistémico (embora não totalmente ausentes) eram subalternizadas em relação às preocupações com o risco moral⁴. Não existia (nem se considerava

2 Um outro modo de avaliar o terrível impacto da actual crise é analisar o custo que a salvação do sistema financeiro teve para os EUA: em Novembro de 2008 esse custo ascendia a 4616 mil milhões de dólares enquanto o somatório dos custos do Plano Marshal, da compra da Luisiana, da viagem à Lua, da crise das instituições de poupança e da habitação, das guerras da Coreia, do Vietname e do Iraque, todos juntos, eram inferiores a 3500 mil milhões de dólares (cfr. Sjöberg, 2010: 47).

3 O regime dos auxílios de Estado manteve-se sensivelmente idêntico ao longo dos anos, não tendo, no essencial, sido afectado pelas sucessivas revisões do Tratado de Roma. Após o Tratado de Lisboa este regime é regulado pelos artigos 107.º a 109.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que correspondem aos artigos 92.º a 94.º da versão original do Tratado de Roma e aos artigos 87.º a 89.º do Tratado da União Europeia (TUE) na versão do Tratado de Amesterdão. Por razões de simplificação, neste texto, faremos sempre referência à numeração decorrente do Tratado de Lisboa.

4 Diz-se sistémico (*systemic risk*) o risco de um evento poder provocar numa parte substancial do sistema financeiro uma perda de valor económico ou de confiança suficientemente séria para produzir efeitos negativos na economia real. No contexto da teoria da informação assimétrica, fala-se, por sua vez, de risco moral (*moral hazard*) a propósito dos comportamentos de operadores económicos que, tendo recebido determinado apoio ou procedido a uma cobertura de riscos, diminuem os cuidados que devem ter no desenvolvimento da sua actividade económica. Por exemplo, as grandes instituições financeiras, confiando que, em última instância, serão salvas da falência pelos governos, terão tendência para utilizarem em operações arriscadas (por exemplo, a concessão de empréstimos de alto risco) os depósitos que lhes foram confiados, sem que os depositantes disso se apercebam. Ou tendo recebido apoios dos Governos

a hipótese de criação) de um fundo de emergência europeu destinado a prevenir situações de crise. Por seu lado, a reforma dos auxílios estatais, antes da crise, era orientada por uma reorientação dos auxílios favorável aos auxílios horizontais e por uma política de descentralização na sua aplicação⁵. Esta reforma previa a aplicação de menos e mais orientados auxílios, de uma análise económica mais refinada dos apoios, baseada no princípio da equivalência, de procedimentos mais efectivos, bem como uma partilha de responsabilidade entre a Comissão e os Estados-Membros (EM) (Brunsson, 2009: 36)

Não havia nenhuma orientação especificamente dirigida ao sector bancário ou à reestruturação de bancos. Caso a reestruturação de um banco fosse necessária, eram aplicadas as Orientações da Comissão de 2004 relativas aos *auxílios de emergência e à reestruturação de empresas em dificuldade*⁶. *Estas orientações são aplicáveis a empresas de todos os sectores (com excepção do carvão e do aço) e, conseqüentemente, às empresas do sector financeiro*⁷. Os auxílios de emergência e à reestruturação são sujeitos a uma análise rigorosa por parte da Comissão, fundada nos princípios do auxílio único e da legitimação apropriada (em regra, razões sociais prementes). Os bancos beneficiam contudo de uma excepção, a fim de evitar o risco de contágio para outras instituições financeiras e a produção de efeitos negativos na estabilidade financeira. Assim, desde que satisfeitos os princípios gerais das Orientações e que as medidas de apoio não consistam em medidas estruturais de carácter finan-

poderão aplicar, dadas as assimetrias de informação e as dificuldades de controlo, os recursos obtidos de forma diferente do acordado (por exemplo, não os utilizando para o financiamento da economia real).

5 Comissão, 2005, *Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais*. Em sintonia com este Plano, em 1 de Setembro de 2009 entrou em vigor o chamado “pacote de simplificação”, composto pelo *Código de Boas Práticas para a condução dos procedimentos de controlo dos auxílios estatais* (JOCE C 136, de 16.6.2009, pp. 13-20) e pela *Comunicação da Comissão relativa a um procedimento simplificado de tratamento de determinados tipos de auxílios estatais* (JO C 136, de 16.6.2009, pp. 3-12), destinados a melhorar a eficácia, a transparência e a previsibilidade dos procedimentos da Comissão.

6 Um *auxílio de emergência* é um apoio temporário (não superior a seis meses) à tesouraria, por via de empréstimos ou de garantias de empréstimos, e reversível, que tem por objectivo manter uma empresa em dificuldade durante o período correspondente ao prazo necessário para elaboração de um plano de reestruturação ou de liquidação. A partir deste momento qualquer outro auxílio será considerado como *auxílio à reestruturação*, um auxílio de carácter excepcional destinado a restaurar a viabilidade a longo prazo de uma empresa. As estratégias de reestruturação podem implicar a reorientação de modelos empresariais, o encerramento ou a alienação de actividades, divisões, filiais ou agências, a introdução de alterações na gestão dos activos e passivos, a venda como empresa em funcionamento ou ainda a separação e venda das diferentes partes de actividade a concorrentes viáveis.

7 Estas Orientações caducaram em 9 de Outubro de 2009, tendo sido prorrogadas até Outubro de 2012 (*Prorrogação das Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação de empresas em dificuldade*, JO C 156 de 9.7.2009, p. 3).

ceiro relacionadas com os fundos próprios da instituição, permite-se que o auxílio de emergência, destinado à continuação do exercício da sua actividade bancária em conformidade com a legislação prudencial, não se limite à forma de empréstimos ou de garantias a empréstimos⁸. Este enquadramento não contempla a existência de regimes de auxílios (salvo para o caso das PME), mas apenas de auxílios *ad hoc*, individuais.

A base jurídica destas Orientações é o artigo 107.º, n.º 3, al. c), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), segundo o qual podem ser compatíveis com o mercado interno “os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas actividades económicas (...) quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum”. Foi assim que, por exemplo, até 2004 foram decididos, pela Comissão, processos de reestruturação global relativamente aos casos de alguns bancos em dificuldades, como os do Grupo *Crédit Lyonnais* e do *Bankgesellschaft Berlin*⁹.

3. A APLICAÇÃO DAS ORIENTAÇÕES RELATIVAS AOS AUXÍLIOS DE EMERGÊNCIA À INTERVENÇÃO FINANCEIRA DOS ESTADOS-MEMBROS

Quando a crise se acentua, quando se torna claro que a política monetária, nomeadamente a provisão maciça de liquidez levada a cabo pelos Bancos Centrais era insuficiente, quando o pânico se difunde, foram efectuadas intervenções em massa pelos EM que se recusaram a assistir passivamente à derrocada dos seus sistemas bancários.

Numa primeira fase, os EM agiram de forma isolada ou, por vezes, concertada entre si, usando, para o efeito, os meios que lhes pareciam mais adequados¹⁰. Assim, até Outubro de 2008, quatro EM (França, Alemanha, Holanda, e Reino Unido) disponibilizaram, pelo menos, 1,873 biliões de euros para reforçar a banca ou proceder à nacionalização parcial do sector financeiro (Oxera, 2008: 1). O Reino Unido, em 17 de Setembro de 2008, aprovou a

8 Comissão, 2004: 5, nota (1). Qualquer auxílio que não tenha a forma de empréstimo ou garantia de empréstimo será tomado em consideração aquando da eventual apreciação de contrapartidas na definição de um plano de reestruturação. *Vide* também GebSKI, 2009: 96.

9 Cfr. Decisões da Comissão 98/490/CE, de 20.5.1998, *Grupo Crédit Lyonnais* (JO L 221 de 8.8.1998) e n.º 2005/345/CE, *Bankgesellschaft Berlin* (JO L 116, de 4.5.2005).

10 As autoridades nacionais realizaram igualmente testes de resistência (*stress tests*) nos bancos sistemicamente mais importantes sob coordenação do Comité de Supervisores Bancários Europeus, sem contudo terem tornado públicos os seus resultados (Veron, 2010: 258).

fusão de emergência entre o *Loyds TSB* e o *HBOS* (*Halifax Bank of Scotland*). No fim-de-semana de 27 e 28 de Setembro, a Bélgica, a Holanda, o Luxemburgo e a França providenciaram um apoio financeiro maciço aos bancos *Fortis* e *Dexia*, para evitarem o seu colapso. A Islândia (país que integra o Espaço Económico Europeu, estando assim sujeito às regras da concorrência) pôs sob administração judicial os principais bancos do país e viu as contas de poupança *on line* desses bancos que tinham sido vendidas no estrangeiro congeladas no Reino Unido. A Irlanda aprovou um esquema de garantias para os bancos que inicialmente deixava de lado os bancos estrangeiros que operavam no seu território.

Nesta fase, estas intervenções continuaram a ser analisadas pela Comissão ao abrigo das Orientações de 2004. Assim, em meados de 2008, em plena crise do *subprime*, a Comissão pronunciou-se sobre os casos do banco austríaco *BAWAG-PSK*¹¹ e do banco alemão *Sachsen LB*¹². Foi também neste contexto que foi analisado e decidido pela Comissão o caso da nacionalização parcial do *Northern Rock* britânico¹³. Já era então patente que as Orientações de 2004, embora contivessem certos critérios específicos para o sector bancário, não eram um instrumento adequado para afrontar uma situação que não atingia apenas certos bancos isoladamente, mas abrangia, potencialmente, todo o sector financeiro, em especial as instituições de crédito, sólidas ou não, e os mercados financeiros no seu conjunto.

4. A CONSCIENCIALIZAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA DA IMPORTÂNCIA DA CRISE FINANCEIRA

Esta situação era insustentável. Por um lado, a Comissão não podia desconhecer a pressão dos EM para intervirem de forma cada vez mais intensa no sector, procurando evitar a liquidação das instituições bancárias, em espe-

11 Decisão da Comissão n.º 2008/263/CE no procedimento C-50/06, JOCE L 83, de 26.3.2008.

12 Decisão da Comissão 2009/341/CE de 4.6.2008 no procedimento C-9/08 (JO L 104 de 24.4.2009).

13 Decisão da Comissão de 2.04.2008 no proc. NN 1/2008 (JO C 43, de 16.2.2008, p. 1). Invocando o risco moral, o Banco de Inglaterra opôs inicialmente resistência à orientação do BCE que, em resposta às perdas de muitas empresas de serviços financeiros em consequência da amortização de certos títulos, injectou no mercado enormes quantidades de liquidez em meados de 2007. Mas o facto de esta atitude ter precipitado uma retirada maciça de depósitos do *Northern Bank* em Setembro de 2007, forçou-o a alinhar com a posição do BCE. Refira-se, a propósito, que segundo a Comissão não houve na nacionalização deste banco britânico qualquer auxílio de Estado, uma vez que a compensação aos accionistas foi equivalente ao valor da sociedade, sem qualquer apoio estatal (vide. European Commission (2008), “*State aid C 14/08 (ex NN 1/08): Restructuring aid to Northern Rock*”, *Invitation to submit comments pursuant article 88 (2) of the EC Treaty*, (2008/C 135/06), June 3rd, par. 9).

cial das sólidas, confrontadas com problemas de liquidez que, a este respeito, mereceriam maior atenção do que aquelas que apresentam problemas endógenos. Por outro lado, essa intervenção, se efectuada de forma não coordenada e sem obedecer a princípios comuns no plano europeu, arriscava-se a criar fortes distorções de concorrência, em favor dos bancos assistidos, em regra os bancos dos EM mais poderosos.

A partir de Outubro de 2008, a profundidade da crise obrigou a mudanças fulcrais na estratégia da UE. Em primeiro lugar, foram propostas alterações às Directivas sobre os Requisitos de Capital, tendo em vista, nomeadamente, uma maior cobertura do risco das operações de titularização¹⁴. De igual modo, o ECOFIN de 8 de Outubro enumerou, nas suas conclusões, os princípios que deveriam nortear as intervenções dos EM: estas deveriam ser oportunas e o apoio, em princípio, temporário; os EM deveriam estar atentos em relação aos interesses dos contribuintes; os actuais accionistas deveriam suportar as consequências normais da intervenção; os EM deveriam estar em condições de introduzir alterações a nível da gestão; os gestores não deveriam conservar lucros indevidos – os governos poderiam ter, nomeadamente, a possibilidade de intervir a nível das remunerações¹⁵; deveria ser protegido o interesse legítimo dos concorrentes, em especial através das regras em matéria de auxílios estatais e deveriam ser evitados efeitos de propagação negativos¹⁶.

No domínio dos auxílios de Estado, a concretização do Plano de Acção de 2005 foi posta entre parêntesis até que a recessão terminasse, pois tornava-se necessário e urgente um maior activismo da Comissão e procedimentos mais céleres (Brunsson, 2009: 50, 54). Por fim, a Comissão redefiniu prioridades e afinou a disciplina dos auxílios estatais ao sector bancário, com base em orientações definidas em quatro importantes Comunicações, as chamadas *Comunicações da crise*¹⁷. Assim, ainda em 2008, são aprovadas a “Comunicação

14 Vide Comissão, COM (2008)0602 e C60039/2008 – 2008/0191 (COD) contendo propostas de alterações às Directivas 2006/48/CE e 2006/49/CE, de 4 de Junho de 2006 e a resolução legislativa do Parlamento Europeu publicada no JO C212 E47.

15 Cfr. a Recomendação da Comissão 2009/384/CE da Comissão de 30.4.2009 relativa às políticas de remuneração no sector dos serviços financeiros (JO L 120 de 15.5.2009, p. 22).

16 Ver o Comunicado de imprensa da 2894.^a reunião do Conselho ECOFIN de 7 de Outubro de 2008 (13784/08) disponível no *website* do Conselho (www.consilium.europa.eu).

17 Sobre o tema, cf. Luja, 2009: 153.

*Bancária*¹⁸ e a “Comunicação sobre a recapitalização”¹⁹; e, em 2009, a Comunicação sobre activos depreciados²⁰ e a Comunicação sobre a reestruturação²¹. Para além destas comunicações e relacionada com o impacto da crise financeira na economia real, de forma a minorar os efeitos recessivos do racionamento do crédito e da quebra da procura e, ao mesmo tempo, evitar guerras de subsídios e atitudes proteccionistas dos EM que conduzissem à fragmentação ou segmentação do mercado interno, a Comissão, reconhecendo embora que os auxílios estatais não constituem uma cura miraculosa para as dificuldades existentes, aprovou um *Quadro temporário relativo às medidas de auxílio estatal destinadas a apoiar o acesso ao financiamento durante a actual crise financeira e económica*²².

Estas Comunicações visam interpretar o disposto no n.º 3, alínea *b)*, do artigo 107.º do TFUE. Elas representam uma forma de direito flexível (*soft law*) que, em princípio, vincularia os funcionários da Comissão, mas não os EM, nem o Tribunal de Justiça da União Europeia. A filosofia subjacente a este direito flexível seria a de desenvolver um diálogo entre a Comissão e os EM, em que aquela instituição, em vez de adoptar, em relação a estes, uma atitude de confronto, procuraria conduzi-los na direcção desejada (Doleys, 2010: 6). No entanto, a prática tem demonstrado, neste como noutros domínios, a eficácia deste tipo de *soft law*²³. Dois mecanismos usados pela Comissão levam a que, de facto, o direito flexível funcione como direito puro e duro (*hard law*): primeiro, a imposição por meio de decisões individuais que constituem direito vinculativo; segundo, a ameaça de recurso ao processo de

18 Comissão, *Comunicação sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas adoptadas em relação às instituições financeiras no contexto da actual crise financeira global*. Estas orientações foram elaboradas na sequência do colapso do *Lehman Brothers* em 15 de Setembro de 2008, do pedido de medidas de emergência por importantes operadores do mercado como o *Fortis*, *Dexia*, *Bradford & Bingley* e *Hipo Real Estate*, e do anúncio de planos de resgate e de garantias bancárias por EM como a Dinamarca e a Irlanda.

19 Comissão, *Comunicação sobre a recapitalização das instituições financeiras na actual crise financeira: limitação do auxílio ao mínimo necessário e salvaguardas contra distorções indevidas de concorrência*.

20 Comissão, *Comunicação relativa ao tratamento dos activos depreciados no sector bancário da Comunidade*.

21 Comissão, *Comunicação sobre o regresso à viabilidade e avaliação, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, das medidas de reestruturação tomadas no sector financeiro no contexto da actual crise*.

22 Este Quadro complementa o *Plano de Relançamento da Economia Europeia*, constante de uma Comunicação adoptada pela Comissão em 26 de Novembro de 2008.

23 A título de exemplo, vide sobre a eficácia do *soft law* no domínio do Código de Conduta sobre a fiscalidade das empresas, vide Santos, 2009: 258-260.

investigação formal relativamente às medidas de auxílio existentes que caem no âmbito de aplicação das novas regras (Blauberger, 2008: 17-18). A isto acresce o facto de este tipo de direito integrar o *acquis communautaire* para efeitos de negociações com Estados candidatos à adesão e de, por vezes, ser implicitamente utilizado como critério de interpretação das normas dos Tratados ou de direito derivado pelo Tribunal de Justiça. Os mecanismos de *soft law* conferem à Comissão uma ampla margem de apreciação das medidas dos EM, permitindo-lhe a criação de uma verdadeira política (industrial, regional, social, etc.) ao abrigo da indeterminação dos dispositivos legais do Tratado (Santos, 2003: 158-159).

5. FUNDAMENTAÇÃO DA NOVA ESTRATÉGIA DA COMISSÃO

As razões da mudança de estratégia da Comissão são facilmente compreensíveis. Por um lado, numa situação de emergência, a Comissão não podia deixar de flexibilizar e agilizar a atribuição pelos EM de auxílios, incluindo regimes gerais de auxílios, em nome da prevenção do risco sistémico, subalternizando assim a questão do risco moral. Por outro, as novas orientações deveriam garantir que as medidas de emergência adoptadas para preservar a estabilidade financeira continuassem a assegurar a igualdade das condições de concorrência entre as instituições financeiras que beneficiavam do apoio público e as que não beneficiavam, bem como entre as instituições estabelecidas em Estados-Membros diferentes (Comissão, 2010a: 1).

O primeiro ponto a salientar relativamente à nova estratégia é que a União Europeia não recorreu à prerrogativa prevista no artigo 109.º TFUE que estabelece que o Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, pode adoptar todos os regulamentos adequados à execução do artigo 107.º, n.º 3 TFUE. Tão pouco foi usado o procedimento previsto no artigo 108, n.º 2 TFUE, segundo o qual, a pedido de um EM, o Conselho, deliberando por unanimidade, pode decidir que um auxílio, instituído ou a instituir por esse Estado, deve considerar-se compatível com o mercado interno, em derrogação do disposto no artigo 107.º (...) se circunstâncias excepcionais justificarem tal decisão. O Conselho ECOFIN optou por uma estratégia coordenada e pela definição de um conjunto de princípios comuns. Ao recorrer ao procedimento tradicional de confiar à Comissão a análise da compatibilidade das medidas com o mercado interno, procurou evitar o risco de uma excessiva subalternização do papel do direito no controlo dos auxílios de Estado.

Para o efeito, esta instituição criou, como se disse, de modo faseado, novas e específicas orientações²⁴. Só que a base jurídica das novas orientações já não é a mesma dos auxílios estatais à emergência e à reestruturação, mas passou a ser o artigo 107.º, n.º 3, al. b), do TFUE, segundo o qual a Comissão pode autorizar auxílios de Estado destinados a *sanar uma perturbação grave* da economia de um EM. De acordo com D'Sa (2009: 141-2) esta escolha foi motivada para permitir o máximo de flexibilidade na aprovação das medidas de apoio e incrementar a capacidade de autorização de regimes de auxílios, em detrimento de casos singulares²⁵.

Note-se que, até então, tinha sido muito rara a utilização pela Comissão deste fundamento de derrogações ao princípio da incompatibilidade. A aplicação mais relevante havia sido a relativa a um regime grego aprovado em 1987, com o objectivo de dar apoio à reestruturação de 45 empresas, das quais 22 foram objecto de liquidação por falta de viabilidade. A aceitação pela Comissão deste esquema teve a ver com o facto de, por um lado, ele fazer parte de um programa de recuperação económica mais vasto, incluindo medidas fiscais e monetárias, necessário, na época, para pôr em prática um programa de austeridade e, por outro lado, só se aplicar a empresas viáveis em dificuldades momentâneas²⁶.

Mesmo depois de desencadeada a crise, a Comissão continuou a usar as Orientações de 2004 e a recusar o recurso à cláusula da *perturbação grave* como fundamento das suas decisões, assim sucedendo nos casos dos auxílios ao *Northern Rock*, ao *IKB*, ao *Sachsen LB*, ao *Roskilde Bank*, do *WestLB*, ao *Bradford & Bingley* e ao *Hypo Real Estate Holding AG*, mesmo se a decisão, em certos casos, tivesse ido além da defesa do emprego e visasse a protecção de depósitos e a prevenção de um agravamento de risco sistémico (Gebski, 2009: 102)²⁷.

24 Gebski (2009: 90) afirma mesmo que tal risco foi evitado. A afirmação é porventura válida em relação à não regulação desta matéria pelo Conselho, mas a sistemática utilização de *soft law* pela Comissão reduz bastante o papel de um direito com um grau de legitimação superior.

25 No entanto, autores como Koenig (2008: 628) consideram, em nome de uma maior flexibilidade, que seria preferível usar um *rule of reason test* em vez de recorrer ao artigo 107.º n.º 3, al. b), do TFUE.

26 Comissão, Decisão 88/167/CEE de 7.10.989, relativa à Lei 1386/1983 pela qual o Governo grego concede um auxílio à indústria grega, JO L76 de 1988, p. 5. Noutros casos, como relativamente ao *Crédit Lyonnais* e ao Grupo GAN, a aplicação desta cláusula de excepção foi rejeitada.

27 Decisões de 21.10.2008, C 10/2008 *Auxílio à reestruturação do IKB* (Alemanha); de 4.6.2008, C 9/2008 *Auxílio à reestruturação do Sachsen LB* (Alemanha) JO C 71; de 5.11.2008, N 366 /2008, *Auxílio de emergência ao Roskilde Bank* (Dinamarca); C 43/2008 de 12.5.2008, de 26.07.2008, *Auxílio à reestruturação*

O que é uma *perturbação grave* é questão que compete à Comissão decidir, gozando, para o efeito, de um poder quase discricionário. Ela tem, no entanto, de atender à jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual esta fórmula deve ser interpretada de forma restritiva: a *perturbação grave* deve afectar a economia de um EM como um todo e não apenas alguma ou algumas regiões ou parcelas do seu território²⁸.

6. INTERVENÇÕES EXCLUÍDAS DO REGIME DOS AUXÍLIOS DE ESTADO

As medidas de apoio dos EM ao sector financeiro podem ser qualificadas como auxílios incompatíveis (artigo 107.º, n.º 1 TFUE), auxílios que, com ou sem alterações, podem ser declarados compatíveis pela Comissão (artigo 107.º, n.º 3 TFUE) e medidas económicas de carácter geral, não abrangidas pelo controlo dos auxílios de Estado.

Como é sabido, para que uma medida de apoio seja incompatível com o mercado interno é necessário, segundo a jurisprudência europeia e a prática decisória da Comissão, que preencha certos requisitos: que a medida consista numa *vantagem* (não decorrente do mercado), que essa vantagem seja *selectiva*, que seja, directa ou indirectamente, *imputável aos poderes públicos*, com mobilização de recursos financeiros públicos e que *não distorça a concorrência* nem o tráfico no interior do mercado interno. Os três primeiros são, na prática da Comissão, os mais importantes, sendo o último facilmente preenchido. Se algum destes requisitos falhar não estamos perante um auxílio de Estado na acepção do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE²⁹. Se todos estiverem presentes, a medida terá que ser previamente notificada à Comissão para ver da sua eventual compatibilização com o mercado interno³⁰.

do *West LB* (Alemanha); de 1.10.2008, NN 41/2008, Auxílio de emergência ao Bradford Bingley (Reino Unido); e de 2.10.2008, NN 44/2008. *Auxílio de emergência ao Hypo Real Estate* (Alemanha).

28 Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15.12.1999, *Freistaat Sachsen e Volkswagen AG vs Comissão*, proc. T-132/96 e T-143/96, Col. II-3663, par. 167. A prática decisória da Comissão vai, aliás, nesse sentido: Decisões 98/490, proc. C-47/96, *Crédit Lyonnais* (JO L 221 de 8.8.1989, p.28 ponto 10.1) e 2005/345/CE, proc. C-28/02, *Bankgesellschaft Berlin* (JO L 116 de 4.5.2005, p. 1, pontos 153 e ss.).

29 Quanto à interpretação do Tribunal do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, cfr., a título de exemplo, o acórdão *República Francesa / Ladbroke Racing vs. Comissão*, proc. C-83/98, Col. 2000, p-I-3271 e o acórdão *Ladbroke Racing vs Comissão*, proc. T-67/94, Col. 1998, p. II-1. Sobre o conceito de auxílio de Estado, *vide* ainda, na literatura nacional, Santos, 2003: 161-226 e Martins, 2001: 49-150.

30 A não notificação tem por consequência a ilegalidade do auxílio. Cfr. sobre o tema a *Comunicação da Comissão relativa à determinação das regras aplicáveis à apreciação dos auxílios estatais concedidos ilegalmente* (JO C 119 de 22.5.2002).

Deste modo, nem todas as medidas de apoio à liquidez proporcionadas aos bancos ou ao sector bancário por entidades públicas constituem auxílios de Estado. Não o são, por exemplo, as medidas do BCE que visam providenciar liquidez, não só porque não são levadas a cabo pelos EM, como também porque, sendo de carácter genérico, não distorcem o *level playing field* entre bancos. Também, em princípio, não o serão as medidas de concessão de fundos públicos proporcionadas pelos bancos centrais nacionais, desde que estes reajam à crise com medidas gerais abertas a todos os operadores do mercado. O mesmo acontece com as actividades dos bancos centrais nacionais relacionadas com a política monetária, como as operações de mercado aberto e facilidades permanentes. Em determinadas circunstâncias, mesmo o apoio específico destes bancos a uma determinada instituição financeira pode não constituir um auxílio, se preenchidas certas condições (Comissão, 2008: 14, ponto 51). Por extensão, não serão também auxílios de Estado, por ausência do requisito da vantagem, as intervenções de poderes públicos que satisfaçam o teste do investidor de uma economia de mercado (*market economy investor test*), ou seja, efectuadas em termos de mercado (ausência de vantagem)³¹. Também as nacionalizações podem não constituir auxílios de Estado. Assim, no caso *Northern Rock* a Comissão concluiu que a nacionalização não envolvia elementos de auxílio na medida em que os accionistas só eram compensados na base do valor da empresa sem qualquer apoio público³².

7. MEDIDAS DE APOIO QUALIFICADAS COMO AUXÍLIOS DE ESTADO

As restantes medidas de apoio constituem, em regra, auxílios de Estado. A Comissão procurou, aliás, alargar o âmbito dos requisitos dos auxílios de Estado, de forma a potenciar o seu controlo sobre as medidas de apoio aprovadas pelos EM. De facto, elas envolvem, em regra, os *poderes públicos*, através de recursos públicos provindos directamente do Orçamento dos Estados ou de fundos especiais por estes criados, mesmo que estes fundos sejam de direito privado e a participação dos poderes públicos no seu capital seja mino-

31 Um exemplo de utilização deste critério pode ver-se no acórdão do TJCE de 19.09.1994, *Hytasa*, processos apensos C-278 a 280/92, *Col.* 1994, p. I-4103. Sobre este princípio, vide, na literatura nacional, Morais, 1993: 102-135 e Martins, 2001: 162-185.

32 Comissão, 2008, *State aid C 14/08 (ex NN 1/08): Restructuring aid to Northern Rock*. Cfr. OXERA, 2008: 2.

ritária, pois isso não impede que o Estado corra ou assuma riscos³³. O mero anúncio pelas autoridades públicas de uma medida de apoio pode ter como efeito obter uma resposta favorável dos mercados ou das agências de notação de risco. Por isso, esta medida, de acordo com a *teoria dos efeitos* subscrita pela Comissão, pode constituir um auxílio estatal, sendo, na prática, equivalente a uma garantia³⁴. Por outro lado, as medidas de apoio são normalmente *selektivas*. Assim os regimes de auxílios destinados a apoiar o sector bancário são, por definição, auxílios estatais sectoriais. São-no igualmente as medidas que contenham elementos de discriminação ou critérios não objectivos de elegibilidade, como era o caso de um projecto irlandês de circunscrever o regime de auxílios aos seis maiores bancos irlandeses. Acresce que a generalidade das medidas de apoio concede uma vantagem económica, aferida pelo princípio do investidor privado. Com uma leitura alargada dos elementos que constituem a noção de auxílio de Estado, a Comissão reforça a sua posição de controlo das medidas de apoio, sujeitando-as ao crivo das excepções previstas no artigo 107.º, n.º 3 do Tratado.

De facto, as medidas de apoio ao sector bancário (ou, de forma mais ampla, financeiro) ou a bancos, viáveis ou não, são claramente auxílios de Estado. Mais: em circunstâncias normais, tais medidas, quando concedidas a bancos não viáveis, seriam incompatíveis com o mercado interno. No entanto, em período de crise, pode ser necessária uma intervenção, em especial se se tratar de uma instituição relevante, para evitar efeitos negativos no sistema financeiro e, de forma mais geral, na economia como um todo. O benefício de salvar a economia e o sistema bancário terá mais valor que o risco de distorção do mercado apoiando serviços bancários (Adler *et al.*, 2009: 4 e 6). É o clássico problema do *too big to fail* que evoca a empresa-instituição de Rathenau e se prende ao problema do risco moral.

Em qualquer caso, haverá que salvaguardar que o objectivo primordial do auxílio a curto prazo – a estabilidade financeira – não prejudique o *level playing field* e a competitividade nos mercados a longo prazo (Comissão, 2009a: par. 29). Ou seja: a disciplina dos auxílios transforma-se numa política económica que terá que proceder a escolhas entre objectivos, definindo

33 Comissão, Décision N 548/08 de 30.10.2008, *Mesures de refinancement en faveur des institutions financières*, JO C 2008, 6617 [*Société de refinancement des activités des établissements de crédit* (SRAEC)].

34 Comissão, Decisão NN 25/2008 de 30.4.2008 *WestLB*, para. 37. Gebski (2009: 92) justifica este procedimento como forma de evitar que os EM com múltiplas declarações neste sentido (mesmo que não seguidas de ajuda efectiva) impeçam o trabalho da Comissão.

prioridades no curto e no longo prazo – ou, para seguirmos a intuição de Blauger (2009) –, a integração negativa (inerente ao controlo pela Comissão dos auxílios) transforma-se numa forma de integração positiva (numa política europeia). No *curto prazo*, opta-se pela estabilidade financeira, pela contenção do risco sistémico, pela viabilização dos bancos, em especial, aqueles cuja falência possa desencadear um efeito dominó (efeito de contágio), procurando, embora, neste período, que sejam contidos danos mais graves para a concorrência; no *longo prazo*, definem-se regras para um *phasing-out* dos regimes e das medidas individuais de apoio e põe-se o acento tónico no restabelecimento de condições para uma concorrência saudável.

São considerações deste tipo que a Comissão procurou ter em conta nas suas Comunicações da crise, as quais definem os termos em que serão aceitáveis auxílios individuais ou regimes de auxílios ao sector bancário e, de forma alargada, financeiro.

8. A COMUNICAÇÃO BANCÁRIA

Embora estes auxílios ou regimes de auxílios sejam efectuados ao abrigo do artigo 107.º, n.º 3, al. b), TFUE, a Comunicação Bancária manda aplicar-lhes, para além dos princípios gerais da disciplina dos auxílios públicos, os princípios subjacentes às Orientações de 2004, sendo tomadas em consideração as circunstâncias do momento e de cada caso.

Assim, quanto aos *princípios gerais*, as medidas de apoio devem ser bem *orientadas* para alcançarem o objectivo de sanar uma perturbação grave da economia, *proporcionais*, isto é, limitadas ao estritamente necessário para atingir os objectivos e solucionar o problema em causa e concebidas de forma a *minimizar as repercussões negativas* para os concorrentes, outros sectores e outros Estados (Comissão, 2009a: 3). A fim de se evitarem distorções indevidas de concorrência, o apoio deverá ser acompanhada não só de medidas que reduzam tais distorções, mas também de salvaguardas contra abusos, devendo ainda ser assegurada uma apropriada repartição dos encargos havidos com o apoio (Adler *et al.*, 2009: 4-5). Daqui decorre que as medidas deverão ser *temporárias* (enquanto a situação de crise justificar a sua aplicação) e estar fundadas em *critérios de elegibilidade* objectivos e não discriminatórios. Deverão ainda conduzir a uma restauração da viabilidade a longo prazo da instituição, sem necessidade de novos auxílios. A implantação das medidas será objecto de acompanhamento por parte da Comissão.

Para além da clarificação dos princípios gerais aplicáveis quer em sede de regimes de auxílios quer de ajudas *ad hoc*, a Comunicação Bancária aprofunda os regimes de *três medidas sistémicas* de resposta à crise, i.e., de medidas que pretendem evitar repercussões sistémicas negativas. O primeiro diz respeito às *garantias* de cobertura do passivo, independentemente de serem estabelecidas por meio de declaração, legislação ou regime contratual³⁵. O segundo é constituído pelos *regimes de recapitalização* (especificamente regulados por Comunicação posterior) destinados ao fornecimento de fundos públicos (ou mesmo a facilitar a injeção de capitais privados), por meio de acções, *warrants*, capital subordinado, etc., para reforçar directamente a base de capital de instituições financeiras, sobretudo aquelas que, embora sólidas no fundamental, podem ter problemas de financiamento nos mercados financeiros. O Estado deverá, em princípio, receber direitos de valor equivalente à sua participação na recapitalização. Esta deverá ser seguida de um *plano de reestruturação* da instituição beneficiária, a examinar pela Comissão, mais exigente para as instituições que tenham problemas de solvência de carácter estrutural. O terceiro é o *regime de liquidação controlada* (ou orientada) de determinadas instituições financeiras, em si mesma ou em conjugação com outras medidas, para os casos em que a instituição financeira não é viável. Neste contexto deverá minimizar-se o risco moral (excluindo do benefício, por exemplo, accionistas e certo tipo de credores), evitar que esta entidade se lance em novas actividades, retirar a autorização bancária o mais rapidamente possível, evitar que o auxílio se estenda às entidades adquirentes da instituição financeira ou às entidades vendidas, respeitar determinadas condições no processo de venda (a realizar em condições de mercado).

Finalmente, a Comunicação Bancária introduz importantes *mudanças procedimentais* que vão no sentido de agilizar e acelerar os processos de decisão.

Assim, os EM devem informar a Comissão das suas intenções o mais rapidamente possível e notificar, de forma completa, os planos de introdução de auxílios antes da sua aplicação. A Comissão compromete-se a adoptar as decisões na sequência de uma notificação completa das medidas num prazo de 24 horas, se necessário, e mesmo durante o fim-de-semana. Note-se que

35 “Presume-se que uma garantia constitui um auxílio estatal quando o banco beneficiário não consegue encontrar no mercado um operador privado independente disposto a conceder uma garantia semelhante” (Comissão, 2009d: p. 15, n. 2).

os procedimentos normais de aprovação precisam pelo menos de dois meses e, em casos mais complexos, de dois ou mais anos.

9. A COMUNICAÇÃO SOBRE A RECAPITALIZAÇÃO

Uma das principais finalidades da Comunicação relativa à recapitalização é a de garantir aos bancos uma base de capital suficiente para poderem continuar a sua actividade de concessão de crédito à economia real. Para o efeito, esta comunicação estabelece uma importante distinção entre bancos sólidos e bancos em dificuldades. Estes devem pagar taxas de juro mais elevadas pelo auxílio recebido, ser sujeitos a controlos mais apertados e efectuar reestruturações profundas para restabelecer a sua viabilidade a longo prazo. O reembolso do capital injectado pelos poderes públicos será reembolsado logo que a situação económica o permita (Comissão, 2009e: 3-4 e Comissão, 2010c: 6)

Entre Outubro de 2008 e 31 de Dezembro de 2009 foram aprovados pela Comissão 12 regimes de garantia (Chipre, Dinamarca, Finlândia, Irlanda, Itália, Letónia, Países Baixos, Portugal, Eslovénia, Espanha e Suécia), 7 regimes de recapitalização simples (Dinamarca, Finlândia, França, Itália, Polónia, Portugal e Suécia), 7 regimes mistos ou globais (Alemanha, Reino Unido, Grécia, Áustria, Polónia, Hungria e Eslováquia), 5 regimes relativos a outras formas de apoio (Espanha, Eslovénia, Reino Unido, Hungria e Alemanha), bem como 29 regimes de recapitalização e outras medidas a favor de entidades financeiras individuais relativas a vários EM, entre as quais o Banco Privado Português³⁶.

10. A COMUNICAÇÃO SOBRE ACTIVOS DEPRECIADOS

A adopção de regimes de garantia e de capitalização na sequência das respectivas Comunicações foi insuficiente, só por si, para acalmar os investidores e provocar a retoma da confiança no sistema. Não só aquelas medidas não se traduziram num fluxo de créditos para a economia como subsistia um clima de incerteza quanto ao desconhecimento das perdas associadas à depreciação de activos, em particular dos activos tóxicos, como os títulos norte-americanos associados a créditos hipotecários, a fundos com cobertura de risco (*hedge funds*) e a produtos derivados, considerados, por muitos, a razão fundamental

³⁶ Vide IP/10/972, de 20.7.2010, *Auxílios estatais: Comissão ordena a recuperação do auxílio estatal ilegal concedido ao Banco Privado Português*. Ver ainda Comissão, Portugal – State aid C 33/09 – *Restructuring of Banco Privado Português – Invitation to submit comments* (2010 C 56/08, JO C 56, p. 10).

da crise financeira. Isto conduziu a que, no início de 2009, alguns EM, como o Reino Unido e os Países Baixos, apresentassem propostas de *regimes de protecção de activos*³⁷.

Na sequência destes factos, e com o objectivo de eliminar os activos tóxicos nos balanços dos bancos de forma a preservar as actividades de concessão de empréstimos à economia real, a Comissão apresentou a já referida Comunicação relativa aos activos depreciados, onde define os critérios para aprovação de regimes de protecção (Comissão, 2009c). A Comissão não se limitou, porém, a eleger os activos tóxicos para efeitos de regimes de apoio, mas pragmaticamente alargou o campo de aplicação da Comunicação a outros activos depreciados, sempre que tal se mostrasse justificado.

As medidas de apoio são, em larga medida, comparáveis às injeções de capital, uma vez que prevêm um mecanismo de absorção das perdas e têm um efeito sobre os fundos próprios regulamentares obrigatórios. Mas aqui o risco do Estado é mais elevado, pelo que a remuneração destas medidas é normalmente superior à das injeções de capital.

As medidas de protecção dos activos depreciados constituem auxílios de Estado, na medida em que libertem (ou compensem) o banco beneficiário da necessidade de registar perdas ou reservas relativas a possíveis prejuízos decorrentes da depreciação e/ou libertam capitais sujeitos a requisitos obrigatórios para outras utilizações. Assim acontece, por exemplo, no caso de os activos depreciados serem adquiridos ou garantidos a um valor superior ao preço do mercado, ou no caso de o preço da garantia não proporcionar ao Estado uma compensação suficiente relativamente à responsabilidade máxima que assume ao abrigo da garantia. Uma questão central que a Comunicação procurou resolver foi a de definir o modo de avaliação destas medidas, de forma a torná-lo compatível com a disciplina dos auxílios estatais.

Na base da Comunicação estão os princípios da transparência, da repartição de encargos entre o EM e o beneficiário e da valorização prudente dos activos com base no seu valor económico real (Comissão, 2010c: 7, par. 19).

Assim, são condições prévias à concessão do auxílio que o pedido de apoio por parte dos bancos elegíveis contemple, de forma transparente, a divulgação *ex ante* dos activos depreciados com base numa valorização certificada por uma peritagem independente e validada pela autoridade de supervisão, e, bem

37 O Reino Unido propôs um regime de protecção no valor de 500 mil milhões de libras, enquanto a Holanda anunciou um regime de protecção de activos do banco *ING* no valor de 40 mil milhões de dólares.

assim, a realização de uma análise de viabilidade no seguimento da apresentação do pedido de auxílio.

11. A COMUNICAÇÃO SOBRE A REESTRUTURAÇÃO

Ainda em 2008, a Comissão defendia, em paralelo com a estabilização da crise, que seria necessário passar-se para a fase de reestruturação do sector bancário e, posteriormente, para o retorno dos bancos ao sector privado (Comissão, 2008b: 3). Em 2009, aos primeiros sinais de retoma ou, pelo menos, de previsão do fim da recessão técnica, falava-se já abertamente da estratégia de saída.

Neste campo, isto significava analisar como, a médio prazo, os beneficiários dos auxílios poderiam começar a pagar os encargos existentes, a devolver os montantes emprestados e a funcionar como instituições viáveis e independentes.

O ponto de partida da reflexão da Comissão foi de novo constituído pelos princípios subjacentes às Orientações de 2004 e sua aplicação prática, adaptados às circunstâncias extraordinárias da crise, de forma a procurar resolver a questão do risco moral, não recompensando os beneficiários pelos comportamentos de risco assumidos no passado.

O regresso à viabilidade dos bancos obriga, frequentemente, à sua reestruturação. Esta deve obedecer a várias condições: os bancos terão que demonstrar a sua capacidade para serem viáveis a longo prazo sem apoio do Estado, contribuir para os custos da reestruturação, com remuneração adequada dos auxílios e imposição temporária ao pagamento de cupões e dividendos a accionistas e obrigacionistas e limitar potenciais distorções de concorrência, adoptando medidas como a alienações em mercados-chave e/ ou reduzindo os respectivos balanços (Comissão, 2010c: 8).

12. REFLEXOS DA CRISE FINANCEIRA NA ECONOMIA REAL: CONTRACÇÃO DO CRÉDITO E APOIO AO FINANCIAMENTO DAS EMPRESAS

As dificuldades de acesso ao financiamento por parte das empresas, decorrentes da menor dependência dos bancos em relação a capitais alheios e da sua crescente aversão ao risco, implicou ainda, como se disse, a aprovação pela Comissão, em Janeiro de 2009, de um *Quadro temporário relativo às medidas de auxílio estatal destinadas a apoiar o acesso ao financiamento durante a actual*

crise financeira e económica, aplicável, até ao fim de 2010, a todos os sectores da economia afectados pela crise.

Esse quadro começava por recordar aos EM a panóplia de medidas gerais de política económica que, não constituindo auxílios estatais, estavam ao seu dispor, podendo ser adoptadas sem qualquer interferência da Comissão³⁸.

Em seguida, mencionava as medidas que, constituindo auxílios de Estado, não estavam, porém, obrigadas a comunicação à Comissão. É o caso dos auxílios de Estado isentos ao abrigo do Regulamento Geral de Isenção por Categoria, de 2008, que contempla certos auxílios de natureza horizontal, como os destinados à inovação e desenvolvimento, ao ambiente e à formação³⁹.

Quanto aos demais, a Comissão, sem prejuízo do princípio de que deveriam ser evitadas intervenções públicas que prejudicassem os objectivos de “menos auxílios” e “auxílios mais focalizados”, declarava-se pronta para aceitar, ao abrigo do artigo 107.º, n.º 3, al. b), do TFUE, auxílios estatais *excepcionais* (no domínio das garantias, dos juros bonificados, dos incentivos à produção de produtos verdes e ao capital de risco, ou aceitando o alargamento do limite dos auxílios *de minimis*), destinados a sanar uma perturbação grave da economia de um EM dentro de certos limites temporais (em geral, de 17.12.2008 até 31.12.2010, mas com aplicação retroactiva às empresas em situação difícil até 1.7.2008). De fora ficavam, porém, os auxílios às pescas e à exportação⁴⁰.

13. OBSERVAÇÕES FINAIS

A intervenção dos EM no sector financeiro com adopção de auxílios estatais e outras medidas de apoio teve, sem dúvida, o mérito de ajudar a conter a imi-

38 Entre essas medidas estavam algumas de carácter tributário como o alargamento temporário do prazo de pagamento de impostos e de contribuições para a Segurança Social.

39 Cfr. o Regulamento (CE) n.º 800/2008 da Comissão, de 6.8.2008 (JO L 214 de 9.8.2008, p. 3), que condensa num único diploma todas as anteriores isenções por categoria e alarga tais isenções a novas áreas como a inovação, ambiente, investigação e desenvolvimento a favor das grandes empresas e medidas de capital de risco para as PME. Os auxílios *de minimis* constam do Regulamento (CE) n.º 1998/2006 da Comissão, de 15.12.2006 (JO L 379 de 28.12.2006, p. 5).

40 Segundo a Comissão (2010c: 10), o *Quadro temporário* centra-se em dois objectivos, o de manter a continuidade do acesso das empresas ao financiamento (permitindo, nomeadamente, que os EM concedam garantias estatais para empréstimos com prémios reduzidos ou taxas de juro bonificadas para empréstimos, assim como um valor máximo de 500 000 EUR por empresa) e o de incentivar as empresas a continuarem a investir num futuro sustentável (permitindo, por exemplo, a aprovação de empréstimos bonificados para o desenvolvimento de produtos ecológicos). Até Dezembro de 2009, a Comissão tinha aprovado 79 medidas em 25 EM, sem contar com as medidas temporárias no sector agrícola. Particularmente relevante foi a sua utilização pela indústria automóvel. As medidas mais utilizadas pelos EM foram a concessão de 500 000 euros por empresa e as garantias bonificadas.

nente derrocada do sistema, evitando o efeito de contágio ou efeito dominó⁴¹. Ela pôs contudo a nu muitos dos defeitos do regime dos auxílios de Estado e da intervenção das instituições comunitárias. A ausência de mecanismos para lidar com este tipo de crises, cuja forte possibilidade de irrupção fora anunciada por diversos autores, conduziu, durante muito tempo, a uma intervenção largamente descoordenada que favoreceu os EM com mais recursos e a uma acção meramente reactiva da União Europeia.

Apesar do trabalho efectuado pela Comissão, em pouco tempo e porventura com poucos meios, fica sempre a pairar uma dúvida: serão as medidas aprovadas suficientes para que a economia europeia possa sair efectivamente da crise e para que sejam evitadas crises com esta dimensão? Só por si não serão os auxílios de Estado e o seu controlo pela Comissão que permitirão atingir esse objectivo. Acresce que os auxílios de Estado aos bancos e instituições financeiras que estiveram na origem da crise com as suas actividades especulativas, produtos derivados incontroláveis, etc., podem conduzir a uma redistribuição de poder económico em seu favor⁴².

Para dar resposta àquela interrogação, exige-se muito mais. Exige-se que rapidamente seja aprovado e posto em prática todo o programa de medidas enunciado no ECOFIN de 2008 e no Plano de Relançamento da Economia Europeia⁴³. Exige-se que a União se dote de meios suficientes e autónomos

41 Como opina Lopes (2009: 43-45 e 54-55), a crise “teria sido muito mais grave se não fossem as medidas postas em prática pelos governos e pelo Banco Central Europeu para evitar o colapso do sistema bancário, para trazer as taxas de juro até níveis muito baixos, para resolver os problemas de liquidez dos bancos, para combater os riscos de falta de crédito à economia, para aguentar empresas importantes (como por exemplo as do sector automóvel), para prevenir maiores aumentos de desemprego através de políticas activas no mercado do trabalho, e para estimular a procura através da política orçamental”.

42 Vejam-se as lúcidas palavras de Godinho, 2010: 169-170: “O sector bancário e segurador recompôs-se, graças às fortes injeções de dinheiros públicos e protecção estatal; e também porque, ao contrário do que parece evidente, a quebra se ligou muito a actividades especulativas, finadas as quais se retomou o caminho da normalidade; aliás, a normalidade incluía a especulação, só que o delírio avariava a máquina mas não a destruíra. Em plena crise o *Barclays* subiu os lucros de 10%, quatro bancos americanos – *J-P. Morgan*, *Chase*, *Goldmann Sachs* e *Citigroup* – obtiveram resultados excelentes, o *Bank of America* multiplicou os seus lucros; os bancos franceses consolidaram-se (o capitalismo francês é mais tímido), os maiores bancos portugueses averbaram resultados positivos (aumentos entre 10 e 30%)”. As direcções de muitos bancos usaram os fundos públicos para recompensarem as suas direcções. Como diz o mesmo autor (p. 171) “todas as más práticas voltaram em força, os gestores e *traders* regressaram às acumulações escandalosas de benefícios de toda a ordem – a revista *L’Express* intitula o seu número de 18 Fevereiro 2020 *Banques – Incorrigibles*”.

43 Uma recente comunicação da Comissão [COM (2010) 301 final, de 2.06.2010, *La réglementation des services financiers au service d’une croissance durable*] mostra que, embora algumas importantes medidas tenham sido já aprovadas (por exemplo, o Regulamento sobre as agências de notação de crédito ou a modificação da directiva sobre os sistemas de garantia dos depósitos), existem ainda muitas iniciativas

(não dependentes de organizações internacionais, como o FMI), forte coordenação das políticas económicas da União que, sem prejuízo da especificidade de cada EM, permita dotá-la de um governo económico (um governo democrático e não tecno-burocrático), sem o qual a União Monetária dificilmente será viável. Exige-se ainda que a situação de crise seja tomada devidamente em conta na avaliação dos processos de défices excessivos e que, em vez do retorno ao Pacto de Estabilidade, na versão “estúpida” que muitos abertamente voltam a defender, a interpretação dos critérios seja suficientemente flexibilizada para que as estratégias de saída da crise não se arrisquem, por prematuras, a criar uma recessão prolongada e desemboquem afinal numa estratégia de entrada em nova crise. De facto, qualquer estratégia de saída tem que ter em conta, nas metas dos programas de estabilidade e crescimento, outros factores, em particular o efeito do endividamento dos EM gerado pela intervenção nos sistemas financeiro e económico por causa da crise, nomeadamente por meio de auxílios estatais legais e declarados compatíveis⁴⁴.

Como a própria Comissão reconheceu, em 2008, as situações orçamentais dos EM devem deteriorar-se consideravelmente nos próximos anos (Comissão, 2008b: 5), em consequência da redução de receitas, por desaceleração da economia (desemprego, contracção do investimento e do consumo, ajustamentos no sector imobiliário), mas também como resultado das políticas activas de combate à crise (medidas de recapitalização, compra de activos tóxicos, empréstimos directos, accionamento de garantias, nacionalizações, etc.)⁴⁵.

No domínio específico dos auxílios de Estado, algumas interrogações se perfilam. Primeira, sobre as condições impostas aos bancos que são omissas

propostas por esta instituição que aguardam acordo político do Conselho e do Parlamento e muitas outras que a Comissão projecta adoptar até à Primavera de 2011.

44 A Comissão defendia, em 29.10.2008, que “será estabelecida uma distinção clara entre as consequências orçamentais decorrentes de erros políticos e os efeitos cíclicos, nomeadamente as consequências do pacote de medidas de recuperação em resposta à crise financeira. Em especial, os aumentos dos níveis da dívida pública, decorrentes dos planos de recuperação, serão tidos em conta no âmbito do processo de supervisão” (p. 6). Só que isto foi dito antes da aceleração da estratégia de saída por pressão de alguns EM, das agências de *rating* e de instituições cujo poder financeiro se impôs, uma vez mais, às instituições políticas.

45 Como sublinha Ter-Minassian (2009: 28) apenas as formas de apoio directo envolvem um custo orçamental imediato, porque as garantias não aumentam o *deficit* ou a dívida pública, senão quando forem realizadas ou quando se constituam provisões para essas garantias. Recorde-se que foi recentemente objecto de procedimento de défice excessivo mais de metade dos EM da UE: em 2008, a Espanha, a França, a Grécia, a Irlanda, Malta e a Letónia e, em 2009, Portugal, a Bélgica, a República Checa, a Alemanha, a Itália, os Países Baixos, a Áustria, a Polónia e a Eslováquia. E desta lista não constam outros, como a Hungria ou o Reino Unido, cuja situação se tem deteriorado a olhos vistos.

quanto à necessidade de estes abandonarem esquemas de planeamento fiscal abusivo e de recorrerem a paraísos fiscais, superando-se a retórica da União relativa ao combate a estes fenómenos. A prevenção do risco moral passa certamente por aí. Segunda, sobre o efectivo controlo da acção dos bancos pois, apesar de um dos objectivos centrais dos auxílios ser o fornecimento de crédito à economia real, dados muito recentes mostram que isso está bem longe de acontecer. Terceira, deverá a Comissão ter em maior atenção as nacionalizações seguidas de processos de privatização que, se não forem abertos, transparentes, não discriminatórios, poderão ocultar auxílios de Estado aos adquirentes ou mesmo aos vendedores. Quarta, que reflexos terá a regulamentação dos auxílios decorrente das Comunicações da crise no plano de acção, atrás referido, aprovado pela Comissão em 2005?

Por fim, fica uma última interrogação: será que o regime dos auxílios tal como decorre do TFUE e que se mantém inalterado há mais de 50 anos está verdadeiramente adequado aos dias de hoje?

BIBLIOGRAFIA

- ADLER, Emily, KAVANAGH, James & UGRYMOV, Alexander
2009 “State Aid to Banks in the Financial Crisis: The Past and the Future”, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol.1, n.º 1, p. 56-61.
- ALEXANDRE, F., MARTINS, I. G., ANDRADE, J. S., CASTRO, P. R. & BAÇÃO, P.
2009 *Crise Financeira Internacional*, Estado da Arte, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.
- ANESTIS, Paris/ JORDAN, Sarah
2010 “The Handling of State Aid During the Financial Crisis: an Efficient Response on Trouble for the Future?”, in *GCR The European Antitrust Review*, 2010, Law Business Research Ltd. (disponível in <http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/19/sections/67/chapters/740/state-aid/> (acesso: 16 de Agosto de 2100).
- ARTUS, P., BETBÈZE, J.-P., BOISSIEU, C. de, CAPELLE-BLANCARD, G.
2009 *De la crise des subprimes à la crise mondiale*, Paris: La documentation française.
- BLAUBERGER, Michael
2008 “From Negative to Positive Integration? European State Aid Control Through Soft and Hard Law”, *MPlfG Discussion Paper* 08/4, April, Max Plank Institut für Gesellschaftsforschung.

BRUNSSON, Erik

2009 *The Reforms of the European State Aid Control – decentralization as a new form of governance*, Faculty of Law, University of Lund, Sweden.

CAMPO, Mercedes

2009 “The new State aid temporary framework”, in *Competition Policy Newsletter*, n.º 1, 2009, pp. 21 e ss.

CASE, K. E. & SHILLER, R. J.

2003 “Is There a Bubble in the Housing Market? An Analysis”, in *Brookings Papers on Economic Activity*, vol. 2, pp. 292-342.

COMISSÃO EUROPEIA

2010a *Painel de Avaliação dos Auxílios Estatais – Relatório sobre os recentes desenvolvimentos na concessão de auxílios ao sector financeiro no contexto da crise*, COM (2010) 255 final, de 27.5.2010.

2010b *Comunicação Europa 2020, Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, COM (2010) 2020 final, de 3 de Março de 2010.

2010c *Relatório sobre a Política de Concorrência 2009*, COM (2010) 282 final, de 3.6.2010.

2010d *State aid: Overview of national measures adopted as a response to the financial / economic crisis*, Memo /10/ 52, Brussels, 26.2.2010.

2009a *Comunicação sobre o regresso à viabilidade e avaliação, em conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais, das medidas de reestruturação tomadas no sector financeiro no contexto da actual crise*, de 22 de Julho, JOCE C 195, de 19.8.2009, pp. 9-20.

2009b *Quadro comunitário temporário relativo às medidas de auxílio estatal destinadas a apoiar o acesso ao financiamento durante a actual crise financeira e económica*, aprovada em 17 de Dezembro de 2008, modificada e publicada em versão consolidada (Comunicação 2009/C 83/01), in JOCE C de 7.4.2009.

2009c *Driving European recovery, Communication for the Spring European Council*, Com (2009) 114 final, de 4.3.2009.

2009d *Comunicação da Comissão relativa ao tratamento dos activos depreciados no sector bancário da Comunidade* (“Impaired Assets Communication”, também conhecida por “Comunicação sobre os activos tóxicos”), aprovada em 25 de Fevereiro (JOCE C 72, de 26.3.2009, pp. 1-22).

2009e *A recapitalização das instituições financeiras na actual crise financeira: limitação do auxílio ao mínimo necessário e salvaguardas contra distorções indevidas da concorrência*, aprovada em 8 de Dezembro de 2008 (2009/C 10/03), in JOCE C 10 de 15.1.2009, pp. 2-10.

- 2009f *Relatório sobre a Política de Concorrência 2008*, COM (2009) 374 final, de 23.7.2009.
- 2008a *Aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas adoptadas em relação às instituições financeiras no contexto da actual crise financeira global* (Comunicação Bancária), (2008/C 270/02), JOCE C 270, de 25.10.2008, pp. 8-14.
- 2008b *Da crise financeira à retoma: Um quadro de acção europeu*, COM (2008) 706 final, de 29.10.2008.
- 2005 *Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais – Menos auxílios estatais e mais orientados: um roteiro para a reforma dos auxílios estatais 2005-2009*, COM (2005) 107 final, de 7.6.2005.
- 2004 *Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação a empresas em dificuldade* (2004/C 244/2), JOCE de 1.10.2004.
- DG COMPETITION STAFF
- 2010 *The application of State Aid Rules to Government Guarantee Schemes Covering Bank Debt to be Issued After 30 June*, Working Document 30 April 2010.
- DOLEYS, Thomas J.
- 2010 *Managing State Aid in Time of Crisis: The Role of the European Commission*, University of Oporto and University Fernando Pessoa, Oporto.
- D'SA, Rose. M.
- 2009 "Instant state aid law in a financial crisis – a U-turn?" in *European State Aid Law Quarterly*, n.º 2, 2009, pp. 139-44.
- GEBSKI, Szimon
- 2009 "Competition First? Application of State Aid Rules in the Banking Sector", in *The Competition Law Review*, Vol. 6, Issue 1, pp. 89-115.
- GODINHO, V. Magalhães
- 2010 *Os Problemas de Portugal – Os Problemas da Europa*, 2.^a ed., Lisboa: Edições Colibri.
- JAEGER, Thomas
- 2009 "How much flexibility do you need? Commission crisis management revisited" in *European State Aid Law Quarterly*, n.º 1, pp. 3-4.
- KOENIG, Christian
- 2008 "Instant State Aid Law in a Financial Crisis, State of Emergence or Turmoil?", in *European State Aid Law Quarterly*, n.º 4, pp. 627-629.
- KRUGMAN, Paul
- 2008 *The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008*, New York: Allen Lane.

LOPES, J. Silva

2010 “As políticas orçamentais de combate à presente crise económica”, in Ferreira, E. Paz, Tomaz, J. Amaral, Santos, J. Gomes & Cabral, Nazaré C. (org.), *Conferência Crise, Justiça Social e Finanças Públicas* (17.3.2009), IDEFF, Coimbra: Almedina, pp. 41-57.

LUJA, Raymond

2009 “State Aid and Financial Crisis: Overview of the Crisis Framework”, *European State Aid Law Quarterly*, n.º 2, pp. 145-160.

MORAIS, Luís

1993 *O Mercado Comum e os Auxílios Públicos – Novas Perspectivas*, Coimbra: Almedina.

OXERA AGENDA (ed. Derek Holt)

2008 “State aid and the banking crisis”, October ([http://www.oxera.com/cms-Documents/Agenda_October08/State%aid%20and%20the%20banking%](http://www.oxera.com/cms-Documents/Agenda_October08/State%aid%20and%20the%20banking%20)) acesso: 16 de Agosto de 2010.

RODRIGUES, E. Ferro

2010 Comunicação sem título no painel “Crise económica e Políticas Públicas”, in Ferreira, E. Paz, Tomaz, J. Amaral, Santos, J. Gomes & Cabral, Nazaré C. (org.), *Conferência Crise, Justiça Social e Finanças Públicas* (17.3.2009), IDEFE, Coimbra: Almedina, pp. 59-70.

ROUBINI, Nouriel

2006 “Why Central Banks Should Burst Bubbles”, in *International Finance*, Spring 2006. (<http://w4.stern.nyu.edu/salomon/docs/crisis/Bubbles%20and%20Monetary%20Policy%20-Roubini>) acesso: 16 de Agosto de 2010.

ROUBINI, N. & MIHM, S.

2010 *Crisis Economics: A Crash Course in the Future of Finance*, New York: The Penguin Press.

SANTOS, A. Carlos dos

2010a “A resposta bipolar da Europa”, in *Le Monde Diplomatique* (edição portuguesa), p. 3.

2010b “A ciência económica e a crise de 2007/8-20?: crónica de um terramoto anunciado”, in *Revista OTOC*, n.º 122, Maio, pp. 56-59.

2009 *L’Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale*, Bruxelles/Paris: Bruylant/L.G.D.J.

2003 *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra: Almedina.

SANTOS, L. Máximo dos

2010 “A União Europeia: entre a refundação e o princípio do fim?”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano III (2), n.º 7, pp. 67-77.

SJOBERG, L. M. G.

2010 “Medidas Tributarias y Competitividad en Tiempos de Crisis”, in *XXXIV Jornadas Colombianas de Derecho Tributario – Memorias*, tomo I, ICDT, pp. 9-260.

SOROS, George

2008 *O Novo Paradigma para os Mercados Financeiros, A crise de crédito de 2008 e as suas implicações*, Coimbra: Almedina.

1998 *La crise du capitalisme mondial, L'intégrisme des marchés*, Paris: Plon (tradução de *The Crisis of Global Capitalism*).

STIGLITZ, Joseph E.

2003 *Quand le capitalisme perd la tête*, Paris: Fayard (tradução do inglês *The Roaring Nineties*).

TER-MINASSIAN, Teresa

2010 Comunicação sem título no painel “Crise económica e Políticas Públicas”, in Ferreira, E. Paz, Tomaz, J. Amaral, Santos, J. Gomes & Cabral, Nazaré C. (org.), *Conferência Crise, Justiça Social e Finanças Públicas* (17.3.2009), IDEFF/Almedina, pp. 24-39.

WOLF, Martin

2009 *Fixing Global Finance, How to curb financial crisis in the 21st century*, London: Yale University Press.