

# CONTROLO NEGATIVO, CONTROLO POSITIVO OU AMBOS? O SENTIDO E A LEGITIMIDADE DA EUROPEIZAÇÃO PROGRESSIVA DO CONTROLO E DA POLÍTICA DOS AUXÍLIOS DE ESTADO

*Manuel Porto\*/João Nogueira de Almeida\*\**

*ABSTRACT: State aid control has both the possibility of promoting the capacity of the economies and of distorting competition, by interfering with the level playing field on which companies compete. This article argues that ambiguous Treaty rules and heterogeneous Member States' preferences have however enabled the European Commission to act as a supranational entrepreneur, not only enforcing the prohibition of distortive State aid, but also developing its own agenda. The Commission has thus created positive integration "from above" and is increasingly guiding the aid policies of Member States.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O sentido das intervenções. 2.1. A questão da competência da Comissão na definição positiva da política de auxílios de Estado. 2.2. A definição positiva da política de auxílios de Estado pela Comissão. 2.2.1. Os conflitos entre os Estados e a Comissão. 2.2.1.1. Conflitos acerca da proibição dos auxílios de Estado. A importância da definição do conceito de auxílio de Estado e dos domínios da actividade económica sujeitos à disciplina dos auxílios de Estado. 2.2.1.2. Conflitos acerca dos auxílios de Estado compatíveis. 2.2.2. A gestão e resolução dos conflitos por meio de *soft law* e por meio de *hard law*. 2.2.2.1. O conteúdo material das normas de *soft law*. 2.2.2.2. O conteúdo material das normas de *hard law*. 3. Conclusões.

---

\* Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da Universidade Lusíada e do Instituto Superior Bissaya-Barreto.

\*\* Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

## 1. INTRODUÇÃO

O regime de controlo dos auxílios concedidos pelos Estados-membros actualmente em vigor, previsto no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), nos artigos 107.º a 108.º, segue no essencial o modelo adoptado no Tratado de Roma. Este modelo, que resultou de um compromisso entre o liberalismo germânico e a desconfiança francesa acerca do funcionamento autónomo dos mercados<sup>1</sup>, consiste fundamentalmente no estabelecimento de uma proibição de princípio dos auxílios (art.107.º, n.º 1), admitindo-se apenas excepcionalmente a sua compatibilidade com o mercado interno ou único<sup>2</sup> (art. 107.º, n.º 2 e n.º 3). A aplicação da proibição geral dos auxílios, bem como as decisões acerca da compatibilidade dos mesmos com o mercado único pertencem no essencial à Comissão<sup>3</sup>, que actua de forma independente dos Estados.

---

1 Vide por ex. Smith, 1998: 58.

2 Sobre a maior adequação da palavra “único” do que da palavra “interno”, dado que esta aponta mais no sentido de um mercado fechado em relação ao exterior, o que não é desejável nem verdadeiro no caso europeu, ver Porto, 2009: 220. Estamos assim na linha da designação inglesa “*single market*” (falando-se todavia de “*common market*” na versão em inglês do Tratado, v.g. no artigo 107.º). Apesar do comentário acabado de fazer, não deixamos de por vezes utilizar a designação actual do TFUE, de mercado “interno”, ou mesmo de mercado “comum” tal como constava da redacção do Tratado de Roma.

3 A atribuição pelos Estados fundadores da competência exclusiva no domínio da política de concorrência a uma autoridade independente, a Comissão, pode ser explicada por várias razões. Em primeiro lugar, os Estados pretendiam certamente reduzir os custos de transacção implícitos na adaptação a eventuais novas circunstâncias, o que só seria possível se houvesse um árbitro neutral que interpretasse e aplicasse as normas em nome do interesse geral. Em segundo lugar, a existência de um árbitro forte reforçava o compromisso dos Estados no respeito pelas regras de concorrência. Em terceiro lugar, a existência de um árbitro forte e de regras disciplinadoras da concorrência seria benéfica para os Estados, colectivamente, na medida em maximizava os ganhos resultantes do mercado único, e individualmente porque reforçava a sua legitimidade em face dos seus cidadãos. Em último lugar, os Estados também tiveram certamente em conta que, tudo pesado, os ganhos conseguidos do então designado mercado comum excediam os custos (Smith, 1998: 61).

Os Estados estavam todavia conscientes dos perigos que tal delegação de competências, feita a favor do centro, implicava. Contudo acreditaram que, dado o modo como estava organizado o controlo dos auxílios e o facto de serem as entidades mais poderosas no seio da Comunidade Económica Europeia, tais riscos podiam ser minimizados. Mesmo perante o risco de sofrerem os efeitos adversos de decisões individuais negativas, os Estados podiam esperar, que ainda assim, os benefícios globais que era razoável esperar do controlo fossem superiores. Depois, os Estados acreditavam que a finalidade da delegação de poderes a favor da Comissão podia ser controlada de perto pelos governos nacionais. Por último, os Estados julgaram que podiam, individualmente, escolher não cumprir as decisões da Comissão ou que podiam, colectivamente, ultrapassar as decisões da Comissão. Veja-se, a propósito, a norma constante do artigo 93.º do Tratado de Roma (actualmente o artigo 108.º do TFUE), que previa a possibilidade de o Conselho, a pedido de qualquer Estado-membro, deliberando por unanimidade, decidir considerar compatível com o mercado único um auxílio, instituído ou a instituir por esse Estado, em derrogação do disposto no artigo 92.º do Tratado de Roma (actualmente o artigo 107.º do TFUE) ou nos regulamentos previstos no artigo 94.º do Tratado de Roma (actualmente o artigo 109.º do TFUE), se circunstâncias excepcionais justificarem tal decisão.

Esta solução não era em termos meramente teóricos a única possível.

O Tratado poderia ter optado, ou por não estabelecer nenhuma regulação, à semelhança do que acontece nos Estados Unidos, podendo os auxílios ser concedidos irrestritamente pelos Estados-membros, ou, ao invés, pela proibição absoluta e incondicional da concessão dos auxílios por parte dos Estados-membros, admitindo-se apenas a sua atribuição pelos órgãos competentes da União<sup>4</sup>. Qualquer uma destas soluções não era exequível. Permitir que os Estados pudessem conceder auxílios sem nenhuma limitação, poderia a breve prazo fazer com que os Estados recriassem os mecanismos de protecção das suas actividades económicas, que tinham sido forçados a abandonar com a criação da então designada Comunidade Económica Europeia, eliminando-se assim as possibilidades de concretização das vantagens que se poderiam esperar do mercado único. É aliás de sublinhar a circunstância, a que um português não pode deixar de ser sensível, de a possibilidade de concessão de apoios financeiros pelos Estados favorecer obviamente os países maiores e mais poderosos. Por exemplo, entre 2003 e 2005, Portugal foi um dos países da União Europeia com menos auxílios ilegais reportados.

No quadro 1 podemos analisar a situação quanto aos auxílios concedidos pelos diversos países da União nesse período:

---

O desenvolvimento histórico do controlo e da política dos auxílios, em larga medida não previsto nem antecipado pelos Estados, terá em alguma medida colocado em causa a consistência destes argumentos (Blauberger, 2009a: 721, Smith, 1998: 57).

Quanto ao primeiro, as decisões negativas individuais revelaram em muitos casos capacidade para afectar a indústria nacional no seu todo e não circunscritamente algum ou alguns dos beneficiários dos auxílios, certas áreas geográficas ou contados sectores económicos, não obstante os auxílios regionais ou sectoriais poderem ter por si só um relevante significado nacional.

Quanto ao segundo argumento, não era de nenhum modo clara a finalidade da delegação de poderes a favor da Comissão, prevista nos artigos 92.º e 93.º (hoje 107.º e 108.º do TFUE) do Tratado de Roma. A ambiguidade das finalidades de controlo permanece ainda hoje, não havendo concordância, nem na doutrina, nem na jurisprudência, sobre quais sejam em definitivo. Foi aliás a ambiguidade existente nas finalidades de controlo dos auxílios, um dos factores que permitiram à Comissão evoluir de um controlo meramente negativo para um controlo tendencial ou parcialmente positivo.

O terceiro argumento revelou-se completamente infundado, dado que o Tribunal de Justiça e a Comissão foram criando ao longo dos anos um verdadeiro direito dos auxílios, tanto de natureza procedimental como material, que acabou por não deixar aos Estados, na maioria das situações, outra opção que não seja o cumprimento. Como salienta Blauberger, “...in most cases noncompliance with European state aid rules is too costly to be an option”, in Blauberger, 2009a: 721.

4 Cf. Schmidt & Schmidt, 2006: 214-215.

TABLE I: Number of negative and positive decisions (2003-2005)

	Total	Approved without objections	Other positive decisions	All negative decisions	Negative decisions of which recovery ordered
EU-25	1884	1614	176	94	58
BE	67	48	13	6	1
CZ	21	15	6	–	–
DK	54	45	8	1	1
DE	301	235	44	22	19
EE	8	8	–	–	–
EL	38	35	1	2	2
ES	181	160	14	7	6
FR	216	183	22	11	9
IE	38	32	4	2	1
IT	456	401	27	28	14
CY	3	3	–	–	–
LV	10	10	–	–	–
LT	6	6	–	–	–
LU	6	6	–	–	–
HU	4	4	–	–	–
NL	111	100	8	3	1
AT	48	41	4	3	1
PL	29	27	1	1	1
PT	25	21	4	–	–
SI	5	3	2	–	–
SK	15	15	–	–	–
FI	28	26	1	1	1
SE	43	40	2	1	1
UK	171	150	15	6	–

Fonte: Scoreboard of DG COMP

Num total de 25 projectos de auxílios notificados por Portugal à Comissão, 21 foram aprovados sem objecções, tendo também os restantes 4 sido objecto de uma decisão positiva. Este é um resultado que contrasta vivamente com o atingido pelos países grandes. No mesmo período, 74 das 94 decisões negativas tomadas pela Comissão, cerca de 80% do total, tiveram por objecto auxílios concedidos pela Itália (28 decisões), Alemanha (22), França (11), Espanha (7) e Reino Unido (6). A Bélgica foi também objecto de 6 decisões negativas. Para além do mais, os países grandes, especialmente a Alemanha e

a Itália, foram mais vezes condenados a restituir auxílios ilegais que os demais. Estes são dados bem significativos, mesmo tendo-se em conta que num país menos desenvolvido ou/e mais desequilibrado será possível justificar mais facilmente apoios públicos na linha da política de desenvolvimento regional, tal como é admitido pelo n.º 3 do artigo 107.º do TFUE<sup>5</sup>.

A solução da proibição absoluta dos auxílios também não era razoável. Primeiro, porque os Estados-membros não queriam renunciar ao último instrumento de política económica que ainda estava nas suas mãos para impulsionar de forma selectiva as suas economias<sup>6</sup>. Acontece aliás que os auxílios públicos tanto podem ser iníquos e distorçores da concorrência como as formas mais adequadas de intervenção nos mercados<sup>7</sup>, corrigindo o que os economistas chamam “divergências domésticas” sem efeitos negativos, tratando-se pois de intervenções de “primeiro óptimo”<sup>8</sup>.

E a utilização de recursos financeiros dos Estados<sup>9</sup>, com as intervenções correctas acabadas de referir (além de apoios empresariais que se justifiquem, afastando imperfeições do mercado ou criando externalidades, por exemplo com a construção de infra-estruturas, a formação profissional ou a promoção da investigação científica e tecnológica), não pode deixar de verificar-se, dado que a União Europeia não tem os meios financeiros suficientes para se substituir na íntegra à actividade do Estado<sup>10</sup>. É precisamente nesta linha, de

5 Ver, Porto & Almeida, 2007: 344; Porto & Almeida, 2006: 181-182

6 “*Beihilfen sind das letzte Instrument, das den Mitgliedstaaten verblieben ist, um einzelne Instrumente zu begünstigen*”, Claus-Dieter Ehlermann, *Zur Wettbewerbspolitik und zum Wettbewerbsrecht der Europäischen Union*, Bitburger Gespräche (1994): Wirtschaftsstandort Deutschland – Rechtliche Rahmenbedingungen der europäischen Union, citado em Schmidt e Schmidt, 2006: 215. Idem Lavdas & Mendrinou, 1999): 1-2.

7 Sobre as vantagens da concessão dos auxílios em face de outros meios de intervenção pública, ver entre nós Marques, 2006: 299-303 e Porto, 2009: 153-168.

8 Vide Porto, 2009: loc. cit. Não podendo naturalmente os impostos que acabam por financiar os apoios deixar de ter consequências negativas, a perspectiva em análise pode pressupor que a sua cobrança é feita com um “*ideal tax package*”, v.g. com impostos gerais, casos de impostos gerais sobre o rendimento das pessoas físicas ou sobre o consumo, neste caso menos selectivos e distorçores do que por exemplo um imposto alfandegário.

9 Sobre as razões para a intervenção dos poderes públicos na economia, consultar Barbosa 1997: 1 e segs., Musgrave & Musgrave, 1986: 6, Weber, 1997: 18, 42-45. Sobre as justificações para a concessão de auxílios, consultar Lehner & Meiklejohn, 1991, Meiklejohn, 1999, Friederiszick, Röller & Verouden, 2005 e Friederiszick, Röller & Verouden, 2007.

10 A União Europeia não tem de um poder orçamental equivalente àquele de que dispõe tipicamente um Estado unitário ou mesmo uma federação na relação com os estados federados que a compõem. O nível de integração orçamental existente na União não tem nenhuma relação com o nível de integração

intervenções de primeiro óptimo, que estão as ajudas dos fundos estruturais que felizmente têm aumentado, embora limitadas pelo diminuto peso financeiro da despesa pública europeia em relação ao PIB da União.

A progressiva transformação da natureza do controlo dos auxílios, de um controlo político para um controlo jurídico e de um controlo negativo para um controlo positivo, resultou, em particular, do empenho da Comissão e desenvolveu-se, em larga medida, nuns casos, à margem dos Estados e, noutros, contra a sua vontade expressa.

A fim de melhor conseguir os seus intentos, a Comissão procurou assegurar a participação de terceiros interessados (associações empresariais, empresas beneficiadas ou prejudicadas pelos auxílios, etc.) no procedimento de controlo dos auxílios e o apoio do Tribunal de Justiça.

A participação de terceiros no procedimento de controlo dos auxílios foi muito vantajosa para a Comissão. Os auxílios ganharam uma muito maior visibilidade na *res publica*, o que dificultou enormemente a justificação da concessão dos auxílios pelos Estados. A Comissão deixou de estar exclusivamente dependente dos Estados para ter conhecimento dos auxílios. Este acesso ao conhecimento era de grande importância, dado que os Estados estavam muitas vezes interessados em manter na opacidade os seus regimes de auxílios. A intervenção de terceiros no controlo dos auxílios assegurou à Comissão uma maior independência das pressões políticas dos Estados-

---

existente nos mercados (Barthe, 2003: 107, 287 e segs. e Porto, 2006: 66-69). A política orçamental da União, dada a pequenez relativa do orçamento europeu em relação ao PIB da União, não tem dimensão suficiente para ser anti-cíclica. Nos Estados federados, seja a Alemanha, o Canadá, a Suíça, ou os Estados Unidos, o governo federal tem um orçamento que é cerca de 30% do PIB enquanto os outros níveis da administração têm ao seu dispor cerca de 15% do PIB (Ortí, 2005: 118 e segs., Barthe, 2003: 107 e segs.). Ora o orçamento da União representa apenas cerca de 1,2% do PIB, enquanto os orçamentos dos Estados-membros representam no seu conjunto cerca de 44% do PIB europeu. Assim está bem de ver que a União Europeia não poderá ter uma política redistributiva, estabilizadora e de afectação, com a mesma dimensão quantitativa e qualitativa que é corrente nos Estados nacionais. A importância de políticas orçamentais nacionais, enquanto instrumentos macroeconómicos de redistribuição, estabilização e afectação ao serviço dos Estados, aumenta em virtude não só da pequenez relativa da despesa pública europeia, mas também devido ao facto de os Estados não terem ao seu dispor, nem a política monetária, nem a política cambial nem a política comercial. A preferência por políticas orçamentais nacionais é aliás defendida pela própria Comissão, por permitir a produção de bens e serviços públicos melhor adaptados às preferências da população, facilitar um controlo democrático mais eficiente e tornar possível uma concorrência entre os Estados estimuladora da eficácia e da inovação (Barthe, 2003: 284).

A construção do sistema de fiscalização dos auxílios públicos assenta na necessidade de controlar e obviar os efeitos negativos dos auxílios na realização dos objectivos da União Europeia de forma a potenciar os seus efeitos positivos, permitindo desta forma, que os auxílios concedidos pelos Estados, de modo interessado e às suas custas, contribuam para a realização dos fins da Comunidade. O controlo dos auxílios permitiria garantir a todos os participantes no mercado um “*level playing field for free and fair competition in the Single Market*” – (Kroes, 2007: IX, Lehner & Meiklejohn, 1991).

-membros, reforçou a protecção do bem concorrência, em termos de um mercado interno único livre de interferências dos Estados e reforçou o princípio de igual tratamento dos Estados<sup>11</sup>.

A Comissão procurou e conseguiu que fosse reconhecido paulatinamente pelo Tribunal de Justiça um conjunto de direitos e obrigações de natureza procedimental que tornaram o controlo dos auxílios muito mais efectivo. Assim, o Tribunal de Justiça considerou que, tanto a obrigação de notificação, como a obrigação de suspensão dos projectos de auxílios tinham efeito directo. Consequentemente, a violação desta obrigação podia ser também questionada de forma autónoma junto dos tribunais nacionais. O Tribunal de Justiça considerou ainda que a obrigação de notificação devia vir acompanhada de todos os elementos informativos necessários ao exame da compatibilidade, podendo a não prestação destes por parte dos Estados ser qualificada como constituindo uma violação de uma obrigação fundamental resultante do Tratado, susceptível de recurso para o Tribunal de Justiça. O Tribunal decidiu ainda que, perante a recusa ou a falta de informação completa relativamente aos projectos de auxílios por parte dos Estados, a Comissão poderia decidir com base nas informações que tivesse disponíveis. A Comissão obteve ainda o apoio do Tribunal de Justiça quanto à possibilidade de exigir a recuperação dos auxílios concedidos ilegalmente que tenham sido considerados incompatíveis com o mercado interno. O mesmo se passou em relação à competência da Comissão para ordenar medidas suspensivas e medidas provisórias de recuperação dos auxílios ilegais, enquanto procede à análise da sua compatibilidade com o mercado interno. Estas obrigações dos Estados, além de outras mais, foram todas elas crismadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e encontraram consagração legal plena no Regulamento do Conselho n.º 659/98.

O apoio do Tribunal de Justiça à Comissão não se limitou apenas às questões de procedimento. Desde cedo o Tribunal de Justiça sustentou a tese da Comissão de um conceito amplo de auxílio de Estado. No início, os Estados procuraram escapar ao controlo dos auxílios, utilizando criativamente medidas que num primeiro olhar não constituiriam auxílios, como seja o caso, entre muitos outros, das participações no capital social das empresas, das garantias, da cedência de terrenos em condições favoráveis, da construção de infra-estruturas (linhas férreas, estradas, etc.) em benefício de certas empresas e das compras públicas de bens e serviços. O Tribunal sustentou

---

11 Assim Smith, 1998: 71 e segs.

que os auxílios poderiam assumir formas muito diversas, não importando para a qualificação de uma medida como auxílio qual tenha sido em concreto a sua finalidade, mas sim os seus efeitos<sup>12</sup>. O apoio a um conceito amplo de auxílio passou inclusive pela recusa de uma definição do mesmo, preferindo o Tribunal de Justiça, ao invés, elencar os critérios que uma medida teria de preencher para poder ser considerada um auxílio de Estado.

Só em casos contados o Tribunal não seguiu a Comissão. Assim, por exemplo, a Comissão sustentou perante o Tribunal de Justiça que os auxílios ilegais, por falta de notificação ou por violação da obrigação de suspensão, deveriam ser considerados *ipso facto* incompatíveis com o mercado comum, no que não foi seguida pelo Tribunal. A Comissão também defendeu que os auxílios, ditos regulamentares, isto é, aquelas medidas por meio das quais os poderes públicos obrigam uma empresa privada a vender por um preço abaixo daquele que resultaria do mercado ou a comprar por um preço superior àquele que resultaria do mercado, não constituíam auxílio de Estado porque lhes faltava um requisito fundamental. É que tais medidas, se bem que constituíssem uma vantagem económica, fossem selectivas, afectassem o comércio entre os Estados-membros e falseassem ou ameaçassem falsear a concorrência, não implicavam nenhum sacrifício directo ou indirecto dos dinheiros públicos. O Tribunal de Justiça não deu, no entanto, provimento às pretensões da Comissão<sup>13</sup>.

Perante uma situação em que o controlo dos auxílios de Estado se vem tornando cada vez mais num direito dos auxílios de Estado e num direito dos auxílios de Estado relativamente perfeito, não cumprir deixou de ser uma opção inócua para os Estados. O não cumprimento ou a ignorância do direito dos auxílios passou a ter consequências pesadas, que vão muito para lá dos efeitos isolados de uma eventual decisão negativa da Comissão a propósito de um auxílio, pondo em causa toda a política de fomento material das actividades económicas dos poderes públicos dos Estados-membros. Os Estados-membros já não podem dar-se ao luxo de não cumprir ou de ignorar o direito dos auxílios de Estado.

---

12 O Tribunal reconheceu como auxílio uma medida italiana que visava favorecer o emprego feminino no sector têxtil ao conceder reduções nas contribuições pagas à segurança social pelas empresas que empregassem mulheres, já que o efeito, que não a finalidade da medida, seria de conceder uma vantagem às empresas italianas do sector têxtil. Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1983, proc. 203/82, Comissão das Comunidades Europeias contra a República Italiana.

13 Vide o acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Março de 2001, proc. C-379/98, Preussen Elektra.



Consequentemente, estando o direito dos auxílios já devidamente apetrechado em termos de procedimentos de controlo e de sanções, a questão política relevante deixou de ser a possibilidade, ou não, de ser efectivamente aplicado e cumprido pelos Estados-membros. A existência de um direito dos auxílios dotado de efectividade aumentou enormemente a importância, não só do seu próprio conteúdo material, mas também do órgão ou órgãos competentes, tanto no que toca à criação de normas, como no que diz respeito à sua implementação.

É neste contexto que a Comissão, tirando partido da relativa imprecisão das normas materiais do artigo 107.º e da diversidade de preferências manifestada pelos Estados-membros quanto aos auxílios compatíveis com o mercado interno, tem vindo, ao longo dos anos, a determinar positivamente de forma crescente o conteúdo dos auxílios, primeiro na forma de *soft law*, depois na forma de *hard law*<sup>14</sup>.

Na medida em que a Comissão define positivamente o conteúdo material dos auxílios diminui do mesmo passo a autonomia dos Estados-membros na escolha dos objectivos e dos instrumentos das políticas selectivas nacionais de subvencionamento.

Face ao disposto no TFUE relativamente aos auxílios de Estado é todavia no mínimo questionável que a Comissão tenha o poder de definir materialmente o conteúdo dos auxílios que os Estados podem conceder ao abrigo do artigo 107.º.

## 2. O SENTIDO DAS INTERVENÇÕES

No domínio dos auxílios, o Tratado parece estabelecer uma linha de demarcação entre controlo e política, cabendo aquele à Comissão e esta aos Estados-membros<sup>15</sup>. O controlo dos auxílios faria parte da política e do direito da concorrência europeus, competindo à Comissão exercer de forma exclusiva o controlo sobre os auxílios concedidos pelos Estados, em ordem a impedir distorções da concorrência no mercado interno. Já a política de auxílios caberia aos Estados, os quais teriam competência para conceber e executar os auxílios que entendessem por bem, pertencendo-lhes a definição das políticas nacionais de auxílios, no respeito dos limites materiais previstos no artigo

---

14 Blauberger, 2009a: 725-729, Blauberger, 2009c: 76-8, 104-107.

15 Sobre este tema consultar sobretudo Blauberger, 2009a: 720 e segs., Blauberger, 2009b: 4 e segs. e, por último, Blauberger, 2009c: 51 e segs.

107.º, n.º 2 e n.º 3. Compreende-se assim que, tradicionalmente, o controlo dos auxílios tenha sido caracterizado pela doutrina como um controlo de natureza negativa<sup>16</sup>, com a finalidade exclusiva de impedir a concessão pelos Estados de auxílios que afectassem o comércio entre os Estados-membros e falseassem ou ameaçassem falsear a concorrência, não se admitindo a sua concessão, a não ser excepcionalmente, quando os benefícios daí resultantes fossem superiores aos prejuízos causados. Os Estados poderiam, assim, decidir da oportunidade política e temporal da concessão dos auxílios, escolher a forma dos mesmos, fixar a sua duração temporal, eleger os sectores, regiões ou actividades a auxiliar e hierarquizar os objectivos dos auxílios.

Esta separação nítida entre controlo e política tem vindo a esbater-se por força da actuação da Comissão. O carácter vago e impreciso das normas do Tratado que têm desde sempre disciplinado o regime dos auxílios e a heterogeneidade das preferências dos Estados permitiu à Comissão adquirir um papel preponderante na sua interpretação e aplicação. Ancorando-se no poder discricionário que o TFUE lhe concede para avaliar a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno ao abrigo do artigo 107.º, n.º 3, a Comissão tem, paulatinamente, vindo a cercear a liberdade dos Estados-membros na determinação material do conteúdo das políticas nacionais de auxílios. A Comissão tem vindo assim a agir como um “*entrepreneur*” supranacional, impondo não só a proibição de auxílios simplesmente distorçores da concorrência, mas também a sua própria visão de uma correcta política de auxílios de Estado, para todos os países da União<sup>17</sup>.

Estas políticas são cada vez mais conformadas a nível europeu, quer quanto aos objectivos que os auxílios devem servir (eficiência ou objectivos de interesse comum europeu – coesão, ambiente, cultura, investigação científica, etc.), quer quanto à sua duração temporal, quer quanto aos instrumentos (formas) mais adequados, quer, por último, quanto às regiões, sectores ou actividades a auxiliar de modo preferente<sup>18</sup>.

---

16 Cf. Fernández Farreres, 1983: 13.

17 Blauburger, 2009a: 721.

18 Citando Blauburger: “Je stärker sich die Mitgliedstaaten aber an den positiven Maßstäben der Kommission orientieren müssen, desto mehr kommt zu es einer *Durchdringung der Beihilfepolitik*.”, in Blauburger, 2009c: 52.

Em 2005, a Comissão publicou um documento<sup>19</sup> em que expôs com clareza a sua própria visão sobre qual deveria ser a correcta política de auxílios a conceder pelos Estados, documento que lhe serviu de roteiro de actuação no período que mediou entre 2005 e 2009<sup>20</sup>. De acordo com Blauberger, a Comissão terá definido no Plano de Acção no domínio dos Auxílios Estatais, o que seriam auxílios «bons» (os auxílios horizontais) e o que seriam os auxílios «maus» (os auxílios sectoriais)<sup>21</sup>. Os «bons» auxílios seriam aqueles que poderiam servir os objectivos gerais da Estratégia de Lisboa, de promoção do crescimento e do emprego<sup>22</sup>. Nesta perspectiva, a Comissão entendeu que os auxílios horizontais deveriam ser privilegiados, por supostamente distorcerem menos a concorrência que os auxílios sectoriais, que seriam, por assim dizer, os «maus» auxílios. Os auxílios horizontais deveriam além disso prosseguir objectivos de relevância europeia, tais como a coesão social, a investigação, o ambiente, etc<sup>23</sup>.

A europeização da política de auxílios começou por ser primeiramente realizada recorrendo a instrumentos de *soft law*. Só depois de 1998<sup>24</sup>, com a entrada em vigor do Regulamento n.º 994/98 do Conselho, a Comissão passou a empregar também a figura dos regulamentos<sup>25</sup>. O recurso a normas gerais e abstractas na concretização dos poderes discricionários para avaliar a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno tinha vantagens do ponto de vista da Comissão: limitava a capacidade de os Estados mais poderosos fazerem *lobbying* com sucesso, resolvia de antemão possíveis conflitos com os Estados-membros sobre os auxílios admissíveis, conformava as políticas de auxílios nacionais aos objectivos plasmados nos instrumentos legais e, por último, libertava a Comissão da maçadora tarefa de analisar minu-

19 Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais, disponível na Web em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0107:FIN:pt:PDF>.

20 Para uma visão geral sobre a política e o direito dos auxílios de Estado ver por exemplo Oldale & Henri, 2009: 3-23.

21 Blauberger, 2009a: 727-728.

22 Atente-se no título: Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais – Menos auxílios estatais e *mais orientados*: um roteiro para a reforma dos auxílios estatais 2005-2009 (itálico nosso).

23 Deve dizer-se que esta estratégia da Comissão foi coroada de sucesso. Actualmente os Estados-membros dedicam a maior parte (90%) dos seus auxílios a objectivos de natureza horizontal.

24 Regulamento (CE) n.º 994/98 do Conselho, de 7 de Maio de 1998, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado da União Europeia a determinadas categorias de auxílios estatais horizontais.

25 Cf. Almeida, 2002: 358-363.

ciosamente, caso a caso, os projectos de auxílios e mesmo da própria análise preventiva nos casos em que era aplicável um regulamento de isenção<sup>26</sup>.

A progressiva europeização da política de auxílios, juntamente com o reforço dos meios processuais necessários à sua efectiva concretização, mudou o eixo das preocupações dos Estados. Agora a questão já não é mais ignorar ou contrariar as consequências indesejáveis do controlo dos auxílios pela Comissão. Agora a questão politicamente relevante é os Estados terem de conformar a sua actuação económica de acordo com os auxílios que a Comissão considera compatíveis com o mercado interno.

## 2.1. A questão da competência da Comissão na definição positiva da política de auxílios de Estado

A utilização de normas de *soft law* na determinação material da política de auxílios de Estado equivale a conceder à Comissão um poder de controlo e direcção sobre a política económica dos Estados-membros. Sobre toda e qualquer medida configurável como auxílio de Estado a Comissão teria um «*droit de regard*». Tendo-se tornado os auxílios, com a realização do mercado único, praticamente na única forma de os Estados apoiarem selectivamente as suas economias, compreende-se pois a oposição por parte da doutrina mais atenta<sup>27</sup> e de alguns Estados-membros<sup>28</sup> a uma concepção tão ampla do controlo dos auxílios.

De acordo com a *Monopolkommission*<sup>29</sup>, tanto a inserção sistemática da regulação dos auxílios de Estado no TFUE, como o próprio teor literal do artigo 107.º, n.º 1, sugerem fortemente que o único fim do controlo dos auxí-

26 Blauburger, 2009a: 726, Blauburger, 2009b: 13-14.

27 Cf. Koenig, Kühling & Ritter, 1999: 517, 519; Möschel, 2008: 40. De acordo com Wolfer, 2008: 81, "Die Kommission darf daher nicht in Rahmen der Beihilfeaufsicht eigene beihilfe-, struktur- bzw. Wirtschaftspolitische Vorstellungen verwirklichen".

28 O Governo alemão (Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland, 2005: 2) defendeu expressamente a ideia de que o controlo europeu dos auxílios tem como única finalidade a protecção do mercado interno e não a defesa de um eficiente emprego dos recursos públicos por parte dos Estados-membros. A estes caberá empregar regrada e eficientemente o dinheiro dos impostos, bem como cuidar da implementação e da avaliação dos auxílios. Tendo em atenção a repartição de poderes actualmente existente na União, a Comissão não tem competência, nem para alocar recursos, nem para harmonizar as políticas legais e financeiras, nem, por último, para apreciar as políticas nacionais de auxílios. Vide Basedow, et al., 2008b: 421-422 ou Basedow, et al., 2008a: 17-18.

29 A *Monopolkommission* é um órgão independente, que tem funções consultivas junto do Governo alemão nos domínios da política de concorrência e de regulação (telecomunicações, energia, correio e caminhos de ferro). Vide: <http://www.monopolkommission.de/aufgaben.html>.

lios de Estado é o de proteger a concorrência no mercado interno. Por um lado, no TFUE, os auxílios estão regulados na Secção II (As regras aplicáveis às empresas) do Capítulo I (Normas de concorrência) do Título VII (As regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações). Por outro lado, o artigo 107.º, n.º 1, refere expressamente a distorção da concorrência e a afectação do comércio como elementos fundamentais para qualificar uma medida como auxílio de Estado.

A própria inserção sistemática no Tratado de Lisboa das normas sobre auxílios de Estado «obriga» ainda a que estas sejam lidas e interpretadas em conjunto com as normas que disciplinam a concorrência entre empresas, que regulam os acordos restritivos da concorrência e o abuso de posição dominante, as quais têm como finalidade a protecção do bem concorrência.

Para além do mais, na União a política económica permanece e permanecerá em grande medida nas mãos dos Estados.

Tudo somado, parece-nos correcta a concepção que defende que o controlo dos auxílios tem como única finalidade impedir a actividade subvencional dos Estados na estrita medida em que esta possa dar azo a distorções da concorrência junto dos outros Estados, porquanto tal poderia impedir a realização do mercado interno, que justamente constitui, de acordo com o artigo 3.º, n.º 3, do Tratado de Lisboa, um dos principais fins da União<sup>30</sup>.

No estado actual de evolução da União Europeia, a Comissão não tem competência no domínio da política económica geral, não lhe cabendo, por isso, quaisquer poderes de controlo dos orçamentos nacionais, a não ser no que toca à fiscalização do cumprimento pelos Estados dos critérios de Maastricht e do Pacto de Estabilidade e Crescimento<sup>31</sup>. Consequentemente, não

30 Vide "Protocolo (n.º 27) – Relativo ao mercado interno e à concorrência".

O Tratado de Roma estabelecia no seu artigo 3.º, n.º 1, al. g), que a realização dos fins da Comunidade, nomeadamente o mercado comum, se faria, entre outras medidas, mediante o estabelecimento de um regime que garantisse que a concorrência não seria falseada no mercado comum.

O Tratado de Lisboa consagrou uma norma idêntica. Contudo essa norma não faz parte do corpo principal do Tratado de Lisboa, tendo ficado prevista num Protocolo que ficou em anexo ao Tratado (Protocolo n.º 27). À parte o sinal político negativo de tal alteração, na medida em sugere uma relativa desvalorização política e material da importância da concorrência na realização do mercado único, as coisas permanecem do ponto de vista jurídico fundamentalmente inalteradas. Os Protocolos que acompanham o Tratado de Lisboa têm efeitos jurídicos obrigatórios e o mesmo grau hierárquico que as normas que fazem parte do Tratado de Lisboa. Consequentemente, a finalidade do controlo dos auxílios continua a ser a protecção da concorrência no mercado interno.

31 Esta afirmação terá de ser entendida de ora em diante *cum grano salis*, mesmo revista, dado que em Setembro do corrente ano os Estados-membros acordaram em enviar em tempo útil aos parceiros as grandes linhas dos seus orçamentos do Estado de modo a permitir-lhes pronunciar-se antes da aprovação

é da competência da Comissão controlar o bom ou mau uso que os Estados fazem dos seus recursos. À Comissão não pertence cuidar da virtude dos Estados, salvando-os da sua real ou presumida incompetência<sup>32</sup>.

Enquanto tal competência não for atribuída à Comissão, são os Estados-membros quem tem o dever, se assim o entenderem, de se dotarem de mecanismos institucionais e de regulação, com vista a impedir os efeitos económicos prejudiciais causados por uma ineficiente utilização dos auxílios.

## 2.2. A definição positiva da política de auxílios de Estado pela Comissão

### 2.2.1. *Os conflitos entre os Estados e a Comissão*

A intervenção da Comissão na determinação material da política dos auxílios é propícia a conflitos entre aquela e os Estados. Estes conflitos são fundamentalmente de dois tipos. O primeiro prende-se, desde logo, com a questão prévia da própria definição de auxílio de Estado e dos domínios da actividade económica sujeitos à disciplina dos auxílios de Estado. O segundo tipo de conflitos incide sobre a problemática dos auxílios que podem ser considerados compatíveis com o mercado interno.

#### 2.2.1.1. *Conflitos acerca da proibição dos auxílios de Estado. A importância da definição do conceito de auxílio de Estado e dos domínios da actividade económica sujeitos à disciplina dos auxílios de Estado*

O controlo dos auxílios de Estado só incide sobre aquelas medidas que como tais assim são consideradas. Não existindo auxílio de Estado não há razão para o exercício do controlo da Comissão. Compreende-se assim que, frequentemente, a primeira linha de defesa dos Estados que pretendem con-

---

formal pelos parlamentos nacionais. Tal significa uma alteração copernicana face ao estado de coisas existente, em que subsistia uma política monetária completamente integrada ao nível da União e políticas económicas nacionais minimamente integradas, pois irá permitir uma maior coordenação das políticas económicas nacionais. Na prática, os 27 países deverão enviar para a Comissão Europeia, durante o mês de Abril, as linhas gerais por que pretendem orientar o orçamento de 2012, antes mesmo de este ser aprovado pelos parlamentos nacionais respectivos. O órgão executivo tem de se pronunciar entre Junho e Julho seguintes e os países serão obrigados a acatar os recados europeus, caso os haja. A medida faz parte de um pacote maior cujo objectivo principal é a coordenação das políticas económicas comunitárias. Vide o jornal Público na Web em [http://economia.publico.pt/Noticia/ue-vai-analisar-orcamentos-do-estado-antes-dos-parlamentos-nacionais\\_1454621](http://economia.publico.pt/Noticia/ue-vai-analisar-orcamentos-do-estado-antes-dos-parlamentos-nacionais_1454621) e o periódico Jornal de Notícias na Web em [http://jn.sapo.pt/PaginalInicial/Economia/Interior.aspx?content\\_id=1657253](http://jn.sapo.pt/PaginalInicial/Economia/Interior.aspx?content_id=1657253).

32 Spector, 2007: 9. Contudo, como advertem Buendia Sierra e Smulders, "...improving the efficiency of national spending policies may be a very good collateral consequence but is certainly not a core function of EU State aid control". Cf. Buendia Sierra & Smulders, 2008: 25.

ceder auxílios seja a de considerar que a medida que propõem não constitui um auxílio de Estado sujeito à disciplina europeia.

Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, a tarefa dos Estados não está mais facilitada pela inexistência de uma definição de auxílio de Estado<sup>33</sup>. O Tratado da União Europeia à semelhança do Tratado de Roma não define o conceito de auxílio de Estado. Na falta de uma definição legal, nem a ciência económica<sup>34</sup>, nem a ciência jurídica<sup>35</sup>, nem a Comissão, nem os tribunais europeus, lograram construir um conceito de auxílio unanimemente aceite<sup>36</sup>. Conscientes provavelmente da impossibilidade de construir um conceito unitário de auxílio e, mesmo, da sua inutilidade ou até prejuízo<sup>37</sup>, tendo em vista a razão de ser do seu controlo, o caminho seguido pela Comissão e pelos tribunais europeus foi o de, a partir do disposto no artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, delimitar um conjunto de elementos que os auxílios deveriam preencher, de forma cumulativa, para poderem ser considerados como tal. A aplicação destes elementos (vantagem económica, selectividade, sacrifício financeiro dos Estados, afectação do comércio entre os Estados e falseamento ou ameaça de falseamento da concorrência) como critério delimitador da existência de auxílios, permitiu à Comissão não só estender o seu controlo a um conjunto de medidas de incentivo dos Estados que vão muito para lá do clássico conceito de subvenção, como não fechar o conceito de auxílio de Estado, o qual permanece um conceito aberto a novos conteúdos, apto a integrar novas medidas de fomento económico, fruto da imaginação criativa dos Estados, no seu esforço para escapar ao controlo da Comissão<sup>38</sup>.

33 Cf. Rodi, 2000: 29: “Es gibt keinen allgemeinverbindlichen Begriff der Subvention”.

34 Numa monografia publicada em 1974, A.R. Prest deu conta do seu estado de convencimento acerca do que era um auxílio ou subsídio, antes mesmo de se dedicar ao seu estudo aprofundado. Todavia, depois da leitura de alguma da literatura existente sobre o tema, a sua segurança desapareceu. «Before reading this mass of literature I had the delusion that I knew what a subsidy was; now I am no longer so sure. It may be that others will be in the same position». Cf. Prest, 1974: 11. Esta questão não perdeu actualidade, dado que em 2010 Rubini também se referia ao carácter ilusório da definição de auxílio, mesmo que limitada ao âmbito mais estrito do artigo 87.º, n.º 1 (actualmente 107.º, n.º 1). Ver Rubini, 2009: 1 e segs. Sobre o conceito de subvenção ver também, entre outros, Staiger, 2009: 8 e segs.

35 Arpio Santacruz, 2000: 57-59.

36 Arpio Santacruz, 2000: 49-63, Harden, 1993: 13.

37 “Der Grenzertrag der Diskussion um den Subventionsbegriff tendiert gegen Null, nicht selten ist er negativ”, Andel, 1969: 4.

38 “Ausweitung des Beihilfenbegriff”, Kerber, 1997: 54.

Apesar de o Tribunal de Justiça ter reiteradamente afirmado que a Comissão não dispõe de poderes discricionários quando procede à interpretação do artigo 107.º, n.º 1, o facto é que, na realidade, a Comissão goza de uma ampla liberdade interpretativa na concretização das condições que delimitam o conceito de auxílio de Estado<sup>39</sup>. A relativa abertura e imprecisão do artigo 107.º, n.º 1, foi ao longo dos anos densificada por uma abundante jurisprudência, particularmente quanto aos conceitos de vantagem económica, selectividade e origem estadual dos recursos públicos<sup>40</sup>. Não obstante os méritos da actividade jurisprudencial de densificação do conceito de auxílio de Estado, são ainda hoje relativamente frequentes os conflitos entre os Estados e a Comissão acerca da noção de auxílio de Estado.

Os conflitos entre a Comissão e os Estados são também frequentes naqueles domínios da actividade económica que em virtude dos movimentos de liberalização e desregulamentação, passaram a estar submetidos ao regime da concorrência e ao regime de controlo dos auxílios de Estado. A sujeição destes domínios (água, gás, energia eléctrica, comunicações, saúde, educação, transportes aéreos, serviços financeiros, etc.) às leis do mercado, não eliminou o carácter político e socialmente sensível de muitos deles<sup>41</sup>. Apesar de os Estados terem renunciado ao exercício de uma actividade directa no todo ou parte destes domínios, tal não significa que se tenham alheado de os tutelar e influenciar, porquanto os interesses que os tinham levado a intervir nesses sectores permanecem. Assumem aqui particular importância os serviços de interesse económico geral, que o próprio artigo 106.º, n.º 2, considera não estarem sujeitos às regras de concorrência sempre que esteja em causa o cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. Assim, não são de admirar, neste particular, os conflitos recorrentes entre os Estados e as autoridades comunitárias<sup>42</sup>.

### *2.2.1.2. Conflitos acerca dos auxílios de Estado compatíveis*

Sabemos já que o TFUE não prevê uma proibição absoluta de auxílios de Estado. As medidas já qualificadas como um auxílio de Estado, em princípio

---

39 Heidenhaim, 2003: 17 e segs.

40 Braun & Kühling, 2008, 465-466.

41 Rawlinson, 1993: 56 e segs.

42 Jennert, 2005: 20-21. Cf., a propósito, o acórdão *Altmark* que veio contribuir para o esclarecimento das condições em que a intervenção do Estado deveria ser considerada um auxílio de Estado.



incompatíveis com o mercado interno, podem no entanto ser consideradas compatíveis, ao abrigo do n.º 2 ou do n.º 3 do artigo 107.º.

Os conflitos são maiores e mais complexos quando está em causa a aplicação do n.º 3 do artigo 107.º. O artigo 107.º, n.º 2, não coloca especiais problemas de interpretação, dado que a Comissão não dispõe de poderes discricionários quando o aplica. Apenas terá de verificar se a situação de facto preenche alguma das situações aí previstas. Já de acordo com o artigo 107.º, n.º 3, a Comissão pode considerar compatível com o mercado interno os auxílios que respeitam os pressupostos exigidos nalguma das suas várias alíneas<sup>43</sup>. A Comissão não verifica simplesmente se os auxílios a instituir cabem dentro do estatuído no artigo 107.º, n.º 3. A Comissão procede com autonomia a uma ponderação das vantagens dos auxílios na realização de algum interesse ou valor da União (eficiência, coesão, protecção do ambiente, investigação, protecção de bens culturais, etc.), por contraposição ao prejuízo para a concorrência que a sua concessão necessariamente acarreta. Se este exercício de ponderação for positivo, a Comissão decide pela compatibilidade do auxílio com o mercado interno, se não, decide que o auxílio é incompatível. A decisão da Comissão supõe, ao menos implicitamente, a adopção de um parâmetro (*standard*) de avaliação, de acordo com o qual ela se decide pela compatibilidade ou pela incompatibilidade do auxílio. Este parâmetro pode, em abstracto, ser a protecção objectiva do bem concorrência, a protecção subjectiva dos concorrentes prejudicados, a redução da despesa pública dos Estados, o bem-estar dos consumidores, o bem-estar dos produtores ou o bem-estar de ambos em contraponto ao bem-estar dos contribuintes. Ora, não existe acordo no direito dos auxílios sobre qual o parâmetro decisivo<sup>44</sup>.

Também permanece objecto de controvérsia científica a própria razão de ser da intervenção dos Estados na economia. Mesmo aceitando como boa a concepção neoclássica para a intervenção dos Estados na economia, segundo a qual a intervenção só se justifica por razões de eficiência ou de equidade, nem assim os problemas deixam de existir, porque também aqui não existe unanimidade sobre os conceitos, quer de eficiência, quer de equidade, bem como sobre o modo de actuar.

---

43 Koenig, Kühling & Ritter, 2005: 143 e segs.

44 Para uma análise das possíveis finalidades do controlo dos auxílios e dos parâmetros de controlo, ver Martin & Strasse, 2005.

O próprio teor literal das várias alíneas do artigo 107.º, n.º 3, deixa lugar a uma grande margem de incerteza quanto aos auxílios que devem ser considerados compatíveis. De acordo com o artigo 107.º, n.º 3, podem ser considerados compatíveis com o mercado interno as seguintes categorias de auxílios:

- os auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja *anormalmente baixo* ou em que exista *grave situação de subemprego*, bem como o desenvolvimento das regiões referidas no artigo 349.º, *tendo em conta a sua situação estrutural, económica e social* (al. a) [itálico nosso];

- os auxílios destinados a fomentar a realização de um *projecto importante de interesse europeu comum*, ou a sanar uma *perturbação grave da economia de um Estado-membro* (al. b) [itálico nosso];

- os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de *certas actividades ou regiões económicas*, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum (al. c) [itálico nosso];

- os auxílios destinados a *promover a cultura e a conservação do património*, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na União num sentido contrário ao interesse comum (al. d) [itálico nosso].

A interpretação e concretização de conceitos e expressões, tais como: «nível de vida seja *anormalmente baixo* ou em que exista *grave situação de subemprego*», «*projecto importante de interesse europeu comum*», «*perturbação grave da economia de um Estado-membro*», «desenvolvimento de *certas actividades ou regiões económicas*» são de molde a criar sérios conflitos entre os Estados e a Comissão.

A existência de conflitos a propósito do controlo dos auxílios não se verifica somente entre os Estados e a Comissão. Também dentro da própria Comissão são frequentes os conflitos entre a Direcção-Geral da Concorrência, cujo objectivo é a promoção e defesa da concorrência, que tem a seu cargo o controlo dos auxílios e outras direcções gerais, nomeadamente aquelas que intervêm no campo da política regional e da política industrial e perseguem outros objectivos. Assim, a Direcção-Geral da Política Regional tem repetidamente criticado a Direcção-Geral da Concorrência por esta não dar muita importância aos efeitos promocionais e redistributivos positivos dos auxílios de Estado regionais<sup>45</sup>. Por seu lado, a Direcção-Geral das Empresas e

45 Cf. Lavdas & Mendrinou, 1999: 40.

da Indústria tem propugnado por um controlo menos restritivo dos auxílios destinados à investigação, ao desenvolvimento e à inovação<sup>46</sup>.

Não obstante os conflitos internos, a Comissão tem-se esforçado por falar a uma só voz nas negociações com os Estados-membros. Os projectos de novas regulamentações sobre os auxílios ou a revisão das que estão em vigor são discutidos internamente antes de os Estados-membros serem consultados. Depois de chegar a uma posição a Comissão defende-a em termos positivos (“interesse comum”; “soluções vantajosas”<sup>47</sup>). Nos relatórios sobre a política de concorrência, a Comissão tem repetidamente negado a existência de conflitos entre a política de concorrência e a política regional ou a política industrial<sup>48</sup>.

Do exposto resulta que a Comissão se tem julgado competente não só para decidir sobre a compatibilidade dos auxílios mas também para decidir quais os auxílios que considera *a priori* como compatíveis. A Comissão tem vindo assim a assumir um papel proactivo e não reactivo no controlo dos auxílios, procurando criar uma política europeia de auxílios de Estado ao serviço de valores europeus<sup>49</sup>.

A reacção dos Estados aos esforços da Comissão no sentido de criar uma política europeia de auxílios começou por ser negativa. Em 1966 e 1972 a Comissão fez ao Conselho duas propostas de regulação dos auxílios com base no artigo 94.º do Tratado de Roma (hoje artigo 109.º do TFUE), as quais foram recusadas. O progressivo endurecimento do controlo dos auxílios iniciado pela Comissão nos fins dos anos 80 levou os Estados a adoptar uma atitude mais positiva acerca da regulação dos auxílios, que, contas feitas e independentemente da competência ou da legitimidade da Comissão, melhoravam a certeza jurídica e contribuía para uma redução dos conflitos, mantendo apesar de tudo a possibilidade de os Estados decidirem acerca de auxílios.

### 2.2.2. *A gestão e resolução dos conflitos por meio de soft law e por meio de hard law*

Os conflitos entre a Comissão e os Estados, quer a propósito da determinação do conceito de auxílio de Estado, quer em relação aos auxílios que devem

46 Maincent & Navarro, 2006: 46-48.

47 Vide o Plano de acção no domínio dos auxílios estatais. Na língua inglesa utilizam-se as expressões “common interest” (ponto 40) e “win-win development” (pontos 9, 10, 11).

48 Comissão Europeia, 1973: 3.

49 Jestaed & Scwheda, 2003: 193; Oldale & Henri, 2009: 16-17.

ser considerados compatíveis, podiam em abstracto ser geridos e resolvidos caso a caso ou, pelo contrário, recorrendo a normas gerais e abstractas, na forma de *soft law* ou plasmadas em regulamentos a adoptar pelo Conselho sob proposta da Comissão.

A resolução dos conflitos caso a caso permitia à Comissão actuar de forma flexível, em resposta às exigências do momento. Contudo não garantia transparência, previsibilidade e segurança jurídicas, no grau tido como necessário a uma correcta aplicação do regime europeu dos auxílios<sup>50</sup>, não sabendo frequentemente os Estados, *a priori*, com razoável grau de certeza qual seria a posição da Comissão sobre os auxílios que queriam conceder. Por outro lado, a abordagem casuística tornou a Comissão mais vulnerável às pressões dos Estado-membros poderosos.

Compreende-se assim que a Comissão tenha submetido ao Conselho duas propostas de regulação dos auxílios, uma em 1966 e a outra em 1972, que, no entanto, foram ambas recusadas. A recusa pelo Conselho em dar seguimento às propostas da Comissão deveu-se a um conjunto variado de razões, desde uma visão de curto prazo dos interesses nacionais por parte dos Estados, ao facto de muitos dos auxílios terem somente justificação política e, finalmente, aos receios dos Estados em sujeitar-se a obrigações claras que limitariam forçosamente o seu arbítrio na concessão de auxílios<sup>51</sup>.

A estratégia seguida pela Comissão, em face da recusa do Conselho, foi a de adoptar normas de carácter geral e abstracto sem valor jurídico obrigatório (*soft law*), na forma, entre outras, de comunicações, cartas, linhas directrizes e enquadramentos. Através destes instrumentos normativos a Comissão foi definindo positivamente o seu próprio entendimento sobre que auxílios os Estados deveriam conceber e concretizar<sup>52</sup>. As limitações que a falta de regulação podiam teoricamente criar à actuação da Comissão tornaram-se afinal numa vantagem, dado que a recusa do Conselho significou paradoxalmente uma maior liberdade e poder daquela na definição da política europeia de auxílios, porquanto a adopção de comunicações, cartas, enquadramentos ou

---

<sup>50</sup> Cini, 2001: 199 e segs.

<sup>51</sup> Lavdas & Mendrinou, 1999: 27.

<sup>52</sup> Só a partir de 1998, com a adopção pelo Conselho do Regulamento n.º 994/98, a Comissão recorreu a instrumentos de *hard law*.

linhas directrizes, ou seja, de *soft law*, não necessitava da aprovação expressa dos Estados<sup>53</sup>.

Apesar de não terem força obrigatória de *per se*, constituindo como que recomendações, não deixavam de ter na prática efeitos jurídicos, determinando quer a conduta da Comissão, quer a actuação dos Estados.

A Comissão está juridicamente obrigada a respeitar as normas que previamente aprovou<sup>54</sup>, tendo já os tribunais europeus em mais de uma ocasião anulado decisões da sua autoria com base numa deficiente aplicação de normas de *soft law*<sup>55</sup>. Os tribunais europeus têm para lá disso contribuído para reforçar a sua força normativa não reavaliando as decisões que as concretizam.

As normas de *soft law* não vinculam directamente os Estados. Contudo, estes estão obrigados na prática a tomá-las em linha de conta sempre que for de esperar que a Comissão irá decidir a compatibilidade do auxílio em causa de acordo com normas de *soft law*.

Os conflitos entre os Estados e a Comissão a propósito dos auxílios de Estado não desapareceram com a regulação por meio de *soft law*. Simplesmente deslocaram-se parcialmente dos casos individuais para a regulação por meio de *soft law*, discutindo-se agora a própria regulação em si mesma tendo em atenção o seu objecto e finalidade. Neste sentido, podemos dizer que na medida em que os conflitos se deslocam para montante, ao nível da modulação da regulação, tendem a diminuir a jusante, aquando da concreta aplicação da regulação ao caso concreto<sup>56</sup>.

### 2.2.2.1. O conteúdo material das normas de *soft law*

A intervenção da Comissão no domínio da regulação dos auxílios por meio de normas de *soft law* conheceu diversas fases.

Numa primeira fase, as normas de *soft law* tinham um cariz marcadamente negativo. Os diplomas de *soft law* buscavam a sua razão de ser directamente na realização de algum dos fins previstos nas alíneas do artigo 92.º, n.º 3, do Tratado de Roma<sup>57</sup>, em particular da alínea *c*), destinando-se consequente-

53 Lavdas & Mendrinou, 1999: 30.

54 Mestmäcker & Schweiter, 2004: 10. Kapitel: Beihilfen, § 44, Rn 19.

55 Vide Acórdão Hércules c. Comissão, de 17.12.1991, proc. T-7/89, cons. 53-54.

56 Blauberger, 2009a: 726.

57 Que passou depois sem modificações de maior a artigo 87.º, estando ainda em vigor o Tratado de Roma e, por último, a artigo 107.º do TFUE.

mente a regular sectores específicos ou regiões determinadas<sup>58</sup>. Em 1971, a Comissão aprovou os primeiros instrumentos de *soft law*, um relativo aos têxteis e o outro atinente ao vestuário<sup>59</sup>. Normas de *soft law* sobre auxílios regionais foram pela primeira vez aplicadas pela Comissão a partir de 1972<sup>60</sup>.

Exceptuando a publicação de uma Carta, na qual a Comissão fazia menção de aplicar a partir de 1975 normas de *soft law* no domínio dos auxílios ao meio ambiente<sup>61</sup>, o controlo dos auxílios só voltou a ganhar vigor na segunda metade dos anos 80. Em 1986 a Comissão publicou o primeiro enquadramento sobre auxílios de Estado à investigação e desenvolvimento, no qual a Comissão adoptou uma atitude mais positiva face ao controlo dos auxílios de Estado<sup>62</sup>. Este enquadramento foi posteriormente revisto de forma a incluir os auxílios relacionados com a inovação, que a Comissão justificou como fazendo parte da Estratégia de Lisboa<sup>63</sup>. De igual modo, os auxílios às pequenas e médias empresas tornaram-se a partir do final dos anos 80 uma preocupação maior para a Comissão. A Comissão ainda recentemente, aquando da revisão do enquadramento comunitário dos auxílios estatais a favor do ambiente, num questionário que dirigiu às partes interessadas perguntou se categorias adicionais de auxílios, tais como a saúde dos civis e a sua envolvente (em inglês no original, “safety of civilians and their environment”) ou a saúde dos consumidores deveriam ser introduzidas.

A Comissão no Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais propôs uma redução dos auxílios e a sua reorientação para os objectivos da Estratégia de Lisboa (menos auxílios estatais e mais orientados) em sintonia com o apelo feito no Conselho Europeu de Novembro de 2004. Contudo, o Plano de Acção concedeu maior importância ao objectivo de redireccionar os auxílios do que ao esforço de redução do seu montante. No intuito de colocar os auxílios de Estado ao serviço da Estratégia de Lisboa, de criação de mais crescimento e emprego, a Comissão definiu ela própria as prioridades das políticas de auxílios, que seriam, de acordo com o Conselho Europeu de

---

58 Artigo 92.º, n.º 1, al. c): “Os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas actividades ou regiões económicas...”.

59 Comissão Europeia, 1971a; Comissão Europeia, 1971c: § 172.

60 Comissão Europeia, 1971b.

61 Comissão Europeia, 1974.

62 Cini & McGowan, 1998: 153.

63 Blauberger, 2009a: 727.

Março de 2005, a redução do nível geral dos auxílios estatais e a sua reafecção a favor de certos objectivos horizontais<sup>64</sup>, tais como o reforço da inovação e da investigação, promoção da sociedade de conhecimento, criação de um ambiente favorável aos negócios e ao empreendedorismo, promoção de um futuro ambientalmente sustentável, reforço da coesão social, protecção do ambiente, promoção do emprego, etc.

A Comissão estabeleceu no Plano de Acção, na sua parte final, um calendário indicativo, para o período 2005 a 2009, que previa a revisão global das normas vigentes no domínio dos auxílios de Estado quer as normas *hard law*, quer as normas *soft law*.

O Plano de Acção, na medida em que quer redireccionar os auxílios para objectivos horizontais, está na linha da actuação da Comissão de um afastamento progressivo da letra do Tratado nas propostas de regulação dos auxílios de Estado, quer se trate de *hard law* quer se trate de *soft law*. A Comissão tem vindo assim a estabelecer as suas prioridades em matérias de auxílios de forma cada vez mais independente do preceituado no Tratado, criando a sua própria agenda, a qual em alguns casos só com muito esforço poderá considerar-se directamente baseada no disposto no artigo 107.º, n.º 3, do TFUE.

A agenda da Comissão reflecte naturalmente a sua concepção acerca da política dos auxílios. Assim, a Comissão considerou que os auxílios horizontais seriam preferíveis aos auxílios sectoriais, não porque o Tratado não os preveja, não porque o Tratado dê prioridade ou considere preferíveis os auxílios horizontais aos sectoriais, mas porque a Comissão considerou os primeiros não só menos distorçores da concorrência, mas também mais adequados à consecução dos objectivos de interesse comum, definidos como tais por si. Note-se a propósito que a distinção entre auxílios horizontais e auxílios sectoriais, que assimila os primeiros a auxílios menos distorçores da concorrência que os segundos, não é em si mesma isenta de equívocos. Assim, os auxílios à reestruturação não discriminam sectores de actividade, mas constituem auxílios particularmente distorçores da concorrência, sendo por isso considerados pela Comissão auxílios sectoriais. Já os auxílios regionais que obviamente dis-

---

64 “O Conselho Europeu de Março de 2005 convidou os “Estados-Membros a prosseguirem numa via de redução do nível geral dos auxílios estatais, sem deixar de ter em conta as eventuais falhas dos mercados. Este movimento deve ser acompanhado de uma reafecção dos auxílios em benefício do apoio a determinados objectivos horizontais, como a investigação e a inovação e a valorização do capital humano”. Ponto 14 do Plano de Acção.

crimnam regiões favorecendo umas em detrimento de outras, são apesar de tudo incluídos no rol dos auxílios horizontais.

A definição de objectivos para os auxílios por parte da Comissão para a União Europeia no seu conjunto coloca problemas de vária índole aos Estados. Os Estados têm de provar que os auxílios que pretendem executar estão de acordo com os objectivos previamente definidos pela Comissão. A noção de interesse comum ganhou uma dimensão positiva que não estava nem na letra, nem no espírito do Tratado, o que tornou mais exigente a prova que os Estados estão obrigados a fazer de que os auxílios que pretendem implementar estão de acordo com o disposto no artigo 107.º, n.º 3, do TFUE.

Os Estados têm de provar que os auxílios são necessários, adequados e proporcionais à prossecução dos objectivos de interesse comum definidos previamente pela Comissão.

A Comissão considera que a intervenção dos Estados por meio de auxílios só se justifica caso exista uma falha de mercado ou esteja em causa um objectivo de interesse comum. Os Estados estão obrigados a demonstrar que os objectivos de interesse comum não poderiam ser atingidos pelo simples funcionamento dos mercados ou, no limite, por outro meio ao dispor do Estado menos distorçor da concorrência que os auxílios (necessidade)<sup>65</sup>.

Os auxílios têm de revelar-se adequados à realização dos objectivos pretendidos, criando um efeito de incentivo nos beneficiários dos auxílios de forma a provocar uma alteração no seu comportamento (adequação).

Os auxílios têm de ser proporcionais, não podendo ser concedidos para lá do estritamente necessário para a compensação da falha de mercado ou a realização do objectivo de interesse comum (proporcionalidade).

Os benefícios dos auxílios têm de revelar-se globalmente superiores aos efeitos negativos que provocarão na concorrência e no comércio europeus<sup>66</sup>.

#### 2.2.2.2. *O conteúdo material das normas de hard law*

O artigo 89.º [actualmente 109.º TFUE] do Tratado de Roma atribuía ao Conselho um poder de carácter normativo, autorizando-o a editar regulamentos, cujo fim era unicamente o de facilitar a execução dos artigos 87.º e 88.º [actualmente 107.º e 108.º TFUE], determinando em especial as condições de aplicação do artigo 88.º, n.º 3 [actualmente 108.º, n.º 3, TFUE], bem

65 Por exemplo, por meio de regulação normativa.

66 Friederiszick, Röller & Verouden, 2007: 165; Friederiszick, 2008: 57-59.



como os auxílios que ficam isentos da obrigação de notificação. Só em 1998 o Conselho exerceu os seus poderes, editando o Regulamento n.º 994/98 do Conselho de 7 de Maio de 1998<sup>67</sup>, marcando uma nova era no direito dos auxílios de Estado. Pela primeira vez, o Conselho fez uso da competência que detinha, por força do artigo 89.º, para adoptar regulamentos de aplicação dos artigos 87.º e 88.º. Mas que razões terão levado a que durante tanto tempo o Conselho não tenha feito uso de um tal poder, de grande importância para o desenvolvimento e a correcta aplicação do regime jurídico comunitário, em sede de auxílios estatais?<sup>68</sup> É certo que a Comissão não ficou inactiva, tendo em 1966 submetido ao Conselho uma proposta de regulamento fixando certas condições e modalidades de aplicação do exame preventivo dos projectos de ajudas. Apesar destas tentativas, a Comissão depressa se apercebeu das vantagens desta situação de vazio legal<sup>69</sup>.

67 JOCE L 142 de 14 de Maio de 1998.

68 Sobre o tema ver, entre nós, Almeida, 2002.

69 Muito curiosa foi a resposta, em Outubro de 1990, do Comissário encarregado das questões de concorrência, Sir Leon Brittan, a uma carta do ministro italiano da Indústria, M. A. Battaglia, convidando a Comissão a submeter ao Conselho uma proposta de regulamento com o fim de definir com precisão as condições de aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado de Roma:

“Eu não posso partilhar o vosso sentimento de que a falta de um regulamento do Conselho provoque uma muita elevada incerteza no domínio dos auxílios à indústria. A Comissão tem sempre informado e, quando tal seja necessário, consultado os Estados-membros a propósito da sua política. Ela não se tem poupado a desenvolver esforços para conseguir a maior transparência possível, publicando entre outros, ‘guidelines’ e enquadramentos sobre numerosos aspectos da política de auxílios. O Tribunal de Justiça tem igualmente clarificado um grande número de questões tanto no que toca a matéria processual (por exemplo, o prazo de dois meses para avaliar os casos dos auxílios notificados), como no que toca a questões de fundo (por exemplo, a definição de auxílio e a determinação dos factores que devem ser tomados em conta para avaliar a compatibilidade do auxílio). Através dos seus acórdãos, o Tribunal de Justiça tem desenvolvido um *corpus* jurisprudencial que obriga tanto a Comissão como os Estados-membros.

Como já o tinha explicado antes, o Tratado estabelece uma separação clara em matéria de auxílios de Estado, entre os poderes da Comissão e os do Conselho. Por esta razão não penso que os autores do Tratado tenham querido confiar aos Estados-membros um poder de decisão ao nível da formulação dos critérios e dos princípios de avaliação dos auxílios. A própria formulação do artigo 94.º [actualmente 109.º TFUE] visa simplesmente os regulamentos de aplicação, na medida em que os artigos 92.º e 93.º [actualmente 107.º e 108.º TFUE] compreendem já um conjunto relativamente completo de regras, tanto processuais como materiais. Tais regulamentos de aplicação não poderiam senão completar ou precisar as regras próprias do Tratado; eles não as poderiam modificar. Um regulamento baseado no artigo 94.º [actualmente 109.º TFUE], não poderia pois limitar o campo de aplicação do artigo 92.º [actualmente 107.º TFUE], nem a competência da Comissão, tal como se encontra definida no artigo 93.º [actualmente 108.º TFUE]. Além disso, as numerosas decisões tomadas pela Comissão no passado, assim como a jurisprudência do Tribunal de Justiça, levam-me a pensar que não há nenhuma necessidade aparente para a Comissão de apresentar uma proposta na base do artigo 94.º [actualmente 109.º TFUE] do Tratado (...).

Depois de ter examinado atentamente as consequências tanto institucionais como práticas de um recurso ao artigo 94.º [actualmente 109.º TFUE] e considerando que os objectivos da segurança jurídica e da transparência podem ser realizados prosseguindo na prática já bem estabelecida dos diálogos bilaterais e multilaterais e das consultas no quadro do processo de decisão, eu próprio cheguei à conclusão de que

Parece pois evidente que um tal sistema satisfizes a Comissão, fazendo dela o actor por excelência no âmbito dos auxílios de Estado e deixando-lhe as mãos livres na apreciação da compatibilidade dos auxílios. A Comissão foi publicando ao longo dos anos cartas dirigidas aos Estados e ao Conselho, linhas directrizes, enquadramentos, comunicações, utilizando também os relatórios anuais sobre a concorrência, que de alguma forma foram suprimindo a falta dos regulamentos do Conselho.

Foi assim possível garantir aos Estados e aos particulares alguma segurança e certeza jurídicas quanto aos auxílios lícitos e aos procedimentos utilizados pela Comissão, dado que esta ficava obrigada a respeitar as suas próprias linhas directrizes e enquadramentos, não as podendo afastar sem mais.

Este estado de coisas também não desagradava aos Estados, permitindo-lhes negociar até certo ponto a aplicação, caso a caso, das regras relativas às ajudas de Estado.

Não obstante, o sistema assim engendrado pela Comissão com a anuência dos Estados tinha fortes limitações<sup>70</sup>.

A crescente complexidade do sistema, apesar das vantagens proporcionadas pela sua reconhecida flexibilidade e informalidade, foi com o correr dos tempos tornando-se mais difícil de gerir. Apesar do esforço de divulgação pela Comissão das linhas orientadoras da sua acção em matéria dos auxílios estaduais, era difícil assegurar às empresas e aos próprios Estados certezas quanto ao alcance exacto de muitas das suas linhas orientadoras. O poder quase-regulamentar da Comissão, do qual esta fez um largo uso, se é verdade que libertou as mãos da Comissão na definição da compatibilidade dos auxílios e no preenchimento das lacunas procedimentais do artigo 88.º do Tratado de Roma, tinha limites que tanto o Tribunal de Primeira Instância (hoje Tribunal Geral), como o Tribunal de Justiça não deixaram de lembrar. Apesar de a Comissão estar vinculada por eles, em caso algum os documentos informais podiam derrogar as normas do Tratado. Apesar de, desde o princípio, as jurisdições comunitárias não colocarem em causa o larguíssimo poder discricionário da Comissão, não deixaram de obrigar a Comissão a respeitar escrupulosamente os direitos procedimentais dos Estados e dos particulares,

---

não seria apropriado para a Comissão, preparar uma nova proposta de regulamento sobre os auxílios de Estado fundada no artigo 94.º [actualmente 109.º TFUE] do Tratado." Com a devida referência a Struys, Michel L., "Questions choisies de procédure en matière d' aides d' État", in *RTDE*, Paris, n.º 1, 1993, págs. 17-38, em especial, p. 18.

<sup>70</sup> Struys, 1993: 18.

precisando e ampliando o seu alcance, recorrendo se necessário aos princípios fundamentais.

Dada a escassez de recursos humanos da Comissão e a própria posição da Comissão como único órgão competente para apreciar a compatibilidade dos auxílios, o crescente aumento das notificações dos auxílios e o aumento também em número crescente de queixas propostas pelas empresas concorrentes a propósito dos auxílios ilegais, colocaram em causa a sua capacidade enquanto entidade de controlo dos auxílios. Dada a sua competência exclusiva, ela era obrigada a examinar a totalidade dos projectos, não podendo em consequência dedicar a devida atenção aos mais importantes.

A própria evolução desejável para uma Comunidade de direito tornou insustentável a persistência de normas com contornos incertos e aleatórios, editados de forma difusa, quando além do mais o artigo 89.º [actualmente 109.º TFUE] permitia a possibilidade de regulamentos de aplicação dos artigos 87.º e 88.º [actualmente 107.º e 108.º TFUE].

A aprovação do Regulamento n.º 994/98 do Conselho de 7 de Maio de 1998 apresentou uma tripla vantagem<sup>71</sup>. Em primeiro lugar, simplificou o trabalho administrativo da Comissão. Em segundo lugar, emprestou uma relativa segurança jurídica aos Estados e às empresas, ao determinar os auxílios permitidos e os não permitidos. Em terceiro lugar, aumentou a eficácia da política de concorrência, pois será de esperar que os Estados modifiquem os auxílios para os tornarem conformes aos modelos permitidos.

A aprovação do Regulamento n.º 994/98 do Conselho permitiu à Comissão a edição de regulamentos com vista a estabelecer isenções para categorias específicas de auxílios.

Uma primeira vaga de regulamentos abrangeu os auxílios regionais, os auxílios às pequenas e médias empresas, os auxílios ao ambiente e os auxílios *de minimis*. Uma segunda vaga de regulamentos teve por objecto a agricultura e as pescas. Depois, em 2006, a Comissão editou um regulamento sobre auxílios ao investimento regional. Em 2008, a Comissão adoptou um regulamento geral de isenção que substituiu os anteriores<sup>72</sup>. Este regulamento tem duas partes principais. No capítulo I, o regulamento estabelece um conjunto

---

71 Blumann, 1999: 321.

72 Regulamento (CE) n.º 800/2008 da Comissão, de 6 de Agosto de 2008, que declara certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do TFUE (Regulamento geral de isenção por categoria).

de princípios gerais comuns às várias categorias de auxílios nele previstas. No capítulo II, o regulamento contém disposições específicas para cada uma das várias categorias de auxílios aí previstas<sup>73</sup>.

Os regulamentos que resultaram da elaboração da Comissão foram em larga medida baseados nas normas de *soft law* já existentes, gozando a Comissão de uma considerável autonomia na concepção e no desenho dos mesmos.

Para os Estados a existência de regulamentos de isenção tem algumas vantagens. Os Estados são livres para conceder auxílios, sem necessidade de prévia notificação dos mesmos à Comissão. Os auxílios podem ser imediatamente colocados em execução. Os Estados podem conformar com alguma liberdade os auxílios que pretendem executar, conquanto não ponham em causa o disposto nos regulamentos de isenção.

Tendo em mente as vantagens dos regulamentos de isenção compreende-se que os Estados direccionem as suas políticas de auxílios para os domínios em que eles existem.

### 3. CONCLUSÕES

Parece-nos claro que o controlo dos auxílios de Estado já não pode ser considerado um controlo negativo. O controlo dos auxílios, por força da actuação da Comissão, que em larga medida só foi possível graças à relativa imprecisão das normas do Tratado e à diversidade de preferências dos Estados, ganhou uma dimensão positiva, primeiro com o recurso a normas de *soft law* depois também com normas de *hard law*. Os regulamentos de isenção, independentemente do juízo que se faça, quer sobre a sua legitimidade, quer sobre a bondade das suas soluções materiais, têm constituído um poderoso meio de harmonização da política e do controlo dos auxílios de Estado. Os Estados, em face da alternativa da insegurança das decisões caso a caso, têm optado racionalmente pelo porto seguro proporcionado pelos regulamentos de isenção existentes. Para além do mais, os Estados quando aplicam os regulamentos de isenção ainda conservam alguma margem de manobra, se bem que dentro dos limites materiais estabelecidos nos referidos regulamentos de isenção.

Os tribunais europeus têm no essencial apoiado o controlo dos auxílios tal como tem vindo a ser concebido pela Comissão, não deixando apesar de tudo de impor algumas limitações, sobretudo de carácter processual. Os tribunais

---

73 Cf. Oldale & Henri, 2009: 116-119.

têm adoptado uma atitude de *self restraint* relativamente às opções materiais seguidas pela Comissão no domínio do controlo dos auxílios.

Este modelo de controlo dos auxílios de Estado, de integração positiva desde cima (*from above*) tem no entanto os seus limites.

Em primeiro lugar, a integração positiva não vai tão longe que se possa dizer que o controlo dos auxílios evoluiu para uma política europeia dos auxílios de Estado. O controlo sobre a política dos auxílios de Estado exercido pela Comissão não fez com que os Estados tivessem perdido toda a capacidade para determinar as suas políticas de auxílios. Os Estados continuam a ter o poder de conceder ou não conceder auxílios, podem escolher a forma, os sectores e as actividades a auxiliar, não podendo ser obrigados pela Comissão a conceder os auxílios que não desejem atribuir.

Em segundo lugar, se bem que a Comissão disponha de uma ampla margem de manobra para criar normas de *soft* ou de *hard law* de acordo com as suas próprias concepções, não tem capacidade para as impor aos Estados, especialmente aos mais poderosos, sempre que estes na sua maioria não as aceitem<sup>74</sup>.

Em terceiro lugar, os limites da integração positiva desde cima estão patentes no facto de os Estados poderem escolher aderir retoricamente às regulações sobre auxílios públicos elaboradas pela Comissão, continuando a conceder auxílios particularmente distorçores. Esta situação é tanto mais provável quanto maior for a imprecisão das regulações editadas pela Comissão, permitindo aos Estados justificar com relativa facilidade a sua concessão<sup>75</sup>.

---

74 Dois exemplos simples provam-no. A Comissão teve de rever a sua proposta inicial sobre as linhas directrizes para os auxílios regionais dada a oposição manifestada pela França, a Alemanha e o Reino Unido. O segundo exemplo é-nos dado pela regulação dos auxílios às empresas em dificuldade. A Comissão sempre viu com maus olhos este tipo de auxílios dado os efeitos perniciosos que têm sobre a concorrência. Contudo, face à indisponibilidade dos Estados para prescindir destes auxílios, a Comissão foi como que obrigada a aprovar linhas directrizes sobre o salvamento e a estruturação de empresas, preferindo a existência destas regras ao puro e simples não cumprimento por parte dos Estados.

75 Blauburger, 2009a: 733-735.

## BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, João José Nogueira de,  
2002 “As Isenções Categrorais no Domínio das Ajudas de Estado”, in *Boletim de Ciências Económicas*, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. XLV-A, pp. 349-371.
- ANDEL, Norbert  
1969 *Subventionen als Instrument des finanzwirtschaftlichen Interventionismus*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- ARPIO SANTACRUZ, Juan L.  
2000 *Las Ayudas Públicas ante el Derecho Europeo de la Competencia*, Pamplona s.l.: Aranzadi Editorial.
- BARBERAN ORTÍ, Ramón  
2005 “Capítulo 4. – La hacienda pública de la Unión Europea”, in M.<sup>a</sup> Galduf, Josep (org.), *Economía da Unión Europea*. Quinta Edición. Navarra: Thomson – Civitas, 2005, pp. 115-144.
- BARBOSA, António Pinto  
1997 *Economia Pública*, Lisboa: McGraw-Hill.
- BARTHE, Marie-Annick  
2003 *Economie de l'Union européenn*, 2ème édition. Paris: Editions Economica.
- BASEDOW, J., et al.  
2008a *The “More Economic Approach” in European State Aid Control – Translated Version of Chapter VI of the Biennial Report 2006/2007*, MonopolKommission. s.l., disponível em [http://www.monopolkommission.de/haupt\\_17/chapteriv\\_h17.pdf](http://www.monopolkommission.de/haupt_17/chapteriv_h17.pdf), p. 75.
- 2008b *Weniger Staat, mehr Wettbewerb – Gesundheitsmärkte und staatliche Beihilfen Monopolkommission in der Wettbewerbsordnung – 2006-2007*. Monopolkommission.s.l.,disponível em [http://www.wiwi.uni-jena.de/uiw/lehre/wettbewerbbspolitik\\_10/Monopolkommission\\_17\\_Hauptgutachten.pdf](http://www.wiwi.uni-jena.de/uiw/lehre/wettbewerbbspolitik_10/Monopolkommission_17_Hauptgutachten.pdf), pp. 403-486.
- BLAUBERGER, Michael  
2009a “Of ‘Good’ and ‘Bad’ Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law”, in *West European Politics*, July de 2009, Vol. 32, pp. 719-737.
- 2009b “From Negative to Positive Integration? European State Aid Control Through Soft and Hard Law“, *MPIfG Discussion Paper 08/4*, disponível em [http://www.mpifg.de/pu/mpifg\\_dp/dp08-4.pdf](http://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp08-4.pdf).fg.de/pu/mpifg\_dp/dp08-4.pdf sion Paper 08/4
- 2009c *Staatliche Beihilfen in Europa*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

BLUMANN, Claude

1999 “L’emergence de l’exemption catégoriel en matière d’aides d’état : le règlement n.º 994/98 du 7 MAI 1998”, in *R.M.C.U.E.*, 1999, Vol. 428, pp. 319-327.

BRAUN, Jens-Daniel & KÜHLING, Jürgen

2008 “Article 87 EC and the Community Courts: From Revolution to Evolution”, in *Common Market Law Review*, 2008, Vol. 48, pp. 465-498.

BUENDIA SIERRA, José Luis & SMULDERS, Ben

2008 “Chapeter 1 The Limited Role of the ‘Refined Economic Approach’ in Achieving the Objectives of State Aid Control: Time for Some Realism”, in *EC State Aid Law: Liber Amicorum Francisco Santaolalla*. s.l.: Kluwer, pp. 1-26.

BUNDESREGIERUNG DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

2005 *Stellungnahme der Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland zum ‘Aktionsplan staatliche Beihilfen’*. s.l., disponível em [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/reform/comments\\_saap/37982.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/comments_saap/37982.pdf), p. 9.

CINI, Michelle

2001 “The Soft Law Approach: Commission Rule-Making in the EU’s. State Aid Regime”, in *Journal of European Public Policy*, 2001, pp. 192-207.

CINI, Michelle & MCGOWAN, Lee

1998 *Competition Policy in the European Union*, Houndmills: Macmillan.

COMISSÃO EUROPEIA

1971a *Communication to Member States (SEC(71) 363 final* July.

1971b *Commission Communication OJ C 111, 4.11.1971*.

1971c *First Report on Competition Policy*.

1973 *Information – Competition*, s.l., disponível em: [http://aei.pitt.edu/7733/01/31735055262996\\_1.pdf](http://aei.pitt.edu/7733/01/31735055262996_1.pdf).

1974 *Commission letter to Member States S/74/30.807*.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán

1983 *La Subvencion: Concepto Y Regimen Jurídico*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983.

FRIEDERISZICK, Hans W.,

2008 “Der ‘Refined Economic Approach’ in der Beihilfenkontrolle. Innen- und Aussenansichten”, in Oberender, Peter (org.), *Der “more economic approach” in der Beihilfenkontrolle*, Berlin: Duncker & Humoldt.

FRIEDERISZICK, Hans W., RÖLLER, Lars-Hendrick & VERouden, Vincent

2005 “European State Aid Control: an economic framework”, in Buccirosi, Paolo (org.), *Advances in the Economics of Competition Law*. s.l., disponível em: [www.crai.com/Agenda/Roller-state.pdf](http://www.crai.com/Agenda/Roller-state.pdf), 2005.

- 2007 “EC State Aid Control: an Economic Perspective”, in Rydelski, Michael Sanchez (org.), *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*. London: Cameron May, 2007, pp. 145-182.
- HARDEN, Ian  
 1993 “Introduction by the project chairman : State aids and the economic constitution of the Community”, in *State Aid: Community Law and Policy*, Köln Bundesanzliger, 1993, pp. 12-18.
- HEIDENHAIM, Martin  
 2003 “2. Kapitel – Tatbestand der Beihilfe”, 3 § Allgemeine Grundlagen in *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts*, München: C. H. Beck, pp. 17-24.
- JENNERT, Carsten  
 2005 *Zum Verhältnis von europäischem Beihilferecht und mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge*, Berlin: Carsten Jennert.
- JESTAED & SCWHEDA  
 2003 “4. Kapitel – Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 87 Abs. 3 EG – § 14 Allgemeine Grundsätze”, in Martin Heidenhain (org.), *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts*, München: C. H. Beck, pp. 191-236.
- KERBER, Wolfgang  
 1997 “Die EU-Beihilfenkontrolle als Wettbewerbsordnung: Probleme aus der Perspektive des Wettbewerbs zwischen Jurisdiktionen”, in Cassel, Dieter (org.), *Europäische Integration als ordnungspolitische Gestaltungsaufgabe*. Berlin: Duncker & Humblot, pp. 37-74.
- KOENIG, Christian & KÜHLING, Jürgen  
 1999 “Reform des EG-Beihilfenrechts aus der Perspektive des mitgliedstaatlichen Systemwettbewerbs – Zeit für eine Neuausrichtung?“, in *EuZW*, 1999, pp. 517-523.
- KOENIG, Christian, KÜHLING, Jürgen & RITTER, Nicolai  
 2005 *EG-Beihilfenrecht*, Frankfurt am Main: Recht und Wirtschaft GmbH.
- KROES, Neelie  
 2007 “Foreword”, in Derenne, Jacques & Merola, Maximo (org.), *Economic Analysis of State Aid Rules – Contributions and Limits*, Berlin: The Legal Publisher Lexxion.
- LAVDAS, Kostas A. & MENDRINOU, Maria M.  
 1999 *Politics, Subsidies and Competition: The New Politics of State Intervention in the European Union*, Cheltenham: Edward Elgar, 1999.



- LEHNER, Stefan & MEIKLEJOHN, Roderick  
 1991 “Parte I – Concurrence équitable dans le marché intérieur: la politique communautaire des aides d’Etat”, in *Economie Européenne*, 1991, Vol. 48, pp. 19-35.
- MAINCENT, E. & NAVARRO, L.  
 2006 *A Policy for Industrial Champions: From Picking Winners to Fostering Excellence and the Growth of Firm*, Brussels: European Commission, Enterprise and Industry Directorate-General, disponível em: [http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc\\_id=4187&userservice\\_id=1](http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/document.cfm?action=display&doc_id=4187&userservice_id=1).
- MARQUES, Alfredo  
 2006 *Economia da União Europeia*, Coimbra: Edições Almedina.
- MARTIN, Stanislas & STRASSE, Christophe  
 2005 “La politique communautaire des aides d’Etat est-elle une politique de concurrence?”, in *Concurrences*, 2005, Vol. 3, pp.52-59.
- MEIKLEJOHN, R.  
 1999 “Part I – Chapter 1 – The economics of State Aid”, in *European Economy*, 1999, Vol. 3, pp. 25-31.
- MESTMÄCKER, E.,-J. & SCHWEITER, H.  
 2004 *Europäisches Wettbewerbsrecht*, Vol. 2, München: Beck.
- MÖSCHEL, Wernhard  
 2008 “Der ‘more economic approach’ in der Beihilfenkontrolle – Überlegungen aus juristischer Perspektive”, in Oberender, Peter (org.), *Der “more economic approach” in der Beihilfenkontrolle*, Berlin: Duncker & Humboldt, 2008, pp. 39-48.
- MUSGRAVE, Richard A. & MUSGRAVE, Peggy B.  
 1986 *Hacienda Publica Teorica y Aplicada*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- OLDALE, Alison & HENRI, Piffaut  
 2009 “Introduction to State aid law and policy”, in Bacon, Kelyn (org.), *European Community Law of State Aid*, Oxford: 2009, pp. 3-23.
- Lehmkuhl, D.  
 2008 “On Government, Governance and Judicial Review: The Case of European Competition Policy”, in *Journal of Public Policy*, Vols. 28, Issue 01, pp. 139-159.
- PORTO, Manuel  
 2006 *O Orçamento da União Europeia – As perspectivas financeiras para 2007 – 2013*, Coimbra: Almedina.  
 2009 *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina.

- PORTO, Manuel & ALMEIDA, João Nogueira de  
2006 “State Aids in Portugal”, in *Temas de Integração*. 2006, Vol. 22, pp. 181-193.  
2007 “State Aids in Portugal”, in Nemitz, Paul F. (org.), *The Effective Application of EU State Aid Procedures – The Role of National Law and Practice*. s.l.: Kluwer Law International, 2007, pp. 343-353.
- PREST, A. R.  
1974 *How much subsidy?*, London: The Institute of Economic Affairs.
- RAWLINSON, Frank  
1993 The Role of Policy Frameworks, Codes and Guidelines in the Control of State Aid, in Ian Harden. *State Aid: Community Law and Policy*, Köln: Bundesanzeiger, 1993, Part 3: The Commission’s Policy Frameworks, pp. 52-60.
- RODI, Michael  
2000 *Die Subventionsrechtsordnung: Die Subvention als Instrument öffentlicher Zweckverwirklichung nach Völkerrecht, Europarecht und deutschem innerstaatlichen Recht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.
- RUBINI, Luca  
2009 “The ‘elusive frontier’: regulation under EC State aid law”, in *European state aid law quarterly*, 2009, Vol. 8, n. 3, pp. 277-298.
- SCHMIDT, Ingo & SCHMIDT, André  
2006 *Europäische Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle*, München: Franz vahlen.
- SMITH, Mitchell P.  
1998 “Autonomy by the Rules: The European Commission and the Development of State Aid Policy”, in *Journal of Common Market Studies*, 36, issue 1, 1998, pp. 55-78.
- SPECTOR, David  
2007 “The economic analysis of State aid control”, in Derenne, Jacques & Maximo, Merola (org.), *Economic Analysis of State Aid Rules – Contributions and Limits* – Berlin: Lexxion, 2007, pp. 7-27.
- STAIGER, Birgit  
2009 *Die Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Europäischen Union*, Hamburg: Verlag Dr. Kovac.
- STRUYS, Michel L.  
1993 “Questions choisies de procédure en matière d’aides d’État”, in *RTDE*, 1993, Vol. 1, pp. 17-38 .
- WEBER, Luc  
1997 *L’État, acteur économique* 3, Paris: Economica.

WOLFER, Marcel

2008 *Die vertikale Kompetenzordnung im EG-Beihilfeaufsichtsrecht*, Hamburg: Dr. Kovac.