



Ana Marisa Pinheiro Brandão

AUXÍLIOS DE ESTADO

A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Dissertação com vista à obtenção do
grau de Mestre em Direito
na especialidade de Direito e Gestão

Orientador: Professor Doutor Lúcio Tomé Feteira

junho de 2019

DECLARAÇÃO ANTIPLÁGIO

Eu, Ana Marisa Pinheiro Brandão, declaro que a presente dissertação é da minha exclusiva autoria e a utilização de todas as contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.

DECLARAÇÃO DO NÚMERO DE CARATERES

Esta dissertação é constituída, incluindo espaços e notas, pela totalidade de 171.316 caracteres.

Não temos que olhar para a concorrência e dizer que vamos fazer melhor...

Temos que olhar para a concorrência e dizer que vamos fazer diferente!

Steve Jobs

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pela eterna paciência e motivação.

À Daniela, pela companhia e interajuda ao longo destes meses.

À Inês e ao Diogo, pela motivação e partilha da mesma etapa.

Ao João, pela generosidade e disponibilidade para ler esta dissertação.

Ao meu país que, pela sua integração na União Europeia me permitiu desenvolver este tema, pelo que é grande a certeza e a convicção de que a Europa e a sua união é o - nosso melhor - caminho.

Ao Professor Doutor João Nogueira de Almeida, pelo seu valioso contributo neste estudo.

Ao meu orientador, Professor Doutor Lúcio Tomé Feteira, pela sua incansável tarefa de me levar a bom porto.

RESUMO

A presente dissertação pretende esclarecer no que é que consiste um Auxílio de Estado, esmiuçando as suas características e apontando as suas exceções. Ainda neste patamar é elencado um conjunto de princípios imprescindíveis para um profícuo exame da compatibilidade dos auxílios.

Pretende-se, igualmente aprofundar num primeiro momento, as relações existentes entre o Direito da concorrência e a Contratação pública e, num segundo momento, a ligação dos Auxílios de Estado à Contratação pública.

Em última instância, invoca-se a seguinte questão: será que um concurso público isenta, por si só, a existência de um Auxílio de estado?

PALAVRAS-CHAVE: auxílios de estado; auxílios *de minimis*; concurso público; contratação pública; direito da concorrência; regime de isenção por categoria.

ABSTRACT

The present dissertation intends to clarify the concept of State Aid, analyzing its characteristics and pointing out its exceptions. Concerning this issue, we also point out a set of indispensable principles regarding the compatibility of this sort of Aid.

It also intends to deepen, firstly the relationship between competition law and Public Procurement and, secondly, the link between State Aid and Public Procurement.

Ultimately, the following question is raised: does a public tender exempt, by itself, the existence of a State aid?

KEYWORDS: block exemption scheme; competition law; «*de minimis*» aid; public procurement; public tender; state aid.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão.

AE – Auxílio de Estado.

Al. – Alínea.

Art./ Arts. – Artigo/ Artigos.

CCE- Comissão das Comunidades Europeias.

CCP – Código dos Contratos Públicos.

CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.

Colet. – Coletânea.

Cfr. – Confrontar.

EM – Estado-Membro.

EUA – Estado Unidos da América.

JO – Jornal Oficial.

MI – Mercado Interno.

N.º – Número.

P/PP – Página/ Páginas.

PME's – Pequenas e médias empresas.

Proc. – Processo.

Reg. – Regulamento.

RGIC – Regime Geral de Isenção por Categoria.

SS – Seguintes.

TCEE – Tratado das Comunidades Económicas Europeias.

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

TG – Tribunal Geral.

TJ – Tribunal de Justiça.

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia.

TPI – Tribunal de Primeira Instância.

TUE – Tratado da União Europeia.

UE – União Europeia.

Vol. – Volume.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	I
RESUMO.....	II
ABSTRACT	II
LISTA DE ABREVIATURAS.....	IV
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I: AUXÍLIOS DE ESTADO – ENQUADRAMENTO JURÍDICO	3
A. Breve análise do regime jurídico dos Auxílios de Estado.....	3
1. O conceito de Auxílios de Estado – art.107.º, n.º 1 do TFUE	7
1.1 Recursos Estatais.....	10
1.2 Vantagem	12
1.2.1 Princípio do investidor privado.....	14
1.3 Seletividade	18
1.4 Afetar ou ameaçar falsear a concorrência e afetar as trocas comerciais entre os Estados Membros	20
B. Das exceções ao princípio geral da incompatibilidade.....	23
2. Considerações acerca das exceções do art.107.º, n.º 2 e n.º 3 do TFUE... 23	
2.1 Art.107.º, n.º 2 do TFUE	23
2.2 Art. 107.º, n.º 3 do TFUE	24
3. Regime Geral de <i>de minimis</i> - Reg. (UE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 dezembro	27
4. Regime Geral de Isenção por categoria – Reg. (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho.....	30
5. Princípios gerais da política da Comissão na apreciação da compatibilidade dos auxílios de estado com o mercado interno	33
5.1 Princípio da subsidiariedade	34
5.2 Princípio da perspetiva europeia	35
5.3 Princípio da justificação compensatória	36
5.4 Princípio da cooperação leal.....	37
5.5 Princípio da não neutralidade do auxílio (efeito de incentivo).....	38

5.6 Princípio da precariedade	39
5.7 Princípio da adequação do auxílio	40
5.8 Princípio da necessidade do auxílio	40
5.9 Princípio da proporcionalidade	41
5.10 Princípio da degressividade dos auxílios	42
5.11 Princípio da adequação do tipo concreto do auxílio	42
5.12 Princípio da transparência	43

CAPÍTULO II: A INTERSEÇÃO DOS AUXÍLIOS DE ESTADO COM A CONTRATAÇÃO PÚBLICA 44

A. A complementaridade existente entre a contratação pública e o Direito da concorrência..... 44

B. A conexão entre os auxílios de estado e a contratação pública 49

1. Análise casuística - o procedimento de adjudicação do diálogo concorrencial..... 52

**2. Análise casuística - o procedimento negocial com publicação de anúncio
55**

C. O procedimento concursal enquanto mecanismo de controlo e instrumento saneador da presença de um auxílio de estado – *Quid iuris?* ... 58

CONCLUSÕES..... 71

BIBLIOGRAFIA 82

INTRODUÇÃO

Numa primeira instância é importante esclarecer que a temática chamada à colação – Auxílios de Estado – patente nos arts. 107.º a 109.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) são um dos pilares da defesa da concorrência e uma especificidade da UE, não tendo, por isso qualquer paralelismo nos EUA.

Há uma dupla perspetiva, neste âmbito, a saber: por um lado, a fiscalização serve para garantir a defesa da concorrência. Não fazia sentido ter normas dirigidas às empresas (normas *antitrust*) que proíbem as empresas de restringir a concorrência e, permitir que os próprios Estados voltassem a colocar obstáculos à concorrência.

Ademais, a fiscalização visa a realização do mercado interno (MI) – os Auxílios de Estado (AE) são ajudas concedidas pelos Estados para corrigir falhas de mercado ou para atingir objetivos político-sociais.

Nesta senda, a presente dissertação debruçar-se-á num primeiro momento sobre a análise dos AE, verificando-se e salientando-se os seguintes pontos: a existência de uma vantagem económica – sendo que, este elemento comporta um princípio essencial: o princípio do investidor privado – e, se esta é atribuída através de recursos do Estado; a seletividade da medida; o risco de distorção da concorrência; a afetação do comércio na UE. Estes elementos permitem-nos, desde logo, aferir se estamos perante um AE, representando assim, uma delimitação ainda que, por vezes subjetiva deste conceito.

Por sua vez, impõe-se abordar a existência de exceções ao princípio geral da incompatibilidade que consta do art. 107.º, n.º 1 do TFUE: o art. 107.º, n.º 2 e n.º 3 do TFUE. Para além de que, o Regime Geral de Isenção por Categoria (RGIC) e o Regime Geral *de minimis* constituem também exemplos de exceções ao regime jurídico dos AE, sendo que, a sua existência respeita os trâmites legais e, proporciona em princípio uma maior celeridade no processo da concessão dos AE.

Quanto aos princípios gerais da política da Comissão Europeia (CE) elencados é de salutar relevância a sua exploração, dado que estes representam diretrizes adicionais para um profícuo controlo dos AE e para a sua correta aplicação.

Na verdade e, no que concerne às questões jurídicas de um modo transversal, todas as matérias se regem por princípios que se tornam imprescindíveis como elementos norteadores de uma dada situação jurídica, no qual o Direito da concorrência não é exceção.

Posteriormente, iniciar-se-á o segundo capítulo, realçando-se primeiramente a complementaridade existente entre o Direito da concorrência e a contratação pública. As duas matérias confluem em diversas questões nomeadamente no âmbito dos AE.

Esta convergência é notória quando dissecarmos propriamente a conexão entre os AE e a contratação pública, através da análise casuística do procedimento de adjudicação do diálogo concorrencial e do procedimento negocial com a publicação de anúncio.

Para além de delinarem e confirmarem a conexão entre os dois regimes, asseguram, simultaneamente um desenvolvimento intermédio que antecede a questão chave: a simples existência de um concurso público é suficiente para excluirmos a existência de um AE?

Entendemos que esta temática consubstancia um especial interesse devido ao impacto negativo na despesa pública de cada Estado-Membro (EM), sempre que num processo de adjudicação, as regras concorrenciais não forem escrupulosamente cumpridas. Para além da dimensão interna é necessário atender ao interesse comum europeu que está, hodiernamente, inculcado e proclama, por isso, atuações consentâneas.

CAPÍTULO I: AUXÍLIOS DE ESTADO – ENQUADRAMENTO JURÍDICO

A. Breve análise do regime jurídico dos Auxílios de Estado

A primeira abordagem do presente estudo passa pela delimitação do conceito¹ AE, na medida em que esta permite, desde logo, uma noção e, uma conseqüente consciência do seu conteúdo. Se considerarmos uma interpretação ampla de AE, pode dizer-se que, qualquer auxílio atribuído por um EM, qualquer que seja a sua forma é incompatível com o mercado comum, salvo disposição em contrário dos Tratados – art. 107.º, n.º 1 do TFUE.

Por outro lado, temos de ter em conta que este é classificado como um conceito “plasticina” pelo facto de se ajustar às conjunturas do mercado e à realidade da integração europeia, não se preservando estático ao longo dos anos².

Para além disso, acompanhando as palavras de MANUEL MARTINS: “*O Tratado não oferece – nem de longe - uma definição de auxílio...*” e, por sua vez o Tribunal de Justiça (TJ)³ - em virtude deste mar de dúvidas – tem-se adaptado à evolução do mercado comum e, “*tem evitado que os Estados contornem com facilidade o conceito, precisamente por ele ser suficientemente flexível e algo indeterminado*”⁴.

Pese embora, este conceito seja indeterminado, há uma delimitação que é possível, desde já fazer: a existência de apoios que são proibidos – a não ser que se preencham determinados critérios – tais como: empréstimos e subvenções⁵;

¹ À luz do Acórdão (Ac.) de 17/10/2002, *Linde AG/ Comissão*, processo (proc.) T-98/00, n.º 40 lê-se: “*O conceito de auxílio, como é definido no Tratado, tem carácter jurídico...*”.

² Cfr. FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.5.

³ O TJ adotou uma definição de AE: “*As vantagens concedidas por autoridades públicas que, sob diversas formas, falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certos tipos de empresas ou certos tipos de produção*”, – Ac. de 2/07/1974, proc. C-173/73, *Itália/ Comissão*, in *Recueil* 1974, p. 357 e ss.

⁴ FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.5 e MANUEL MARTINS, 2002, p.49.

⁵ O Ac. de 23/02/1961, *Gezamenlijke Steekolenmijnen in Limburg/ Alta Autoridade CECA*, proc. 30/59, n.º39 estabeleceu que o conceito de AE é mais amplo do que o conceito de «subvenção»: “*Já que compreendem não só prestações positivas, como as subvenções, mas também são intervenções, que sob diferentes formas, diminuem o peso que normalmente recai sobre uma*

desagravamentos fiscais; fornecimento de bens e serviços a preços preferenciais; garantias públicas que melhoram a notação de crédito de uma empresa relativamente à dos seus concorrentes⁶.

Estes apoios podem representar grandes riscos concorrenciais, se desencadearem o favorecimento de interesses estabelecidos à custa de influências, em detrimento daqueles que competem com base nos seus próprios méritos - sendo que, o contribuinte tem que pagar a respetiva fatura. Deste modo, impedir a concessão indevida de apoios deste tipo é um meio barato e eficaz de tornar a UE mais justa e de promover o crescimento económico⁷.

Quanto a este último parágrafo, consideramos pertinente salientar a questão de o contribuinte ter que pagar a respetiva fatura quando não é exercida uma verdadeira e justa política concorrencial. As consequências da matéria do presente estudo são muito impactantes na vida de cada cidadão e na economia do seu país. Atendendo a esta consideração, este é, sem dúvida, um entre tantos exemplos, que nos alertam para a importância da UE e da sua influência nos respetivos EM.

Não obstante o conceito de AE ter sido claramente abordado de uma forma genérica e aberta, a jurisprudência dispõe uma maior concretização deste conceito quando refere que o art. 107.º, n.º 1 do TFUE compreende as decisões dos EM, a partir das quais e com o objetivo de alcançar os seus próprios benefícios económicos e interesses sociais, concedem vantagens através de decisões autónomas e unilaterais, para atingirem esses objetivos económicos e sociais⁸.

No entanto, a ausência de uma definição clara e objetiva do conceito poderá ter sido propositada com base nos seguintes argumentos: a grande amplitude do conceito AE tem assegurado que os EM não optem por outros instrumentos semelhantes, contornando assim o regime de controlo atual; para além de que, esta

empresa e, que por isso, apesar de não serem subvenções no sentido estrito da palavra têm a mesma natureza e os mesmos efeitos”.

⁶ Cfr. *Compreender as políticas da União Europeia: Concorrência*, p.4.

⁷ Disponível em: https://europa.eu/european-union/topics/competition_pt.

⁸ Ac. de 27/03/1980, *Amministrazione delle Finanze dello Stato/ Denkavit Italiana*, proc. 61/79, n.º 31.

lacuna tem permitido uma evolução deste instituto jurídico, permitindo às instituições europeias moldarem o seu regime mediante as exigências do MI. Neste sentido, ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS proferiu o seguinte: “A ideia de que o conceito de auxílio de Estado é um conceito aberto prende-se com o facto de a integração dos elementos que o compõem ser evolutiva, adequando-se às mudanças dos objectivos da Comunidade e do papel da política da concorrência, definida em articulação com as outras políticas da Comunidade para a satisfação daqueles objectivos”⁹.

Nesta instância, destacamos as palavras de MARIA CAVACO: “Ora, uma conceção demasiado restrita de auxílio deixaria pouca margem para o exercício das competências detidas por este órgão¹⁰ e frustraria o seu intuito de ajustamento aos objetivos comunitários, pelo que, na nossa ótica, o comprometimento com uma noção vinculativa nunca foi uma questão imperativa”¹¹.

Partilhamos deste entendimento e, por isso, consideramos que o conceito deve ser moldável ao longo do tempo, na medida em que, esta temática não pode, de forma alguma, ficar suspensa e estática. Não se pretende, assim um conceito fechado, permanente e impermeável, mas sim um instituto jurídico que se renove e que prossiga as rápidas evoluções ou mudanças de paradigma. Esta preocupação deve ser prioritária porque, como já constatámos, esta é uma temática com pouca consistência em virtude da sua complexidade e dimensão.

Neste ponto é de extrema relevância referir ainda que, independentemente da forma que assumam, é negada a atribuição de AE a empresas que estejam em dificuldade e, que não tenham hipóteses de se tornarem no futuro economicamente viáveis¹².

Ora, concordamos em parte com este entendimento. As empresas que não apresentem qualquer hipótese de inverterem a sua situação económica, à partida a

⁹ Cfr. MARIA CAVACO, 2018, pp.13-14 e ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, 2003, p. 176.

¹⁰ Comissão Europeia.

¹¹ Vide MARIA CAVACO, 2018, p.14.

¹² Cfr. *Compreender as políticas da União Europeia: Concorrência*, p.4.

atribuição de um AE representará um manifesto desperdício de recursos e, por consequência, retiraria a atribuição desse AE a uma empresa que, de facto possa melhorar a sua condição financeira e se (re) posicionar no mercado.

Porém, é facto assente que, a economia e a resposta dos agentes económicos são muito voláteis; ou seja, a dinâmica do mercado e dos seus intervenientes facilmente se altera ao longo do tempo.

De que forma, temos a plena certeza que as empresas excluídas da atribuição do AE não têm mesmo qualquer hipótese de se tornarem economicamente viáveis? Não será esta uma prática precipitada e que condena determinadas empresas ao fracasso, desprovidas de qualquer meio para se (re) estabelecerem? Esta questão reclama, por isso, critérios objetivos e uma análise cuidada, de modo a causar o menor impacto negativo às empresas e, consequentemente às economias de cada EM na sua globalidade.

Posto isto, é ainda de salutar relevância o contexto histórico dos AE e a sua evolução. No Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) estava patente uma proibição total dos AE às empresas dos setores regulados pela Comunidade, na medida em que se acreditava dever ser esta “*o motor da política industrial do carvão e do aço*”, “*substituindo os Estados na concessão de auxílios a tais indústrias*”¹³.

O regime dos AE na CECA, configurado de forma tão rígida, acabou por ser transformado no sentido do ulteriormente consagrado no Tratado das Comunidades Económicas Europeias (TCEE), bem como no TFUE: um regime de autorização de concessão dos AE. Desta forma, é utópica a abolição dos AE, pese embora seja necessária uma constante supervisão das mesmas¹⁴.

Do nosso ponto de vista, esta evolução foi acertada e, de certa forma perspetivou as dificuldades (futuras) que, todos os EM teriam de enfrentar nomeadamente na crise de 2008.

¹³ ANA CARVALHO, *A Recuperação de Auxílios de Estado no Direito da União Europeia* e MANUEL MARTINS, 2002, p.26. Neste sentido, vide MANUEL FONTAINE CAMPOS, *XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Volume (Vol.) II, 2017, p. 223.

¹⁴ MANUEL FONTAINE CAMPOS, 2017, p.233.

1. O conceito de Auxílios de Estado – art. 107.º, n.º 1 do TFUE

Tal como já foi referido supra, os AE são proibidos, veja-se o art. 107.º, n.º 1 do TFUE:

“Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”¹⁵.

Segundo JOSÉ GOMES, no que concerne ao artigo mencionado e a propósito do comportamento anticoncorrencial que este representa: *“...qualquer tipo de comportamento por operador ou conjunto de operadores que tenha em vista a obtenção e exploração, singular ou coletiva, do poder de mercado ...”*; e ainda *“... as práticas anticoncorrenciais coletivas podem classificar-se em dois grupos: as horizontais, aquelas em que os participantes estão no mesmo nível da cadeia de produção e distribuição, sendo concorrentes naturais e as verticais, aquelas em que os participantes estão em níveis diferenciados da cadeia de produção e de distribuição ...”*¹⁶.

Ao nível da legislação nacional, temos o art. 65.º, n.º 1 da lei n.º 19/2012 de 8 de maio:

“Os auxílios a empresas concedidos pelo Estado ou qualquer outro ente público não devem restringir, distorcer ou afetar de forma sensível a concorrência no todo ou em parte substancial do mercado nacional”.

Existe uma clara preocupação em legislar esta matéria dos AE, seja ao nível europeu, seja ao nível nacional, no entanto e, nesta instância, temos que ter em

¹⁵ A existência deste princípio de incompatibilidade dos AE com o MI deve-se essencialmente ao facto de, num espaço económico integrado, as empresas, as regiões e particulares setores económicos não beneficiarem, por sistema, de um apoio seletivo por parte dos poderes públicos – vide JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, *Os princípios gerais de avaliação da compatibilidade dos auxílios consagrados no Regulamento Geral de Isenção por Categoria (Regulamento n.º 651/2014)*, p. 73.

¹⁶ JOSÉ GOMES, *Lições de Direito da Concorrência*, pp. 54 - 55.

consideração a existência de uma nítida repartição de competências entre a CE e as autoridades nacionais da concorrência. Neste seguimento, apesar de a legislação europeia ser cada vez mais aplicada por cada EM, (nomeadamente pela transposição de diretivas) neste âmbito mantém-se a existência de duas disposições jurídicas que confluem no seu objeto. O respeito por estas normas tem que ser imperativamente cumprido, na medida em que, o desequilíbrio concorrencial de cada EM afetará inevitavelmente o desequilíbrio concorrencial europeu.

Após a análise da letra da lei do art. 107.º, n.º 1 do TFUE, verificamos que há AE que são proibidos, caso se preencham cumulativamente os seguintes requisitos: concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais; proporcionam uma vantagem às empresas; beneficiam certas empresas, atividades ou produções económicas, doravante designado como requisito da seletividade; afetam as trocas comerciais entre os EM; falseiam ou ameaçam falsear a concorrência; a indiferença da forma que assumem.

Apesar de estar estabelecido o preenchimento cumulativo destes requisitos, há uma posição na jurisprudência que entendeu que a verificação da inexistência de uma vantagem para o beneficiário é suficiente para se concluir que, não estamos perante uma medida que constitui um AE, deixando de ser necessária a verificação dos restantes elementos consagrados no art. 107.º, n.º 1 do TFUE¹⁷.

Antes de mais, esta posição contraria o disposto no TFUE que contempla outros requisitos para se concluir pela existência de um AE, pelo que estamos perante uma visão muito redutora para o regime em causa e, sobre o qual se exige uma avaliação cuidada e abrangente, nomeadamente ao nível dos seus requisitos.

Uma análise que pressuponha a verificação de cada requisito permite, desta forma uma maior segurança jurídica, dado que abarca um grande número de casos que poderiam ficar invisíveis e, por isso descartados.

O art. 107.º, n.º 1 do TFUE não estabelece uma proibição absoluta e incondicional, mas sim uma incompatibilidade *iuris tantum*, estando sobre a alçada

¹⁷ Cfr. HELENA MARTINS, 2018, p. 84 e Ac. de 9/12/1977, proc. C-353/95 P, *Tiercé Ladbroke SA/ Comissão*, p. 26.

da CE, e excepcionalmente do Conselho¹⁸ a consideração de determinado AE compatível ou não com o mercado¹⁹.

Este princípio de incompatibilidade tem como fundamento a “*unidade do mercado comum que pode ser posta em causa pelas ajudas de Estado que, não controladas, poderão aumentar artificialmente os recursos dos operadores económicos que actuam no mercado e reduzir, ainda que artificialmente, os riscos próprios da actividade económica concorrencial*”²⁰.

Face ao exposto, facilmente se depreende que não se quis negar de forma absoluta a atribuição de AE, mas antes estabelecer condições e regular a sua atribuição.

Na nossa perceção, este é um instituto jurídico dotado de grande elasticidade e esta não deverá ser encarada de uma forma negativa, visto que a essência do instituto visa também o interesse comum. Desta forma, uma menor rigidez e uma maior complacência institucional, nunca negligenciando o cumprimento das regras concorrenciais, nomeadamente o controlo dos AE, só poderá ter como resultado a edificação de um instituto jurídico inabalável e possuidor de valências extremamente importantes e positivas para os EM.

O art. 107.º, n.º 1 do TFUE não é aplicável quando o Estado atua «no exercício da autoridade pública» ou quando as entidades públicas atuam «na qualidade de autoridades públicas». Considera-se que uma entidade atua no exercício da autoridade pública quando a sua atividade faz parte das funções essenciais do Estado ou a elas está ligada pela sua natureza, pelo seu objeto e pelas regras às quais está sujeita. Se a atividade económica não puder ser separada do

¹⁸ Vide JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, – *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, Almedina, 2014, p. 520.

¹⁹ Cfr. ANA CARVALHO, *A Recuperação de Auxílios de Estado no Direito da União Europeia*, p.10. Apud NUNO MATOS, *Auxílios de Estado – Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, p.19, na qual se faz referência a JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, *A restituição das ajudas de Estado concedidas em violação do direito comunitário*, pp. 15-16; Ac. de 22/03/1977, *Iannelli & Volpi SpA/ Ditta Paolo Meroni*, proc. 78/76, no qual o TJUE refere que a: “*incompatibilidade eventual dos auxílios de Estado com o mercado interno resulta, sob o controlo do Tribunal de Justiça de um procedimento apropriado cuja aplicação é da competência da Comissão*”.

²⁰ MANUEL MARTINS, 2002, p. 40.

exercício dos poderes públicos, as atividades exercidas pela entidade no seu conjunto permanecem relacionadas com o exercício desses poderes públicos e, por essa razão não são abrangidos pelo conceito de empresa²¹.

Por último, o art. 107.º, n.º 1 do TFUE não é igualmente aplicável, quando se trata de ajudas atribuídas através de fundos da UE²². Existe, contudo uma ressalva que se prende com a distinção entre os casos em que a norma europeia estabelece condições exatas de implementação dos fundos e entre aqueles casos em que a norma atribui alguma margem de discricionariedade aos EM. Quanto ao primeiro caso, se houvesse uma distribuição disforme dos fundos, estaríamos perante um erro material, ao passo que no segundo caso já se consideraria um AE incompatível com o MI²³.

1.1 Recursos Estatais

No que concerne ao primeiro requisito enunciado é essencial que o AE para ser considerado proibido, seja atribuído pelo Estado, *lato sensu*, abarcando pessoas coletivas de direito público, bem como pessoas coletivas de direito privado em relação às quais o Estado²⁴ realize uma ingerência decisiva²⁵.

²¹ Cfr. Comunicação (2016/C 262/01), p. 5, n.º 18 e Ac. de 16/06/1987, *Comissão/ Itália*, proc. 118/ 85, n.º 7 e 8; Ac. de 4/05/1988, *Bodson*, proc. 30/87, n.º 18; Ac. de 19/01/1994, *SAT/Eurocontrol*, proc. C-364/92, n.º 30; Ac. de 18/03/1997, *Calì & Figli*, proc. C-343/95, n.º 22 e 23; Ac. de 12/07/2012, *Compass-Datenbank GmbH*, proc. C-138/11, n.º 38; Ac. de 26/03/2009, *Selex Sistemi Integrati/ Comissão*, proc. C-113/07, n.º 72 e ss.

²² Cfr. NUNO MATOS, *Auxílios de Estado – Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, p. 27, (verificando-se o idêntico entendimento da CE no que diz respeito a esta questão, bem como o seu primeiro entendimento contrário sobre esta matéria) e o Ac. de 13/10/1982, *Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor Herbert Will e outros/República da Alemanha*, proc. apensos 213 a 215/81, n.º 22 e 29.

²³ NUNO MATOS, *Auxílios de Estado – Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, pp. 27-28 e BEGOÑA PÉREZ BERNABEU, *Ayudas de Estado en la Jurisprudencia Comunitaria*, pp.51-52.

²⁴ Vide CARLA MARCELINO, 2016, p.140. O legislador entende que, o conceito enquanto identificação da atribuição da origem dos recursos em questão se refere aos órgãos de soberania e a qualquer órgão funcional da Administração Pública, direta, indireta e autónoma dos EM da UE.

²⁵ FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.6, na qual se remete para JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, que esclarece a ingerência decisiva do Estado, “... será necessário ter em conta uma série de circunstâncias, tais como: a instituição do organismo em questão por um ato de direito

Perante isto, o critério adotado pelo art.107.º, n.º 1 do TFUE é preferencialmente económico, descartando-se assim, o critério orgânico ou institucional²⁶.

Ou seja, é possível o enquadramento na previsão normativa de entidades que têm natureza privada²⁷, se os recursos em questão forem públicos, independentemente da origem ou finalidade desses recursos públicos que lhes estão afetos e da forma que possam vir assumir. A manifesta importância atribuída à qualificação dos recursos, em detrimento da qualidade jurídica da entidade que os concede sob a forma de AE, é determinante para se identificar os recursos que as entidades privadas gerem como intermediárias do Estado, daqueles que porventura são os ativos que provêm da sua própria atividade privada. Esta distinção é necessária, pois assegura o corolário do princípio de não interferência do Estado direta ou indiretamente²⁸ na concorrência entre as empresas²⁹.

O TJ concluiu que o mero controlo pelo Estado não é suficiente; ou seja, o ponto relevante é o de saber se existe ou não autonomia perante o Estado por parte da entidade, que atribui a vantagem³⁰.

*público; a presença do Estado nos órgãos de administração, de direção ou de controlo; no caso de sociedades, a parte do capital e os direitos de voto controlados pelo Estado; a existência de regras dando à autoridade pública o poder de influenciar as decisões do organismo em questão; o facto de o Estado ter acordado uma compensação financeira para as ajudas atribuídas, etc.”, A restituição das ajudas de Estado concedidas em violação do direito comunitário, pp. 19-20; Vide NUNO MATOS, *Auxílios de Estado – Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, p. 21, que faz referência ao Ac. de 22/03/1977, *Steinike & Weinlig/República Federal da Alemanha*, proc. 78/76, n.º 21.*

²⁶ CARLA MARCELINO, 2016, pp.139-140.

²⁷ Neste sentido, cfr. Ac. 30/01/1985, *Comissão/ França*, proc. 290/83 e LÍGIA ABREU, *Auxílios de Estado para um desenvolvimento sustentável*, p. 313.

²⁸ No que concerne à interferência indireta vide NUNO MATOS, p.22 e a jurisprudência indicada: Ac. de 2/02/1998, *Kwekerij Gebroeders Van Der Kooy BV e outros da Comissão*, proc. apensos 67,68 e 70/85; Ac. 21/03/1991, *República Italiana/ Comissão*, proc. C -305/89; Ac. de 9/08/1994, *Namur – Les Assurances du Credit SA/ Office National du Ducroire e Estado Belga*, proc. C -44/93. Cfr. Ac. de 24/01/1978 *Van Tiggele*, proc. 82/77, p.15, n.º 24 e 25; Ac. de 17/03/1993, *Sloman Neptun*, proc. apensos C-72/91 e C-73/91, coletânea (colet.), p. I-887, n.º 19; Ac. de 30/11/1993, *Kirsammer-Hack*, proc. C-189/91, colet., p.I-6185, n.º 16; Ac. 7/5/1998, *Viscido e o.*, proc. C-52/97 a C-54/97, colet., p.I-2629, n.º 13; Ac. de 1/12/1998, *Ecotrade*, proc. C-200/97, colet., p. I-7907, n.º 35; Ac. de 17/06/1999, *Piaggio*, proc. C-295/97, colet., p. I-3735, n.º 35.

²⁹ CARLA MARCELINO, 2016, p.140.

³⁰ MARIANA MEDEIROS ESTEVES, *Violação das regras Europeias da Concorrência pelos Estados Membros – A questão dos Auxílios de Estado sob a forma fiscal*, p.6 e WINTER, p.479. Este autor tinha um entendimento oposto ao que hoje é aceite pelo TJUE e pela CE (cfr. Comunicação, (2016/C 262/01, p.9, n.º 38) em relação à necessidade do preenchimento

A título de exemplo, nos casos em que o AE é concedido por uma empresa privada ou associação, nas quais o Estado exerce uma influência de controlo, apesar de ser considerada AE, essa transferência irá incidir sobre o orçamento privado da empresa em causa e não sobre o orçamento público³¹.

Neste requisito já se colocou também em questão o facto de uma derrogação às disposições do direito do trabalho quando altere o quadro das relações contratuais entre as empresas e os trabalhadores, não constituir uma transferência de recursos estatais, embora possa implicar uma redução das contribuições para a segurança social ou dos impostos a pagar ao Estado³².

Ou seja, pese embora não haja o preenchimento do requisito da transferência dos recursos estatais, o AE em si mesmo existe, daí que seja muito importante verificarmos os efeitos que determinada prática produz.

1.2 Vantagem

O segundo requisito consiste numa vantagem³³ concedida a uma empresa, que se traduz num benefício económico, sendo que, o mesmo não seria alcançado no contexto normal de mercado, isto é, na ausência da intervenção do Estado³⁴.

O AE define-se através da ponderação dos seus efeitos – mais do que através

cumulativo dos requisitos “*auxílios concedidos pelos Estados*” e “*provenientes de recursos estatais*”. Cfr. Ac. de 16/05/2002, *França/ Comissão*, proc. C-482/99 que exigiu essa cumulatividade; Ac. de 13/03/2001, *Preussen Elektra*, proc. C-379/98, onde se encontra a ausência de um dos requisitos: a proveniência dos recursos estatais, dado que as medidas de apoio são decididas pelo Estado, mas financiadas por empresas privadas. Em relação à questão da autonomia: *Apud* NUNO MATOS, *Auxílios de Estado – Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, p. 21.

³¹ *Apud* CÁTIA SOUSA, 2014, p.16.

³² Comunicação (2016/C 262/01), p.13, n.º 56.

³³ Cfr. FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.6. Sobre a vantagem patrimonial no âmbito dos AE: “... *subvenções; empréstimos a taxas inferiores às de mercado e bonificações de juros; concessão de garantias em condições vantajosas; regimes de amortização acelerada; injeções de capital; vantagens fiscais e reduções de contribuições à Segurança Social; transações de bens e serviços em condições vantajosas*”. A vantagem poderá ser ainda direta ou indireta. Quanto à vantagem indireta, *vide* secção 4.3 da Comunicação (2016/C 262/01) p. 26.

³⁴ Cfr. Comunicação (2016/C 262/01), p.15, n.º 66 e Ac. de 11/06/1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI)/ La Poste e outros*, proc. C-39/94, colet. 1996, I-3547, n.º 60 e 61; Ac. de 29/04/1999, *Espanha /Comissão*, proc. C-342/96, n.º 41.

da vontade de quem o atribuiu. Desta forma, como apenas importa o efeito da medida sobre a empresa, é irrelevante a obrigatoriedade da vantagem para essa mesma empresa³⁵.

Se não houvesse este enquadramento, o Estado podia invocar a legalidade do objetivo da sua intervenção para subtraí-la, sem mais, à aplicação do regime dos AE. Se uma determinada medida constituir um AE, os fundamentos e objetivos que lhe são adstritos, serão tidos em conta no âmbito da avaliação da compatibilidade com o MI³⁶.

Sempre que a situação financeira de uma empresa melhorar em resultado da intervenção do Estado em condições distintas das condições normais de mercado, existe uma vantagem. É necessário, por isso, estabelecer uma comparação da situação financeira da empresa na sequência da medida com a situação financeira em que estaria se a medida não fosse tomada³⁷.

A vantagem sobre uma determinada empresa implica, necessariamente uma desvantagem perante os restantes agentes económicos³⁸.

Porém, não será considerado um AE e não se pode aplicar o teste do investidor privado³⁹, se o Estado atuar no uso de poderes públicos, através de funções exclusivamente públicas (como é caso da segurança social ou a defesa), na medida em que não existem operadores equivalentes no mercado⁴⁰.

³⁵ Vide JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, *Os princípios gerais de avaliação da compatibilidade dos auxílios consagrados no Regulamento Geral de Isenção por Categoria (Regulamento n.º 651/2014)*, p. 75 – Ac. de 17/06/1999, *Bélgica/ Comissão*, proc.C-75/97, n.º 25; Ac. de 26/09/1996, *França/Comissão*, proc. C-241/94, n.º 20; Ac. de 29/02/1996, *Bélgica/Comissão*, proc.C-56/93, n.º 79; Ac. de 2/07/1974, *Itália/ Comissão*, proc.C-173/73, n.º 13. Neste sentido, cfr. MANUEL FONTAINE CAMPOS, 2011, p.384. Comunicação (2016/C 262/01), p.15, n.º 67.

³⁶ Cfr. ALEXANDRA AMARO, 2012, p.28 e Conclusões do Advogado-Geral ANTONIO TIZZANO apresentadas a 28/10/2004 no proc. que desencadeou o Ac. de 3/03/2005, *Wolfgang Heiser/ Finanzamt Innsbruck*, proc. C-172/03, colet. 2005, p. I-1627, n.º 45.

³⁷ Comunicação (2016/C 262/01), p.15, n.º 67.

³⁸ Vide Ac. de 23/02/1961, proc. 30/59, in *Recueil* 196, p. 5 e ss.

³⁹ Conceito que se encontra explicado no próximo ponto.

⁴⁰ CARLA MARCELINO, 2016, p.141. Vide ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 29-30; Ac. de 14/09/1994, *Espanha/Comissão (Hytasa)*, proc. apensos C-278/92 a C-280/92, colet. 1994, p.14103, n.º 22.

A forma que os AE assumem é irrelevante⁴¹ perante a CE e o TJUE⁴² e, por isso tanto podem revestir a forma de atribuição de uma vantagem económica fiscal ou outra, quer pressuponha uma operação material positiva, como uma transferência financeira, (por exemplo, um subsídio) quer represente uma redução de encargos orçamentais (bonificação de juros, fornecimento de bens e serviços em condições preferenciais, ou benefícios fiscais ou parafiscais)⁴³.

As regras em matéria de AE só se aplicam quando o beneficiário de uma medida é uma empresa. O conceito de empresa no âmbito concorrencial pode incluir mais do que uma pessoa jurídica (singular ou coletiva), desde que compreenda uma unidade económica, para efeitos da atribuição do AE. Portanto, o que importa nesta instância é a existência de uma comunhão de interesses, para se alcançar um objetivo comum e não a natureza jurídica da entidade beneficiária (ou do seu modo de financiamento) eventualmente classificada pelo direito nacional⁴⁴.

Tendo em conta o aspeto da atividade económica, (isto é, a oferta de bens e serviços num determinado mercado mediante retribuição) uma entidade sem fins lucrativos pode ser incluída no limite, e para efeitos da aplicação das regras de AE no conceito de «empresa»⁴⁵.

1.2.1 Princípio do investidor privado

Este princípio parece-nos de manifesta relevância (dada a sua centralidade e o seu impacto na avaliação da existência de um AE) e, por isso será amplamente abordado neste ponto.

⁴¹ Vide Ac. de 24/07/2003, *Altmark Trans*, C-280/00, n.º 84.

⁴² Vide Ac. de 15/03/1994, *Banco Exterior de Espanha AS/Ajuntamento de Valência*, proc. C-387/92, p. I-877 ss., n.º 13.

⁴³ CARLA MARCELINO, 2016, p.141.

⁴⁴ CARLA MARCELINO, 2016, p.140. Vide Ac. de 23/01/1990, *Klaus Höfner e Fritz Elser/Macrotron GmbH*, proc. C-41/90, n.º 21; Ac. de 12/09/2000, *Pavel Pavlov e outros/Stichting Pensioenfond Medische Specialisten*, proc. C-180/98, n.º 108. Cfr. Comunicação (2016/C 262/01), pp.3-4, n.º 7 e 10.

⁴⁵ MARIA CAVACO, 2018, p.16.

Desta forma, é necessário aferir se um agente económico, de dimensão comparável à entidade pública em apreço, e que atua em condições normais de mercado, teria adotado a mesma medida. Caso isso aconteça, considera-se que a transação realizada pelo Estado está conforme às condições normais de mercado, e não confere qualquer vantagem indevida, e conseqüentemente não existe a atribuição de um AE. Neste seguimento, a jurisprudência neste âmbito estabeleceu o critério do investidor privado – *“No caso de uma empresa cujo capital social é detido pelas autoridades públicas, convém nomeadamente apreciar se, em circunstâncias similares, um sócio privado, baseando-se nas possibilidades de rentabilidade previsíveis, abstraindo de qualquer consideração de carácter social ou de política regional ou setorial, teria procedido a tal entrada de capital”*⁴⁶.

O art. 345.º do TFUE traduz a neutralidade, ou seja a igualdade de tratamento quanto à propriedade privada ou pública e o art. 107.º, n.º 1 do TFUE é igualmente abrangido por este princípio, pelo que não há distinção entre as empresas públicas e privadas no domínio concorrencial⁴⁷. Por isso, as regras relativas aos AE não devem inibir a atuação do Estado enquanto operador de mercado; contudo, o Estado tem efetivamente que atuar como um operador privado atuaria. Nesta senda quando o Estado leva a cabo uma atividade económica deve proceder como os operadores económicos privados, seus concorrentes, designadamente como um investidor privado que tem sempre em vista a maximização do retorno do seu investimento⁴⁸.

⁴⁶ ALEXANDRA AMARO, 2012, p.28 e cfr. Ac. de 10/07/1986, *Bélgica/Comissão*, proc. C-234/84, colet. de jurisprudência de 1986, p.2263, n.º 14; Ac. de 21/03/1990, *Bélgica/Comissão*, proc. C-142/87, n.º 29; Ac. de 21/03/1991, *Itália/Comissão*, proc. C-305/89, n.º 18 e 19; Ac. de 30/04/1998, *Cityflyer Express/Comissão*, T-16/96, n.º 51; Ac. de 21/01/1999, *Neue Maxhütte Stahlwerke e Lech-Stahlwerke/Comissão*, proc. apensos T-129/95, T-2/96 e T-97/96, n.º 104; Ac. de 6/03/2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão*, proc. apensos T-228/99 e T-233/99, n.º 57.

⁴⁷ Vide ALEXANDRA AMARO, 2012, p.29 e Ac. de 6/03/2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale/Comissão*, proc. apensos T-228/99 e T-233/99, colet. 2003, p. II-445, n.º 266 e 267. Cfr. neste sentido o art. 106.º, n.º 1 do TFUE.

⁴⁸ CLÁDIA TRABUCO e VERA EIRÓ, 2013, p. 241. Vide Ac. de 12/12/1996, proc. 358/94, *Air France/ Comissão*, colet. 1996, p. II-2109 e ss, n.º 70; Ac. de 21/03/1991, proc. 305/89, *Itália/ Comissão (Alfa Romeo)*, colet. 1991, p. I-1603, n.º 18-20; Ac. de 17/10/2002, proc. T-98/00, *Linde/ Comissão*, colet. 2002, p. II-3963; Ac. de 21/03/1990, *Bélgica/Comissão (Tubemeuse)*,

No entanto, este princípio do investidor privado poderia substituir o julgamento do investidor (bem como a sua forma de avaliar os investimentos) pelo da Comissão e, por essa razão numa Comunicação, a Comissão estabeleceu que qualquer julgamento deverá ser alvo de uma larga margem de apreciação e, nessa sequência: “*a menos que a Comissão possa demonstrar que uma empresa pública ou uma autoridade pública não têm razões objetivas para, de forma razoável, esperar uma taxa de remuneração adequada do seu investimento que seria aceitável para um investidor privado numa empresa privada comparável em condições normais de mercado, não se está perante um auxílio estatal mesmo se esse investimento for financiado, total ou parcialmente, por fundos públicos*”⁴⁹.

Face ao exposto, no que respeita aos investimentos do Estado em empresas de capitais públicos e tendo em conta o princípio da igualdade de tratamento supracitado, os capitais disponibilizados pelo Estado (direta ou indiretamente) a uma empresa em condições normais de mercado, jamais poderão ser considerados AE⁵⁰.

Nesta instância é igualmente premente salientar e aprofundar a questão do tratamento indiferenciado entre a propriedade pública e privada, – o designado princípio da neutralidade (que é subjacente ao princípio do investidor privado) deverá ser interpretado de forma flexível e não aplicado de forma rígida e formalística. O caso *Westdeutsche Landesbank*⁵¹ refere que o princípio da igualdade proíbe tratar de forma diferente situações comparáveis, sem que essa diferença se justifique pela existência de situações objetivas de certa importância.

colet. 1990, p. I-959; Ac. de 11/07/2002, *Hijos de Andrés Molina, SA (HAMSA) /Comissão*, proc. T-152/99, colet. 2002, p. II-3049, n.º 125-128.

⁴⁹ Cfr. NUNO MATOS, NUNO MATOS, *Auxílios de Estado – Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, p. 36 e *Comunicação da Comissão aos Estados-Membros sobre a aplicação dos artigos 92.º e 93.º do Tratado CEE e do artigo 5.º da Diretiva 80/723/CEE da Comissão às empresas públicas do setor produtivo*, Jornal Oficial (JO) UE, C 307, de 13/11/1993, n.º 27.

⁵⁰ ALEXANDRA AMARO, 2012, p.29 e Ac. de 21/03/1991, *Itália/Comissão*, proc. C-303/88, colet. 1991, p. II433, n.º 19 e 20; Ac. de 3/10/1991, *Itália/Comissão*, proc. C-261/89, colet. 1991, p. I-4437, n.º 15; Ac. de 12/12/1996, *Air France/ Comissão*, proc. T-358/94, colet. 1996, p. II-2109, n.º 70.

⁵¹ Ac. de 6/03/2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão*, proc. apensos T-228/99 e T-233/99.

Para além disso, afirmou que o investidor público não se encontra na mesma posição que o privado, dado que este só conta com os seus próprios recursos, através do seu património; o investidor público tem acesso a recursos que provêm do exercício do poder público como é o caso dos impostos. Perante o exposto, constata-se que o princípio do investidor privado não representa qualquer tipo de discriminação para o investidor público⁵².

Em suma, o princípio do investidor privado detém-se em saber se o investimento do Estado reveste termos e condições que seriam aceites, em condições normais de mercado pelo investidor privado. Porém, isto não significa que o investidor público deve procurar ter o máximo lucro, nem que o deva fazer no curto prazo, mas sim no longo prazo⁵³.

Ora, na nossa perspetiva torna-se clarividente que o investidor privado e o investidor público apresentam na sua essência critérios temporais e objetivos que radicam na obtenção do lucro completamente distintos. Enquanto o investidor privado prossegue a maior obtenção de lucros possível no prazo mais curto de tempo, o investidor público poderá colocar em primeiro plano a preocupação em reduzir as perdas e, a partir daí direcionar os seus objetivos para a obtenção de lucros, pelo que o seu alcance resultará inequivocamente num prazo mais alargado. Neste seguimento, acompanhamos a opinião de PHEDON NICOLAIDES e SANOUSSI BILAL plasmada na obra de NUNO MATOS, no que concerne ao facto de o investimento estatal ter que possuir um “*handicap*” em vez de ser considerado perfeitamente equivalente ao privado⁵⁴.

Por outro lado e, pese embora o contraste entre a realidade do investidor privado e do investidor público seja notório, o princípio do investidor privado é um elemento imprescindível, enquanto vetor comum quando se trata de averiguar

⁵² NUNO MATOS, *Auxílios de Estado – Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, pp. 36-37.

⁵³ Para um maior desenvolvimento acerca desta dicotomia e da diferente posição do investidor privado e do investidor público, *vide* NUNO MATOS, *Auxílios de Estado – Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, pp. 37-38.

⁵⁴ NUNO MATOS, *Auxílios de Estado – Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, p. 38, onde se remete para PHEDON NICOLAIDES; SANOUSSI BILAL, *State Aid Rules: Do They Promote Efficiency?* p. 37.

a presença de AE incompatíveis com o MI.

Apraz-nos dizer que o princípio do investidor privado deve ser invocado, prevenindo-se em última instância situações que possam distorcer a concorrência, tendo sempre por base uma aplicação flexível do princípio da neutralidade, para que se verifique uma resposta ajustada ao caso concreto, colmatando assim uma eventual disparidade que possa surgir entre o contexto do investidor privado e do investidor público.

1.3 Seletividade

A seletividade pressupõe que a vantagem estatal seja exclusiva e não de carácter geral⁵⁵. Há um favorecimento de determinadas empresas ou setores económicos em detrimento de outros⁵⁶, sendo que, as circunstâncias fácticas e jurídicas são idênticas⁵⁷.

A jurisprudência esclareceu que as intervenções aparentemente aplicáveis à generalidade das empresas podem ser seletivas em certa medida e, por essa razão medidas destinadas a favorecer certas empresas ou produções⁵⁸. Neste seguimento, nem um grande número de empresas elegíveis (com a inclusão de todas as empresas de um determinado setor) nem a diversidade e dimensão dos setores a que pertencem constituem fundamentação para se concluir que uma medida estatal

⁵⁵ Vide *Compreender as políticas da União Europeia: Concorrência*, p.7, onde se refere que a par do carácter geral das medidas fiscais, também a legislação laboral não representa seletividade, uma vez que é aplicada a todos.

⁵⁶ *Apud* MARIANA MEDEIRO ESTEVES, *Violação das regras Europeias da Concorrência pelos Estados Membros – A questão dos Auxílios de Estado sob a forma fiscal*, p.7 e Sauter & Schepel, 2009 - “*As regras dos Auxílios de Estado têm como intuito promover um «level playing field» no mercado interno através do combate à supressão da entrada a novos competidores no mercado, assim como evitar distorções à concorrência promovidas pelo favoritismo governamental através dos recursos a despesa pública*”, p.193; cfr. MANUEL FONTAINE CAMPOS, 2011, p.403.

⁵⁷ Cfr. FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.7. Cfr. MANUEL MARTINS, 2002, p.68; CLÁUDIA TRABUCO e VERA EIRÓ, 2013, p.239 – Ac. de 7/03/2012, proc. T-210/02 RENV, *British Aggregates Association/Comissão*, n.º 47; conclusões do Advogado-Geral Darmon nos proc. conjuntos C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun c. Bodo Ziesemer*, colet. 1993 I-887.

⁵⁸ Comunicação (2016/C 262/01) p. 27, n.º 118 e Ac. de Ac. 29/06/1999, *DMTransport*, proc. 256/97, n.º 27; Ac. de 6/03/2002, *Territorio Histórico de Álava – Disputación Foral de Álava e outros/ Comissão*, proc. apensos T-127/99, T-129/99 e T-148/99, n.º 149.

constitui uma medida geral de política de concorrência, se dela não puderem beneficiar todos os setores⁵⁹.

A seletividade poderá ser classificada como material ou regional⁶⁰. A seletividade material consiste na aplicação de uma medida apenas a algumas empresas (grupos de empresas) ou certos setores da economia num determinado EM. Esta seletividade poderá ser estabelecida *de jure* ou *de facto*. A seletividade *de jure* emerge diretamente dos critérios jurídicos para a atribuição de uma medida que está formalmente adstrita apenas a certas empresas em detrimento de outras (por exemplo, empresas com uma determinada dimensão, ativas em determinados setores ou com uma determinada forma jurídica); sociedades constituídas ou recentemente cotadas num mercado regulamentado durante um determinado período; entre outras⁶¹.

Por sua vez, a seletividade *de facto* resulta de medidas que aparentemente são de aplicação geral, mas que na realidade se revelam medidas seletivas. No Ac. *Comissão/República Italiana*, o TJUE entendeu que uma diminuição das contribuições para a Segurança Social para as trabalhadoras induziria um benefício exclusivo do setor têxtil devido ao maioritário número de pessoas do sexo feminino que este empregava)⁶².

Para além de que, o exercício do poder discricionário por parte da administração inclui-se na seletividade *de facto*, pelo que se exige a existência de dados objetivos quanto às ajudas concedidas, na medida em que, o campo da subjetividade não se coaduna com o carácter geral que os AE devem apresentar. Ao

⁵⁹ Comunicação (2016/C 262/01) p. 27, n.º 118 e Ac. de 17/06/1999, *Bélgica/Comissão C-75/97*, n.º32; Ac.de 8/11/2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten*, proc. C-143/99, n.º 48.

⁶⁰ Também poderá ser designada «geográfica».

⁶¹ Vide Comunicação (2016/C 262/01) p. 27-28, n.º 120-122.

⁶² NUNO MATOS, *Auxílios de Estado – Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, p.29 e Ac. de 14/07/1983, *Comissão/República Italiana*, proc. 203/82. Nesta senda, vide Ac. de 20/11/2003, *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie/ GEMO SA*, proc. C-126/01.

invés, o simples preenchimento de determinados parâmetros pelo Estado não se enquadra nesta instância⁶³.

A seletividade regional limita-se à atribuição de medidas que apenas beneficiam uma determinada área geográfica⁶⁴. À partida, as medidas que se aplicam na totalidade do território do Estado não se enquadram no critério da seletividade regional. Contudo, nem todas as medidas aplicáveis a determinadas partes do território de um EM são automaticamente catalogadas como seletivas⁶⁵.

Concluindo, para aferir se uma medida é seletiva, existem três requisitos: analisar qual é o objetivo da medida nacional; constatar se a medida se aplica a empresas em situações factuais e legais comparadas; verificar se a medida é justificada pela lógica geral do sistema. Neste sentido, acompanhamos a opinião de NUNO MATOS, quanto ao facto de a mera discricionariedade do Estado não desencadear automaticamente o carácter seletivo da medida⁶⁶.

1.4 Afetar ou ameaçar falsear a concorrência e afetar as trocas comerciais entre os Estados Membros

Os últimos dois requisitos são tratados conjuntamente na apreciação dos AE, na medida em que a própria jurisprudência os considera indissociáveis⁶⁷.

No que concerne ao falseamento da concorrência ou a sua simples ameaça é importante referir que, o efeito gerado pela medida não tem que ser iminente, pelo que pode ser potencial ou virtual⁶⁸.

⁶³ NUNO MATOS, *Auxílios de Estado – Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, p.29; Ac. de 26/09/1996, *República Francesa/ Comissão*, proc. C-241/94.

⁶⁴ Ac. de 6/09/2006, *Portugal/Comissão*, proc. C-88/03, n.º 57 e ss, que ficou conhecido como caso “Açores”, no qual estava em causa a diminuição do imposto do IRC em razão da insularidade, devido aos custos adicionais de estabelecimento que acarretava.

⁶⁵ Cfr. Comunicação (2016/C 262/01) p. 32, n.º 142-144.

⁶⁶ NUNO MATOS, *Auxílios de Estado – Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, p.29.

⁶⁷ Cfr. Comunicação (2016/C 262/01) p. 40, n.º 186 e Ac. de 15/06/2000, *Alzetta*, proc. apensos T-298/97, T-312/97 e outros, n.º 81.

⁶⁸ *Vide* Ac. de 10/01/2006, *Ministero dell’ Economia e delle Finanze/ Cassa di Risparmio di Firenze SpA e outros*, proc. C-222/04, n.º 140-143, no qual o Tribunal esclarece que: “*não é necessário demonstrar uma incidência real do auxílio sobre as trocas comerciais (...) e uma*

Para considerarmos que uma medida de forma imediata, real e concreta desencadeia uma perturbação grave da concorrência é imprescindível que se provoque uma transmutação dissimulada das condições de mercado, robustecendo a posição da empresa favorecida, em comparação com as demais concorrentes⁶⁹.

Desta forma, poderá existir uma distorção na concorrência, quando o Estado atribui uma vantagem financeira a uma empresa num setor liberalizado em que existe, ou poderia existir, concorrência⁷⁰.

Por outro lado, sobre a CE não incide o ónus de demonstrar os efeitos imediatos efetivos repercutidos no comércio em virtude da atribuição do AE, tal como acontece no falseamento da concorrência, mas apenas a potencialidade de o vir a afetar⁷¹.

No entanto, a solução encontrada por parte dos Tribunais Europeus, para que a CE não tenha o encargo de demonstrar os efeitos gerados, reside na constituição de um conjunto de presunções inilidíveis, sempre que a medida conferida pelo Estado fortaleça a posição de uma determinada empresa em relação às suas concorrentes e, que isto tenha como objetivo a redução das importações⁷².

distorção efetiva da concorrência, mas apenas examinar se o auxílio é suscetível de afetar essas trocas e de falsear a concorrência”.

⁶⁹ Cfr. FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.8. *Vide* Ac. de 17/09/1980, *Philip Morris Holland /Comissão*, proc. 730/79, n.º 11; Ac. de 2/07/1974, *Itália/ Comissão*, proc. C-173/73, in *Recueil* 1974, p. 357 e ss., n.º 17; *Vide* Ac. de 12/09/2007, *Itália /Comissão*, proc. T-239/04, n.º 68; Ac. de 15/06/2000, *Alzetta Mauro/Comissão*, proc. T-298/97, n.º 81.

⁷⁰ Comunicação (2016/C 262/01) p. 41, n.º 187.

⁷¹ Cfr. FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.9; *Vide* Ac. de 15/12/2005, proc. C-148/04, *Unicredito Italiano/ Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova I*, colet. 2005, p. I-1169 e ss., n.º 54; Ac. de 24/04/2004, proc. 372/97, *Itália/ Comissão*, colet. 2004, p. I-3705; Ac. de 14/01/2015, *Eventech/The Parking Adjudicator*, proc. C-518/13, n.º 65; Ac. de 8/05/2013, *Libert e outros*, proc. apensos C-197/11 e C-203/11, n.º 76. *Vide* NUNO MATOS, p.43 e Ac. 13/07/1988, *República Francesa/Comissão*, proc. 102/87, n.º 19, onde se expressa a inexistência de uma diferença entre as trocas comerciais e o falseamento da concorrência; ou seja, ambas são analisadas à luz dos seus efeitos potenciais e não pelos seus efeitos imediatos.

⁷² Cfr. FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.9. Para um desenvolvimento mais aprofundado acerca deste ponto cfr. NUNO MATOS, p.43 que aponta para uma afetação do comércio interestadual. Ao nível da jurisprudência, *vide* Ac. de 21/03/1991, *República Italiana/Comissão*, proc. C-305/89, n.º 27; *vide* Ac. de 9/09/2009, *Território Histórico de Álava – Disputación Foral de Álava (Espanha) e outros/Comissão*, proc. apensos T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 E T-270/01, n.º 142.

A CE tem entendido que a atribuição de AE a determinadas empresas que atuam em setores, nos quais se verificam alterações à concorrência, independentemente da sua dimensão, provocam efeitos na concorrência. Ora, é óbvio que esta tarefa - de se perceber se num determinado caso a medida origina uma afetação potencial ou virtual da concorrência – é uma dificuldade considerável. Este é um quadro meramente hipotético, não concretizado ou determinado, mas antes determinável⁷³.

Segundo a conceção doutrinária, estes dois requisitos⁷⁴ estão preenchidos em muitos casos, devido à seletividade da medida, dado que ao beneficiarem certas empresas ou produções, em detrimento de outras, opera automática e conseqüentemente um desequilíbrio concorrencial⁷⁵.

Posto isto, é ainda de se salientar as palavras de MANUEL MARTINS “ ... a única saída aceitável é fazer apelo à teoria da causalidade adequada. Assim, só deverão ser entendidas como medidas potencialmente violadoras da concorrência e que desequilibram o mercado aquelas que, face a uma análise objetiva, sejam, em abstrato e de acordo com critérios de razoabilidade, adequadas a produzir tais efeitos”⁷⁶.

⁷³FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.8 e o entendimento de ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS: “*Basta que exista a suscetibilidade de afetação: algo mais do que a uma mera hipótese, algo menos do que uma realidade*”, 2003, p.223.

⁷⁴ Estes requisitos são avaliados em conjunto pelo TJUE. Neste sentido, vide o Ac. de 29/09/2000, *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM)/ Comissão*, proc. T-55/99; Ac. de 10/06/2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA/ Presidenza del Consiglio dei Ministri*, proc. C-140/09, n.º 47 a 52. No entanto, o Ac. de 30/04/2009, *Comissão/ República Italiana e Wam SpA*, proc. C-494/06 P, n.º 50 a 65 estabelece uma clara separação entre a afetação das trocas comerciais e a distorção da concorrência.

⁷⁵ ANA CARVALHO, *A Recuperação de Auxílios de Estado no Direito da União Europeia*, p. 14 e FRIEDERISZICK, HANS W.; RÖLLER; LARS-HENDRIK; VERouden, VINCENT, 2006, p.5; MANUEL MARTINS, 2002, p.82.

⁷⁶ FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.8 e MANUEL MARTINS, 2002, p.129.

B. Das exceções ao princípio geral da incompatibilidade

2. Considerações acerca das exceções do art. 107.º, n.º 2 e n.º 3 do TFUE

Neste ponto, impõe-se destringir as diferenças entre o n.º 2 e o n.º 3 do art.107.º do TFUE, que constituem exceções ao princípio geral da incompatibilidade com o MI definido no n.º 1 deste art. Estas disposições normativas facilitam o trabalho da CE, sobretudo o seu n.º 2 e permitem alguma abertura em relação à aceitação de determinados AE.

Estas exceções representam, por isso, disposições jurídicas que conferem maleabilidade e “válvulas de escape” no âmbito da atribuição dos AE, na medida em que, a intervenção do Estado, por vezes é necessária para corrigir falhas de mercado, ou por razões de equidade⁷⁷.

2.1 Art. 107.º, n.º 2 do TFUE

Os AE são, como já foi anteriormente referido, por norma proibidos, no entanto a lei dispõe desvios a esta regra. Veja-se o art. 107.º, n.º 2 do TFUE:

“São compatíveis com o mercado interno:

*a) Os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos;*⁷⁸

*b) Os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários;*⁷⁹

⁷⁷ Cfr. ALEXANDRA AMARO, 2013, p.26.

⁷⁸ MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO (coordenadores), JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, – *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, p. 521, onde se lê: “Será o caso dos auxílios a residentes em ilhas quando utilizam os transportes aéreos ou marítimos para o continente”.

⁷⁹ MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO (coordenadores), JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, – *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, p. 521, que refere: “Será o caso dos

c) Os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afetadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens económicas causadas por esta divisão. Cinco anos após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adotar uma decisão que revogue a presente alínea”⁸⁰.

Neste n.º 2, do art. 107.º do TFUE verifica-se que a CE não tem capacidade de apreciação, na medida em que se trata de uma derrogação legal, na qual se estabelece compatibilidades *de jure, ope legis e per se*⁸¹ com o mercado único. A CE limita-se a verificar, se os pressupostos de aplicação do art. 107.º, n.º 2 do TFUE estão, de facto preenchidos pela medida em causa e, conseqüentemente a considerar a medida compatível com o MI⁸².

2.2 Art. 107.º, n.º 3 do TFUE

Por sua vez, no art. 107.º, n.º 3 do TFUE confere-se à CE uma ampla margem de discricionariedade; ou seja, a CE pode considerar compatíveis com o MI determinadas categorias de AE, mas não é obrigada a fazê-lo.

Contudo, esta competência da CE está sujeita ao controlo jurisdicional pelos tribunais europeus, que é exercida de forma limitada apenas a critérios procedimentais e formais; ou seja, na realidade há uma concessão de “mãos livres”

auxílios concedidos às populações em caso de guerras, epidemias, terremotos, inundações, etc. Não estão, no entanto abrangidas na alínea b) os riscos normais da produção e os riscos cobertos por um contrato de seguro”.

⁸⁰ MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO (coordenadores), JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, – *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, p. 521, que refere o seguinte: “Esta disposição perdeu sentido passados já mais de vinte anos depois da reunificação da Alemanha, só se explicando a sua manutenção no texto do TFUE por imposição daquela. De qualquer modo, o TFUE dispõe que cinco anos depois da sua entrada em vigor, o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adotar uma decisão que revogue a presente alínea ”.

⁸¹ NUNO MATOS, *Auxílios de Estado – Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, p.19, referindo a este propósito BEGOÑA PÉREZ BERNABEU, *Ayudas de Estado en la Jurisprudencia Comunitaria*, p. 83; Ac. de 17/09/1980, *Philip Morris Holland BV/Comissão*, proc. 730/79.

⁸² MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO (coordenadores), JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, – *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, p. 522.

à atuação da CE no âmbito da avaliação da compatibilidade dos AE com o mercado único. Nesta avaliação é realizada uma ponderação entre os prejuízos para a concorrência e o comércio comunitários, que decorrem da atribuição dos AE, e as vantagens da prossecução de objetivos de interesse geral da UE (coesão económica, investigação, coesão regional, ambiente) que a concessão produz. No caso de, as vantagens serem superiores aos prejuízos, a CE considera o AE compatível⁸³.

Podem ser considerados compatíveis com o mercado interno:

a) 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;

b) Os auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro;

c) Os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões económicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum;

d) 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;

e) As outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, sob proposta da Comissão⁸⁴.

Perante estas duas disposições, MANUEL MARTINS considera a existência de “exceções de pleno direito” ou também designadas como

⁸³ MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO (coordenadores), JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, – *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, p. 522.

⁸⁴ Esta alínea (al.) demonstra que o Conselho terá um poder decisório, no entanto esse mesmo poder é antecedido de uma proposta por parte da CE. Ou seja, de um modo transversal a CE apresenta-se como um órgão preponderante.

derrogações automáticas e as “exceções condicionadas” também denominadas por derrogações não automáticas⁸⁵.

Outros autores atribuem à exceção do n.º 2 a designação de “lista branca”, na medida em que são AE incondicionados e, por isso não exigem a confirmação de compatibilidade com o mercado, dado que a supressão do impedimento estabelecido no n.º 1 do art. 107.º do TFUE opera *ipso jure*. Quanto à exceção prevista no n.º 3, esta elenca uma “lista cinzenta”⁸⁶ porque deverá ser objeto de uma análise casuística⁸⁷.

Quanto a estas duas derrogações ao princípio geral da incompatibilidade, perfilhamos igualmente das palavras de PEDRO MADEIRA FROUFE: “*Assim, um sistema como o comunitário - que entende a concorrência como um meio e não como um fim em si mesmo a ser prosseguido de forma absoluta e que não utiliza a técnica das proibições (de certos comportamentos) de per se, na medida em que tais comportamentos só poderão qualificar-se definitivamente como sendo anticoncorrenciais após a consideração do seu impacto concreto no mercado*”⁸⁸.

É de salientar que, no âmbito das exceções também se incluem empresas, que estão com dificuldades ou até mesmo por serem novas empresas, na medida em que apresentem uma rentabilidade futura. Para além de que, a concessão destes AE devem primar pelo interesse da UE, como por exemplo na manutenção ou na criação de postos de trabalho. O critério relevante é sempre determinar se os consumidores são beneficiados ou se outras empresas são prejudicadas⁸⁹.

Quanto a este último ponto é de sublinhar e aplaudir mais uma vez a preocupação da UE em produzir efeitos positivos transversais nos diversos EM na atribuição dos AE.

⁸⁵ FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.18 e MANUEL MARTINS, 2002, p. 92.

⁸⁶ Neste sentido, *vide* MANUEL LOPES PORTO e GONÇALO ANASTÁCIO (coordenadores) JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, – *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, p. 522, que aponta igualmente para ao grau de incerteza, quanto aos AE que devem ser considerados compatíveis.

⁸⁷ FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.18 e PEDRO MADEIRA FROUFE & JOSÉ GOMES, 2016, p. 488 – 490.

⁸⁸ PEDRO MADEIRA FROUFE, 2009, p.18.

⁸⁹ Cfr. *Compreender as políticas da União Europeia: Concorrência*, p.7.

3. Regime Geral *de minimis* - Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 dezembro

Segundo os tribunais europeus, nem a pequena dimensão da empresa beneficiária nem o montante relativamente baixo do AE são fatores suficientes, para que se possa deduzir *ex ante* que o AE em causa não é passível de afetar as trocas intracomunitárias⁹⁰.

É do nosso entendimento que este facto impulsionou a implementação da regra *de minimis*, na medida em que esta era necessária para salvaguardar empresas que, de outra forma não teriam viabilidade.

Segundo BEGOÑA PÉREZ BERNABEU, a cláusula *de minimis* assenta no princípio “*de minimis non curat lex*” e, apesar de se reunirem todos os requisitos do art. 107.º, n.º 1 do TFUE, este auxílio não pode ser considerado contrário ao MI devido à sua dimensão diminuta⁹¹.

A CE revelou inicialmente uma posição completamente discordante em relação à adoção dos auxílios *de minimis*⁹², sendo que ao longo do tempo a sua posição foi sofrendo alterações, através das suas diversas Comunicações⁹³.

Uma grande parte da doutrina pronunciava-se negativamente perante estes AE. Porém, DESPINA SCHINA estabeleceu um entendimento positivista, no que concerne à admissibilidade da aplicação desta regra no âmbito dos AE, elevando-a a um princípio geral de direito⁹⁴.

Por outro lado, surgiu uma posição híbrida que admitia a regra *de minimis* no âmbito do art. 108.º do TFUE e nunca ao abrigo do art. 107.º do TFUE⁹⁵.

⁹⁰ Cfr. CÁTIA SOUSA, 2014, p. 21 e Ac. de 24 /07/ 2003, *Altmark Trans*, proc. C-280/00, n.º 81 e 82; Ac. de 3/03/2005, *Heiser*, proc. C-172/03, n.º 32 e ss.

⁹¹ BEGOÑA PÉREZ BERNABEU, 2008, p.75.

⁹² Cfr. Ac. de 11/11/1987, *França/ Comissão*, proc. 259/85; Ac. de 14/09/1994, *Espanha/Comissão*, proc. C-278/92 e 279/92, n.º 40-42.

⁹³ Neste sentido, *vide* BEGOÑA PÉREZ BERNABEU, 2008, p.76-78.

⁹⁴ FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.17 e DESPINA SCHINA, *State aids under the EEC treaty: Articles 92 to 94*, Oxford, ESC.

⁹⁵ FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.17 e MANUEL MARTINS, 2002, p.92: “Segundo o autor a interpretação extensiva ou analógica está vedada aos regimes de exceção. Por isso, se o regime geral se consubstancia na proibição de AE, nos termos do art. 107.º, n.º 1 do TFUE e se

A CE foi cedendo no nosso entender não só pelo aparecimento destas posições, mas também porque ficou com um menor número de notificações, perante as quais tinha que analisar e decidir, dado que a regra *de minimis* não implica a obrigação de notificar previamente a CE⁹⁶, tal como está previsto no art. 108.º, n.º 3 do TFUE.

O que são afinal estes auxílios *de minimis*?

Os auxílios *de minimis* são ajudas de reduzido valor deferidas a uma empresa não sendo, por isso suscetíveis de afetar de forma significativa o comércio e a concorrência entre os EM. Este entendimento é igualmente acompanhado por ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS: “a afetação do comércio é outra condição necessária para a aplicação da disciplina comunitária da concorrência”⁹⁷.

Os auxílios *de minimis*⁹⁸ estão previstos no Regulamento (Reg.) (UE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 de dezembro relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do TFUE aos auxílios *de minimis*⁹⁹. Desde logo, ao analisarmos o presente Reg. nos termos do art. 2.º, n.º 2, constatamos que há uma distinção importante, no

nos seus números 2 e 3 constam exceções, então a cláusula de minimis não encontra aí acolhimento”.

⁹⁶ Vide Reg. n.º 994/98, de 7 de maio de 1998 e Cfr. art. 3.º, n.º 1 do Reg. (UE) n.º 1407/2013, de 18 de dezembro.

⁹⁷ FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.18 e ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, p. 222.

⁹⁸ Vide art. 2.º do Reg. (UE) n.º 2015/1588 do Conselho, de 13/07/2015. Esta regra *de minimis* encaixa-se numa isenção geral por categoria.

⁹⁹ Este Reg. será aplicado até 31 de dezembro de 2020. Em Portugal dispomos ainda do DL n.º 6/2015, de 8 de janeiro que define as condições e as regras a observar na criação de sistemas de incentivos às empresas aplicáveis no território continental.

âmbito do conceito de “empresa”. Esta distinção refere-se à empresa única¹⁰⁰ e à empresa autónoma¹⁰¹.

A verificação de apenas uma destas alíneas permite aferir se estamos perante uma empresa única, pelo que o limite de auxílio *de minimis* vai ser dividido por todas as empresas que compõem a empresa única. *A contrario*, se nenhuma das alíneas se verificar as empresas são classificadas como autónomas e, por isso cada uma delas, autonomamente gozará do limite de auxílio *de minimis*¹⁰².

O montante total do auxílio *de minimis lato sensu* concedido por um Estado-Membro a uma empresa única não pode exceder os 200 000 euros durante um período de três exercícios financeiros¹⁰³ - embora estejam previstos outros limites que não serão explorados no presente estudo -, e as respetivas exceções dos setores de atividade aos quais não lhes é esta regra aplicada, encontram-se plasmados no art. 1.º, n.º 1 deste Reg. Por último, o Estado deve controlar o montante máximo do auxílio, para que este não seja ultrapassado¹⁰⁴.

Desta forma, depreende-se que este regime é uma mais-valia para as pequenas e médias empresas (PME’s), na medida em que, estas ajudas são indubitavelmente a força impulsionadora destas empresas. Acresce que, estes auxílios não desequilibram a concorrência e, simultaneamente permite-se a atribuição de um benefício a empresas que, de outra forma teriam menos probabilidade de existirem ou de continuarem a existir. É do nosso entendimento

¹⁰⁰ Vide art. 2.º, n.º 2 do Reg. (UE) n.º 1407/2013, de 18 de dezembro que dispõe o seguinte acerca de uma empresa única: “...inclui todas as empresas que têm entre si, pelo menos uma das seguintes relações: a) Uma empresa detém a maioria dos direitos de voto dos acionistas ou sócios de outra empresa; b) Uma empresa tem o direito de nomear ou exonerar uma maioria dos membros do órgão de administração, de direção ou de fiscalização de outra empresa; c) Uma empresa tem o direito de exercer influência dominante sobre outra empresa por força de um contrato com ela celebrado ou por força de uma cláusula dos estatutos desta última empresa; d) Uma empresa acionista ou sócia de outra empresa controla sozinho, por força de um acordo celebrado com outros acionistas ou sócios dessa outra empresa, uma maioria dos direitos de voto dos acionistas ou sócios desta última”.

¹⁰¹ Cfr. FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.19.

¹⁰² Cfr. FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, p.19.

¹⁰³ Cfr. art. 3.º, n.º 2 do Regulamento (UE) n.º 1407/2013, de 18 de dezembro.

¹⁰⁴ Vide art. 6.º do Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 de dezembro.

que esta regra *de minimis* constitui um entre tantos exemplos do esforço para se preconizar o interesse comum europeu.

Esta conceção é partilhada pela autora que temos vindo a citar e, nas suas palavras: “... os instrumentos de *de minimis* destinam-se a manter a chama do investimento e da competitividade acesa, concedendo a determinadas empresas, essencialmente às PME, que se veem asfixiadas pelo sistema económico, um novo fôlego através de um “balão de oxigénio” que as ajuda a respirar” e “os auxílios de *de minimis* mostram-se relevantes para a construção de um mercado mais justo e competitivo, recolocando em jogo determinadas empresas que sem eles seriam totalmente oprimidas por outras concorrencialmente mais fortes”¹⁰⁵. Posto isto, a preocupação com esta regra *de minimis*, no que concerne ao desequilíbrio concorrencial deverá ser diminuta¹⁰⁶.

4. Regime Geral de Isenção por categoria – Reg. (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de junho

Em primeiro lugar, é necessário estabelecer uma evolução dos Reg. desenvolvidos ao longo tempo. Por isso, o Reg. n.º 994/98 introduziu pela primeira vez o princípio da isenção categorial. Este princípio conferiu uma tripla vantagem: a simplificação do trabalho administrativo da CE; a existência de uma relativa segurança jurídica aos Estados e às empresas, ao determinar os AE permitidos e não permitidos; o aumento da eficácia da política de concorrência, na medida em que os Estados foram induzidos a modificar os AE, para que houvesse uma melhor adequação aos modelos permitidos¹⁰⁷.

Posteriormente, surge o Reg. n.º 800/2008 e a CE assegurou recursos para a análise dos casos individuais mais suscetíveis de afetar a concorrência e a

¹⁰⁵ FILIPA MOREIRA AZEVEDO, 2018, pp.22-23.

¹⁰⁶ Vide art. 2.º, n.º2 do Reg. (UE) n.º 2015/1588 do Conselho, de 13/07/2015.

¹⁰⁷ Para um maior aprofundamento deste Reg. - Cfr. JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, *Os princípios gerais de avaliação da compatibilidade dos auxílios consagrados no Regulamento Geral de Isenção por Categoria (Regulamento n.º 651/2014)*, p. 83.

garantia de que, a concessão dos AE horizontais pelos Estados previstos no Reg. obedecia a uma «gramática» comum. Nesta altura, a CE entendeu que, o regime dos AE deveriam ser simplificados, para que houvesse mais coerência e um controlo mais eficaz¹⁰⁸.

O terceiro e último RGIC (Reg. n.º 651/2014) conferiu à CE poderes para alargar a isenção por categoria a novas categorias de auxílio, «... *em relação às quais podem ser definidas condições de compatibilidade claras. Essas novas categorias de auxílio objeto de uma isenção por categoria incluem: os auxílios destinados a remediar os danos causados por certas calamidades naturais, os auxílios a infraestruturas de banda larga, os auxílios à inovação, os auxílios à cultura e conservação do património, os auxílios a infraestruturas desportivas e recreativas multifuncionais*». A CE ao adotar um novo RGIC «*visou uma priorização das atividades relacionadas com a execução dos auxílios estatais e uma maior simplificação e deve reforçar a transparência, a avaliação eficaz e o controlo da conformidade com as regras em matéria de auxílios estatais a nível nacional e da União, preservando as competências institucionais da Comissão e dos Estados-Membros*»¹⁰⁹.

Tal como já vimos na regra *de minimis*, o RGIC implica uma isenção da notificação e, dessa forma permite-se a execução sem necessidade de autorização da CE de auxílios com finalidade regional; de diversos auxílios a favor das PME's e a favor do ambiente; de auxílios à investigação, desenvolvimento e inovação; à formação e a favor de trabalhadores desfavorecidos e com deficiência; de auxílios destinados a remediar os danos causados por certas calamidades naturais; de auxílios sociais ao transporte para habitantes de regiões periféricas; a infraestruturas de banda larga, à cultura e conservação do património; a

¹⁰⁸ Para um maior aprofundamento deste Reg. - Cfr. JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, *Os princípios gerais de avaliação da compatibilidade dos auxílios consagrados no Regulamento Geral de Isenção por Categoria (Regulamento n.º 651/2014)*, p. 85.

¹⁰⁹ Para um maior aprofundamento deste Reg. - Cfr. JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, *Os princípios gerais de avaliação da compatibilidade dos auxílios consagrados no Regulamento Geral de Isenção por Categoria (Regulamento n.º 651/2014)*, p. 89.

infraestruturas desportivas e recreativas multifuncionais e, finalmente de auxílios a infraestruturas locais.

Estes AE são compatíveis com o MI e, por isso, isentos de notificação, desde que preencham um conjunto de condições, relativas à intensidade do auxílio, à sua transparência, à não ultrapassagem de certos limiares, à cumulação com outros auxílios à existência de um efeito de incentivo, para além das condições de cada uma das categorias^{110 111}.

Este Reg. concretiza no domínio específico dos AE, a estratégia de orientar e incentivar os Estados a dirigir os recursos públicos para a realização de objetivos europeus comuns, simplificando o procedimento de autorização dos AE, sobre os quais exista um conhecimento acérrimo sobre os efeitos na concorrência, libertando a CE para o estudo de casos mais complexos¹¹². No entanto, a celeridade é muitas vezes colocada em causa porque os EM notificam preventivamente à CE determinados AE considerados duvidosos.

Pese embora, não exista obrigação de notificação relativamente aos AE atribuídos no âmbito do RGIC, emerge no entanto, uma obrigação de comunicação que incumbe os EM de enviar à CE um sumário explicativo, num prazo máximo de vinte dias úteis, após a implementação da medida para se analisar o cumprimento formal das regras estabelecidas no Reg.; para além disso, impõe-se a necessária publicação desses sumários explicativos no *site* da CE. Por sua vez, cada EM deverá incluir nos seus relatórios anuais os AE submetidos à CE¹¹³.

¹¹⁰ MANUEL FONTAINE CAMPOS, *XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Vol.II, 2017, p.230.

¹¹¹ O facto de uma medida estadual não respeitar os critérios patentes no RGIC, para que a medida em questão seja considerada compatível com o MI e, por isso não sujeita à obrigação de notificação, isto não significa que ela seja *ipso facto* incompatível – neste sentido, cfr. JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, *Os princípios gerais de avaliação da compatibilidade dos auxílios consagrados no Regulamento Geral de Isenção por Categoria (Regulamento n.º 651/2014)*, pp.111-112.

¹¹² Cfr. JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, *Os princípios gerais de avaliação da compatibilidade dos auxílios consagrados no Regulamento Geral de Isenção por Categoria (Regulamento n.º 651/2014)*, pp. 71-72.

¹¹³ KELYN BACON, 2017, p. 159.

Parece-nos que os procedimentos acima descritos são um símbolo de transparência indispensável ao funcionamento da concorrência e mais precisamente ao controlo de atribuição dos AE ao abrigo do RGIC.

Apesar dos AE em questão não carecerem de uma obrigação de notificação, o sistema providenciou um mecanismo que reforça a integridade e a isenção dos AE concedidos nesta instância.

5. Princípios gerais da política da Comissão na apreciação da compatibilidade dos auxílios de estado com o mercado interno

A CE para aferir a compatibilidade dos AE com o MI rege-se por princípios estruturantes, sendo que, a sua aplicabilidade serve como um padrão de orientação e de controlo das decisões da CE. Considerando o art. 107.º, n.º 3 do TFUE, no qual a CE dispõe de uma ampla margem de apreciação da compatibilidade dos AE, estes princípios são muito vantajosos para a CE, para os tribunais europeus, para os EM e para as empresas beneficiárias ou concorrentes¹¹⁴.

Os princípios não apresentam entre si o mesmo valor normativo, na medida em que uns estão estabelecidos diretamente nos Tratados ou em Reg. europeus e, por isso consubstanciam uma maior proeminência normativa. Por sua vez, os princípios que decorrem, apenas da atuação da CE no exercício da sua atividade ou que constam nas disposições normativas de *soft law*, obrigam somente a CE a não se afastar desses princípios em virtude de um motivo substancial. Face ao exposto, é necessário proceder à exploração de cada um destes princípios, para que se compreenda o seu alcance, a sua aplicação e o seu impacto no âmbito do controlo jurisdicional sobre as decisões da CE¹¹⁵.

Alguns destes princípios surgem no âmbito da iniciativa *Modernização da política da UE no domínio dos auxílios estatais* (MAE) que desenvolveu uma uniformização dos critérios de averiguação da compatibilidade dos AE, nas

¹¹⁴ JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, 2012, pp. 398-399.

¹¹⁵ JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, 2012, p. 399.

diferentes orientações vigentes, sendo que esta metodologia é substancialmente mais exaustiva¹¹⁶.

Entendemos que esta graduação (jurídico-valorativa) destes princípios aumenta exponencialmente a eficácia da aplicação dos mesmos e, tal como acontece no caso da desobrigação de notificação por parte dos EM à CE – quando estamos perante o RGIC ou a regra *de minimis* – opta-se, mais uma vez, por um mecanismo facilitador (e focalizado) no trabalho da CE.

As decisões tomadas pela CE ao abrigo destes princípios são (em princípio) amplamente delineadas e equilibradas, visto que pressupõem um processo longo e multinível.

A abordagem deste ponto revela-se fulcral quando percecionamos a subjetividade do conceito AE, sendo que esta subjetividade, na nossa perspetiva, deverá ser contornada e ultrapassada. Desta forma, torna-se clarividente que estes princípios são um instrumento que confere uma maior objetividade e certeza jurídica. Este é um dos casos paradigmáticos em que a letra da lei não é, por si só, definitiva na resposta perante uma concreta questão jurídica, daí que os princípios representem “os seus braços” e configurem, desse modo uma necessária delimitação concetual.

5.1 Princípio da subsidiariedade

Este princípio aponta para o caráter subsidiário e supletivo dos AE, enquanto instrumento de política económica, na medida em que, os EM só deverão recorrer a esses auxílios, caso existam falhas no mercado (ao nível da eficiência económica ou de outros objetivos e valores que os EM entendam ser de grande importância) que necessitem de um mecanismo para as colmatar e repor o seu *status quo*¹¹⁷.

¹¹⁶ Disponível em: <https://www.adcoesao.pt/content/auxilios-de-estado>.

¹¹⁷ Cfr. JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, 2012, p. 400. Neste sentido, *vide* também: <https://www.adcoesao.pt/content/auxilios-de-estado>.

Os AE devem ser aplicados como último reduto, ao invés de uma constante utilização destes para todo e qualquer problema que surja. Isto é, este regime não representa a “a solução para todos os males” nem um “ artefacto milagroso”. A justificação é muito simples: a frequente aplicação dos AE origina o mau funcionamento do mercado (concorrencial), colocando em causa a própria política concorrencial e o desenvolvimento dos agentes económicos em cada EM.

A intervenção do Estado deve, por isso, cingir-se ao mínimo exigível e às situações limite. Se não ocorrer esta aplicação esporádica, o trabalho da CE será manifestamente complexo, pelo que o próprio controlo dos AE poderá ser exíguo em diversos casos.

5.2 Princípio da perspetiva europeia

O princípio da perspetiva europeia assenta no facto de, os AE terem obrigatoriamente na sua essência a prossecução de um fim: o interesse europeu e, que este seja efetivamente concretizável. A atribuição dos AE à luz deste princípio só será legítima, se para além do cumprimento das sinergias nacionais, também os objetivos europeus forem igualmente assegurados. Este princípio ganha expressão no art.107.º, n.º 3 do TFUE nas suas várias alíneas e exige uma dicotomia condicional (positiva e negativa). A condição positiva implica que, o AE proporcione o desenvolvimento de um setor ou região económica; por sua vez, a condição negativa pressupõe que, o AE não altere as condições das trocas comerciais, contrariando, dessa forma, o interesse comum¹¹⁸.

Por último, este princípio prossegue a garantia da coerência interna, nacional e europeia das políticas de AE¹¹⁹.

¹¹⁸ Para um maior desenvolvimento acerca destas duas condições e em particular da sua aplicação à al. c, do art. 107, n.º 3 do TFUE *vide* JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, 2012, pp. 400-401. Disponível em: <https://www.adcoesao.pt/content/auxilios-de-estado>. Cfr. Comunicação (2014/C 198/01), p. 12, n.º 36 e Comunicação (2013/C 209/01), p. 8, n.º 26. LILIANA SOARES, 2018, p. 39.

¹¹⁹ JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, 2012, p. 401.

Na nossa perspetiva, este princípio é imprescindível e, comporta em si mesmo o valioso equilíbrio concorrencial, na medida em que sem este, a UE jamais poderia evoluir no sentido do interesse comum europeu e desenhar (continuamente) o seu projeto, que exige cada vez mais uma conduta rigorosa e recíproca por parte dos EM.

Através deste princípio ganha-se uma nova consciência da dimensão externa e transfronteiriça, ou seja, cada vez mais a esfera nacional se envolve e une à esfera da UE no seu todo, constituindo-se, um compromisso europeu que comporta repercussões nos diferentes EM e, os coloca perante desafios emergentes que só estão ao alcance dos que se envolvem e lutam conjuntamente na defesa do interesse comum europeu.

Exige-se, assim uma visão e uma atuação europeísta, sendo que, se tal não acontecer os EM não dispõem da possibilidade de atribuir AE.

5.3 Princípio da justificação compensatória

No âmbito da avaliação da compatibilidade dos AE, a CE realiza um contrabalanço das distorções da concorrência (geradas pelos AE) e da contribuição dos AE para a edificação do MI em termos globais. O principal fundamento deste princípio baseia-se no facto de, a distorção da concorrência desencadeada pela atribuição do AE, ter que ser compensada pela contribuição desse mesmo AE no desempenho de um objetivo europeu, começando, desde logo pelo objetivo do MI¹²⁰.

Neste sentido, este princípio representa uma diretriz no que concerne à iniciativa da CE na apreciação da compatibilidade dos AE com o mercado comum e, desta forma, só serão compatíveis com o MI, os AE que, pese embora contenham

¹²⁰ JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, p. 402; Ac. de 17/09/1980, *Philip Morris*/ Comissão, proc. 730/79. Neste sentido, *vide* também: <https://www.adcoesao.pt/content/auxilios-de-estado>.

um vínculo concorrencial negativo, simultaneamente permitem a realização de um interesse europeu¹²¹.

Este princípio representa assim uma lógica de compensação extremamente importante e que equilibra os efeitos (negativos) produzidos pela atribuição de um AE. Mais uma vez, encontramos presente nesta instância a referência a necessidade de existir um objetivo europeu que fundamente a decisão da concessão. Desta forma, consideramos que este aspeto é transversal e preponderante na atribuição de AE, pelo que isto nos leva a concluir que, de certa forma este regime jurídico (inicialmente com uma conotação exclusivamente negativa) acabou por se converter num valioso guardião no âmbito da progressão económica e social da UE; ou seja, começou a retirar-se deste regime mais-valias e, simultaneamente reduziu-se o impacto e os efeitos negativos que este (eventualmente) proporcionava.

5.4 Princípio da cooperação leal

Este princípio baseia-se num pressuposto legal - art. 4.º do Tratado da União Europeia (TUE), que compele os EM a um dever de cooperação leal e verdadeira com a CE. Esta cooperação deverá ser exercida sempre que, os EM notificam a CE de um projeto de AE, através do envio de toda a informação inerente a esse projeto, (estudos, pareceres, relatórios) para que a sua avaliação seja mais precisa e profícua. Este princípio coloca uma grande responsabilidade nos EM, na medida em que, a sua cooperação determina a celeridade e a qualidade substantiva das decisões proferidas pela CE. Face ao exposto, do bom cumprimento deste princípio - que envolve uma igual atitude de transparência e cooperação por parte da CE - resultará um melhor controlo dos AE e uma menor conflitualidade¹²².

Na nossa perspetiva, este princípio subentende um compromisso entre as partes (neste caso a UE e os EM) que deve existir em qualquer matéria e, por isso,

¹²¹ JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, p. 402-403. LILIANA SOARES, 2018, p. 39.

¹²² JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, 2012, p. 403.

os AE como regime de elevada complexidade não poderia ser a exceção. Apela-se, no fundo, a um comportamento de boa conduta, ético e moral.

De salientar que, JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, neste princípio evidencia que a cooperação de todos os EM com a CE conduz a uma maior eficácia, qualidade e celeridade processual das decisões proferidas pela CE. No entanto, se essa cooperação for inexistente ou diminuta, as repercussões (negativas) desse comportamento estendem-se a todos os EM e à própria CE. Ora, entendemos que este facto demonstra a unidade, a reciprocidade e a interdependência destes intervenientes, dado que os efeitos negativos se propagam na sua máxima dimensão, não havendo por isso intervenientes que sejam verdadeiramente e totalmente beneficiados. Parece-nos que o projeto europeu trilha gradualmente e, ainda numa fase muito embrionária, para uma realidade supranacional.

5.5 Princípio da não neutralidade do auxílio (efeito de incentivo)

Neste princípio, deparamo-nos com a desvalorização dos auxílios neutrais, dado que, estes restringem desnecessariamente a concorrência e não privilegiam a concretização de valores de cariz europeu ou o aumento da eficiência económica. Os AE devem provocar uma transformação comportamental ao nível das empresas beneficiárias, que deverá ser aceite por estas, sob pena da atribuição concedida se reduzir a uma mera transferência de rendimentos, inevitavelmente suportada pelos contribuintes¹²³.

É igualmente do nosso entendimento que os auxílios neutrais representam, na sua essência, um manifesto desperdício de recursos sem qualquer tipo de justificação (compensatória). Este princípio converge parcialmente com o princípio da justificação compensatória, reforçando a necessidade de se

¹²³ JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, 2012, p. 403. Neste sentido, *vide* também: <https://www.adcoesao.pt/content/auxilios-de-estado>. Cfr. Comunicação (2014/C 198/01), p. 13, n.º 36 e Comunicação (2013/C 209/01), p. 9, n.º 26. LILIANA SOARES, 2018, p. 39.

contrabalançar a atribuição de AE e a necessidade de se retirar efeitos positivos.

Porém, há um ponto adicional que se refere às empresas e à sua transformação comportamental. Bem sabemos que as empresas são o motor de uma economia e que, por essa razão a implementação de novos comportamentos deve ser intensamente direcionada para estes agentes.

5.6 Princípio da precariedade

Este princípio faz um balizamento temporal dos AE com objetivos económicos¹²⁴ e, por isso, a sua duração é limitada. Para além de se estipular o período temporal em que este AE será concedido, é proibida a existência de cláusulas que permitam a renovação de forma automática. O AE só deverá vigorar durante o período de tempo manifestamente necessário à realização do fim para o qual foi concedido. Desta forma, não são permitidos AE de funcionamento ou de manutenção. Outra questão, já explorada neste estudo, é também regulada por este princípio: as empresas que se tornam economicamente inviáveis não têm acesso aos AE porque estes são incompatíveis com o mercado comum, ainda que exista nestas empresas um certo nível de emprego e um determinado volume de produção. Esta posição de não atribuição de AE deve-se principalmente ao facto de, as empresas economicamente viáveis serem prejudicadas no montante que lhes é atribuído e devido aos custos orçamentais que isso implica, sendo que, os contribuintes serão igualmente prejudicados e chamados a pagar a respetiva “fatura”¹²⁵.

Nesta instância encontramos a necessidade de se autonomizar (logo que possível) as empresas que têm acesso aos AE. Em primeiro lugar, se não fosse imposta esta condição o MI tornar-se-ia completamente distorcido e artificial, para além da clara incomportabilidade que esta prática pressupõe.

Em relação às empresas economicamente inviáveis, alertamos novamente

¹²⁴ Neste sentido, JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA considera que os AE com objetivos sociais e culturais não se incluem neste princípio.

¹²⁵ JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, 2012, p. 404. LILIANA SOARES, 2018, p. 39.

para a necessidade de se realizar uma análise casuística de cada empresa, tendo em consideração nomeadamente as questões acima enunciadas por JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, relacionadas com o nível de emprego e com o nível de produção.

5.7 Princípio da adequação do auxílio

O AE deve ser adequado à prossecução dos fins (o interesse europeu e a correção de uma falha de mercado) para o qual foi idealizado. Os AE são apenas uma das diversas formas de atuação dos EM, e por essa razão em vez de, o EM recorrer a um AE poderá optar por outro meio mais adequado – alterações normativas, nomeadamente de carácter regulatório. Na esteira de GOMES CANOTILHO a exigência de adequação subentende que o “... *ato do poder público é apto para e conforme aos fins justificativos da sua adoção*”^{126 127}.

Os AE devem ser aplicados, caso não exista nenhuma outra opção. Esta realidade prende-se com o facto de, este regime representar frequentemente uma ameaça ao mercado concorrencial, na medida em que nem sempre as regras da sua atribuição são respeitadas. Nesse sentido, para evitar de forma imediata e eficaz a distorção da concorrência deve-se procurar alternativas menos evasivas ao equilíbrio concorrencial. Tal como já referimos anteriormente, a sua aplicação deve ser vista como o último reduto.

5.8 Princípio da necessidade do auxílio

Após a determinação do fim prosseguido pelo AE a atribuir e, de se concluir pela necessidade de intervenção pública é ainda premente constatar, se não haverá outra medida menos gravosa do que o AE. A concessão do AE deverá ser sempre

¹²⁶ Vide JOSÉ GOMES CANOTILHO, 2003, pp.457-458.

¹²⁷ JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, 2012, p. 405. Neste sentido, *vide* também: <https://www.adcoesao.pt/content/auxilios-de-estado>. Cfr. Comunicação (2014/C 198/01), p. 13, n.º 36 e Comunicação (2013/C 209/01), p. 9, n.º 26.

a última opção e a sua exclusão deverá incidir num caso concreto, que demonstre a necessidade de se optar pelo AE. Por outro lado, é importante analisar alternativas (medidas legais ou de carácter administrativo) que não exijam fundos públicos tão avultados e, conseqüentemente que restrinjam em menor grau a concorrência, bem como a afetação do comércio entre os EM¹²⁸.

Este princípio converge diretamente com o princípio da subsidiariedade e, no fundo reforça a ideia de que este regime deve ser encarado como um recurso secundário ou acessório, visto que os seus efeitos podem desencadear graves conseqüências negativas ao nível do MI.

5.9 Princípio da proporcionalidade

Nesta instância aborda-se o facto de o AE ter que ser proporcional, ou seja, se o mesmo resultado não puder ser alcançado com menores níveis de AE e de distorção. Desta forma, o montante e a intensidade do AE não devem ir além do montante, intensidade e duração temporal que são estritamente necessários para a concretização do objetivo pretendido. Caso isto não ocorra e, o AE exceda o mínimo necessário, o destinatário beneficia de um lucro inesperado, suscetível de falsear desnecessariamente a concorrência, não sendo, por isso compatível com o mercado comum¹²⁹.

Este princípio em termos gerais acaba por identificar e definir o conceito de vantagem na atribuição de AE e, demonstra claramente a aceitação da existência de AE, naqueles casos em que não se vislumbram alternativas, pese embora a sua atribuição seja limitada.

¹²⁸ JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, 2012, p. 405. LILIANA SOARES, 2018, p. 39.

¹²⁹ JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, 2012, p. 406. Neste sentido, *vide* também: <https://www.adcoesao.pt/content/auxilios-de-estado>. Cfr. Comunicação (2014/C 198/01), p. 13, n.º 36 e Comunicação (2013/C 209/01), p. 9, n.º 26. LILIANA SOARES, 2018, p. 39.

5.10 Princípio da degressividade dos auxílios

Os AE devem ser atribuídos de forma degressiva, isto é os montantes concedidos devem ir diminuindo ao longo do tempo¹³⁰.

Este princípio é essencial, pois consubstancia a comportabilidade e razoabilidade da concessão dos AE. Ou seja, seria impraticável que a atribuição dos AE nunca cessasse ou que o montante de atribuição não fosse decrescente.

Consideramos que este princípio converge com o princípio da precariedade e, apresenta-se como um princípio intermédio/moderado e, por isso, constitui uma antecâmara relativamente ao princípio da precariedade.

5.11 Princípio da adequação do tipo concreto do auxílio

Partindo do pressuposto que, no caso concreto são apenas aceitáveis AE, será ainda necessário avaliar, qual será o tipo de AE que em concreto se mostrará mais adequado. Mais uma vez, há adequação quando o AE exija o menor encargo para o orçamento nacional, provoque o menor efeito restritivo sobre a concorrência e, desencadeie o menor distúrbio possível na afetação do comércio intracomunitário¹³¹.

Entendemos que este princípio complementa o princípio da adequação do auxílio, dado que aponta para a necessidade de se optar por um AE específico entre os demais que, perante um determinado caso, se afigure como o mais adequado.

Nesta linha, pode-se concluir que os AE não devem ter uma atribuição indiferenciada, mas antes criteriosa e adaptada à realidade do caso concreto, com o objetivo último de causar o menor impacto (negativo) na esfera concorrencial. Implicitamente se depreende nesta instância que, os AE não representam uma matéria estanque e precisa, invocando uma constante avaliação e evolução aos casos que se lhes apresenta.

¹³⁰ JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, 2012, p. 406. LILIANA SOARES, 2018, p. 39.

¹³¹ JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, 2012, pp. 406-407.

5.12 Princípio da transparência

O princípio da transparência tem, desde logo, duas dimensões: uma dimensão quantitativa e uma dimensão qualitativa. No que concerne, à dimensão quantitativa, os AE devem poder ser mensuráveis, ou seja, devem permitir que se calcule o seu montante¹³², tanto quanto possível de forma precisa, da vantagem que proporcionam aos seus beneficiários. Por sua vez, a perspectiva qualitativa implica que os EM definam com exatidão quem são os beneficiários dos AE, qual é o fim dos AE, quais as técnicas e os procedimentos que a sua atribuição envolve. A transparência (no âmbito da concessão dos AE) permite à CE exercer o seu controlo de forma eficiente. Os EM terão sempre que agir de forma transparente, caso contrário poderão ser determinados incompatíveis AE por parte da CE¹³³.

Este princípio representa uma característica que deve estar incluída em qualquer matéria e circunstância: a transparência. A transparência para além de invocada no regime jurídico dos AE, também se encontra plasmada em AE de menor amplitude e que constituem uma exceção: os auxílios *de minimis* e o RGIC, assumindo, desta forma uma forte relevância.

Na nossa ótica, se não se atender e praticar uma política de transparência não se pode, de forma alguma, afirmar que os AE em questão não conferem uma vantagem, para além da certeza e segurança jurídicas que se pretendem constantemente asseguradas.

¹³² Para mais desenvolvimentos acerca do cálculo da vantagem proporcionada pelos AE *vide* JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, 2012, p. 407.

¹³³ JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA, 2012, pp. 407-408. Neste sentido, *vide* também: <https://www.adcoesao.pt/content/auxilios-de-estado>. Cfr. Comunicação (2014/C 198/01), p. 13, n.º 36 e Comunicação (2013/C 209/01), p. 9, n.º 26. LILIANA SOARES, 2018, p. 40.

CAPÍTULO II: A INTERSEÇÃO DOS AUXÍLIOS DE ESTADO COM A CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A. A complementaridade existente entre a contratação pública e o direito da concorrência

A segunda parte desta dissertação inicia-se com a demonstração da estreita relação existente entre a contratação pública e o direito da concorrência, pois só assim é que pode compreender-se que surja uma interseção entre os AE e a contratação pública – questão que será explorada posteriormente.

Desde logo, acompanhando as palavras de JOÃO CAUPERS: “...a principal ameaça à concorrência, nomeadamente entre empresas de diferentes Estados-Membros, provinha menos de empresas privadas poderosas, e mais dos próprios Estados e de outras entidades juridicamente habilitadas a fazer uso dos poderes deste. E foi aqui que a história cruzou os caminhos da defesa da concorrência com a contratação pública” e “Tal cruzamento desencadeou uma luta, as mais das vezes “subterrânea” e não assumida por parte destes, entre os Estados, ciosos das suas prerrogativas e desejosos de aproveitar do “melhor de dois mundos”- os “galões” da autoridade e do interesse nacional, por um lado, as vantagens económicas (o best value for money), por outro -, e as instituições europeias, nomeadamente o Tribunal e a Comissão, determinadas em fazer cumprir o direito da União, e por via dele, garantir uma efetiva concorrência no âmbito da UE”¹³⁴.

A relevância do princípio da concorrência no âmbito da contratação pública¹³⁵ também é apontada pelo Tribunal de Contas: “o respeito pelo princípio

¹³⁴ CLÁDIA TRABUCO e VERA EIRÓ, 2013, pp. 7-8. Neste sentido, vide ao nível da legislação o art. 1.º, n.º 4 do CCP onde se lê: “À contratação pública são especialmente aplicáveis os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência”.

¹³⁵ Direito da concorrência e princípio da concorrência (no âmbito da contratação pública) são conceitos distintos. Quanto ao Direito da concorrência: “A política e o direito europeu da concorrência apresentam-se, assim, como armas usadas na efetivação de uma política da concorrência europeia em sentido próprio, dirigida, em primeira linha, à garantia e promoção da eficiência no funcionamento dos mercados da União (...) intenta-se estabelecer um mercado livre, igual, justo, leal e não falseado, fincado numa competição entre empresas cuja atuação

da concorrência e seus corolários subjaz a qualquer atividade de contratação pública, por força de imperativos comunitários, por direta decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão”¹³⁶.

CRISTINA CAMACHO aborda amplamente esta questão e, nesse sentido refere que: *“Da análise dos objetivos prosseguidos pelo direito comunitário da contratação pública e pelo direito comunitário do direito da concorrência, constata-se que existe uma comunhão teleológica entre os dois acervos normativos...”* e *“O objetivo de construção do mercado interno é transversal à construção jurídica comunitária e obriga a uma complementaridade e interdependência entre os instrumentos utilizados para a prossecução dos objetivos comunitários”*¹³⁷.

Segundo MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, o princípio da concorrência assume na contratação pública dois sentidos. Desta forma, no domínio da contratação pública poderá estabelecer-se uma aceção de concorrência tendo em vista o afastamento de quaisquer barreiras de acesso ao mercado, com o objetivo de se garantir na participação dos procedimentos o maior e melhor número de candidatos ou concorrentes; por outro

deve pautar-se também por aqueles valores principiológicos” e no que concerne ao princípio da concorrência: *“o princípio da concorrência efectiva e equilibrada, prevista no Tratado, visa garantir a liberdade de competição económica (transparente) entre os sujeitos económicos, através de uma saudável competição pelas escolhas dos destinatários, dos seus bens ou serviços”* - Cfr. PAULA LOUREIRO, 2016, p. 50 e LILIANA SOARES, 2018, p. 14. Quanto ao princípio da concorrência no âmbito da contratação pública: *“...o Princípio da Concorrência funciona, na Contratação Pública, num plano procedimental e não material, como cânone ou critério normativo que, em respeito ao Princípio da Igualdade, adstringe a entidade adjudicante a usar procedimentos abertos, competitivos, concorrenciais, que confirmam aos interessados, operadores económicos, iguais condições de acesso e participação e iguais condições de tratamento”* - Cfr. PEDRO INÊS, 2017, p.29.

¹³⁶ CLÁUDIA TRABUCO e VERA EIRÓ, 2013, p. 15 e vide o respetivo Ac. do Tribunal de Contas n.º 40/10, de 3 de novembro, 1ª S/SS, proc. 1303/2010.

¹³⁷ CRISTINA CAMACHO, 2008, p.64.

lado, esta aceção poderá representar uma “concorrência efetiva e sã” entre os sujeitos envolvidos nos procedimentos¹³⁸.

Na segunda parte do Código dos Contratos Públicos (CCP) fomenta-se a transparência e a concorrência no âmbito de um procedimento de contratação pública, independentemente da forma que o mesmo assume. Trata-se de uma perspetiva “interna” da concorrência, ou seja, a concorrência apresenta-se como elemento fundamental para a boa prossecução do interesse público em prol das entidades adjudicantes e na defesa dos interesses de todos os potenciais concorrentes, no que concerne a cada procedimento de contratação pública¹³⁹.

O não cumprimento das regras jus-concorrenciais na aplicação das normas constantes da segunda parte do CCP desencadeia consequências como se depreende do art. 70.º, n.º 2 al. g) do CCP que refere a exclusão de propostas que revelem: “*fortes indícios de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras da concorrência*”, e que estas situações devem ser “*imediatamente comunicadas*” à Autoridade da Concorrência¹⁴⁰.

Perante o que acaba de se expor, verifica-se que é introduzida uma perspetiva “externa” do princípio da concorrência, na medida em que não se olha, apenas para a concorrência dentro do próprio procedimento de contratação pública, mas também para o mercado e para o cumprimento das regras de concorrência de âmbito geral – sendo que, daqui resulta a preocupação do legislador em demonstrar que, o princípio da concorrência não é só um “chapéu teórico” com origens na legislação europeia¹⁴¹.

A atuação da política de concorrência na esfera da contratação pública visa a eficiência económica e a potencialização do bem-estar dos contribuintes, decorrente da eficiência da alocação de recursos através de processos

¹³⁸ Para aprofundar este tema *vide* CLÁUDIA TRABUCO e VERA EIRÓ, 2013, pp. 15-16 e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, 2011, pp.185-189.

¹³⁹ CLÁUDIA TRABUCO e VERA EIRÓ, 2013, pp. 17-18.

¹⁴⁰ Cfr. Art. 70.º, n.º 3 do CCP.

¹⁴¹ CLÁUDIA TRABUCO e VERA EIRÓ, 2013, p.18.

concorrenciais. A eficiência económica é, por isso, um objetivo comum aos dois ramos do Direito¹⁴².

A concorrência possibilita o incentivo dos agentes económicos, para que diminuam os custos e melhorem a sua eficiência, potenciando o supra referido paradigma, “*best value for Money*”. Num mercado onde as entidades públicas se assumem como um grande consumidor de bens e serviços, a forma como esse poder de aquisição é exercido influencia de modo inequívoco o comportamento das empresas¹⁴³.

Desta forma, a relação estabelecida entre o direito da concorrência e a contratação pública é de complementaridade, na medida em que, a regulamentação jurídica da contratação pública não estaria em condições de prosseguir os objetivos do MI sem a integração de regras concorrenciais e vice-versa¹⁴⁴.

Quanto a este ponto, CRISTINA CAMACHO esclarece que o respeito pelo Direito da concorrência constitui uma condição necessária ao respeito da legalidade no âmbito da contratação pública. Por sua vez, a existência dos procedimentos de contratação pública representa também uma condição necessária quanto ao respeito pelo direito da concorrência. No entanto, constata-se que não existe uma intersubstituibilidade entre os dois domínios, na medida em que a contratação pública e as suas regras não são suficientes para assegurar que o direito da concorrência é realmente cumprido e vice-versa¹⁴⁵.

É ainda de especial importância salientar que a contratação pública assegura a igualdade de acesso às compras públicas, através da imposição de procedimentos que estimulam a concorrência num determinado mercado. Perante isto, ambos os

¹⁴² Cfr. ANA MATIAS, 2013, p.12.

¹⁴³ *Apud* ANA MATIAS, 2013, p. 13.

¹⁴⁴ Cfr. ANA MATIAS, 2013, p. 14. Neste sentido, *vide* CRISTINA CAMACHO, 2008, p.64.

¹⁴⁵ *Vide* CRISTINA CAMACHO, 2008, p.64 e a Decisão da CE 92/204/CEE de 5/02/1992, IV/31.572 e 32.571 – indústria da construção nos Países Baixos, JO L 92 de 7/04/1992, p. I-30. Nesta decisão a CE definiu que estes dois regimes são “*duas categorias de normas jurídicas diferentes, com objetivos paralelos, mas distintos*”.

regimes jurídicos têm como fundamento a igualdade concorrencial¹⁴⁶, pese embora invoquem meios diferentes para a alcançar. Para além de que, a contratação pública assenta na liberdade de acesso, na não discriminação entre operadores económicos e na transparência, para que exista uma contratação pública eficiente e uma utilização acertada dos orçamentos públicos, não lhe estando adstrita a função de assegurar o bom funcionamento do mercado *per se*, (sendo esta da alçada do direito da concorrência - desta forma, os dois regimes não se confundem) sem prejuízo da necessidade de se respeitar as regras concorrenciais¹⁴⁷.

Posto isto, uma parte da doutrina incentiva uma aproximação das regras da contratação pública ao direito da concorrência, realçando que o princípio da concorrência (inculcado na legislação europeia sobre contratação pública) passe a funcionar plenamente como particularização do princípio geral de proteção da concorrência no direito da UE. Contudo, isto não significa que exista uma relação de especialidade entre as regras da concorrência e as regras da contratação pública – dado que, os objetivos prosseguidos por umas e por outras não são totalmente coincidentes, para além das vantagens em defender-se a intervenção das regras da concorrência sempre que se verificarem distorções ou falseamentos da concorrência no mercado – mas sim, uma intensa relação de complementaridade entre estes dois domínios, pelo a dispensa (em última instância) das regras jus-concorrenciais não pode ter lugar¹⁴⁸.

Partilhamos da ideia de que uma relação de complementaridade entre o direito da concorrência e a contratação pública é uma forma de fortalecer os dois domínios, no sentido de os dotar de diversos meios ou disposições legais para enfrentar questões complexas e que poderiam resultar em soluções legais manifestamente injustas, colocando em causa o equilíbrio concorrencial – aspeto invocado ao longo desta dissertação como um objetivo primordial.

¹⁴⁶ Na nossa perspetiva, o fundamento da igualdade concorrencial está intrinsecamente associado à contratação pública. Por sua vez, o Direito da concorrência apenas visa combater algumas desigualdades decorrentes dos arts. 101.º e 102.º do TFUE, etc.

¹⁴⁷ CRISTINA CAMACHO, 2008, p.65.

¹⁴⁸ CLÁUDIA TRABUCO e VERA EIRÓ, 2013, p.19.

Para além disso, impõe-se cada vez mais uma visão global e europeísta e, tanto o direito da concorrência como a contratação pública têm evoluído nesse sentido. A interseção dos dois é evidente, começando pelas diversas questões que comungam nomeadamente os AE. Sem uma simultânea análise dos dois domínios, estaremos sempre aquém de um enquadramento e solução legais ajustados à situação em concreto.

B. A conexão entre os auxílios de estado e a contratação pública

Após a análise da relação (de complementaridade) entre o direito da concorrência e a contratação pública impõe-se igualmente demonstrar o cruzamento do direito da concorrência, mais concretamente no domínio dos AE, com a contratação pública.

Em primeiro lugar, o regime europeu da contratação pública é muito importante porque visa eliminar as barreiras resultantes de práticas discriminatórias e preferenciais na adjudicação¹⁴⁹ de contratos públicos, e assim, aumentar a concorrência e a transparência nos mercados de contratação pública. Desta forma, os Estados conseguem obter um melhor valor para os seus recursos e, no limite, garantir uma maior eficiência da despesa pública¹⁵⁰.

Atualmente, a contratação pública apresenta-se mais abrangente, ou seja a sua dimensão não se circunscreve apenas ao contexto nacional, sendo por isso extensiva ao nível europeu. Ora, esta dupla vertente (nacional e europeia) da contratação pública potenciou uma aproximação e, a conseqüente interseção das matérias supra referidas.

TOSICS e GAÁL tratam da necessidade dos dois regimes se complementarem e, defendem, por isso, que os contratos públicos estejam sujeitos ao controlo dos AE, ainda que existam regras secundárias pormenorizadas ao nível

¹⁴⁹ Cfr. art. 73.º, n.º 1 do CCP.

¹⁵⁰ CLÁUDIA TRABUCO e VERA EIRÓ, 2013, p.235.

comunitário relativas à adjudicação de contratos públicos¹⁵¹, na medida em que estas podiam desencadear uma eventual argumentação de que não existe fundamento para que esses contratos estejam também sujeitos ao controlo dos AE. Porém, uma isenção automática das aquisições públicas ao controlo dos auxílios estatais não estaria em conformidade com o n.º 1, do art. 107.º do TFUE¹⁵².

Neste seguimento é de extrema importância referir que, o cumprimento das regras de contratação pública, não é suficiente para garantir a ausência de uma vantagem económica, pelo que é necessário levar a cabo uma análise mais exaustiva. Deste modo, as regras em matéria de AE impõem limitações ao desenvolvimento de contratos públicos anticoncorrenciais – isto é, a determinação se uma adjudicação foi realizada em consonância com as regras da contratação pública é geralmente a “prova de fogo” para decidir, se um AE foi concedido, desencadeando um teste circular para aferir, num primeiro momento, se a adjudicação do contrato público constitui por si só um AE¹⁵³.

Desta forma, as condições cumulativas dos AE plasmados no art. 107.º, n.º 1 do TFUE e, já exploradas no Capítulo I deste estudo, podem eventualmente estar presentes quando se realiza a adjudicação de contratos públicos¹⁵⁴.

Vejamos então cada uma das condições: a adjudicação do contrato público é por norma financiada através de recursos estatais; os vários procedimentos de adjudicação possuem uma natureza seletiva, pois favorecem um determinado operador económico, ou grupo de operadores económicos. A adjudicação pode criar distorções na concorrência. Tendo em consideração o valor dos contratos públicos, constata-se que esses contratos têm um efeito apreciável (e não *de*

¹⁵¹ Quanto às regras secundárias pormenorizadas ao nível comunitário relativas à adjudicação de contratos públicos, TOSICS E GAÁL não desenvolvem esta questão, no entanto, parece-nos que estas regras poderão incluir questões relacionadas com os AE, pois só assim é que se compreende o eventual argumento de que os contratos públicos não necessitam do controlo dos AE. Na nossa perspetiva, a posição defendida pelos autores é acertada e, confirma a nossa linha de pensamento inerente a este ponto; ou seja, existe a interseção entre os dois domínios e, a mesma proporciona uma análise casuística mais completa e segura.

¹⁵² TOSICS & GAÁL, 2007, p.15.

¹⁵³ Cfr. ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, 2009, p. 21.

¹⁵⁴ Neste sentido, *vide* ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, 2012, p.8.

minimis) nas trocas comerciais entre os EM, principalmente aqueles que são abrangidos pelas diretivas europeias. A vantagem económica é a condição que exige uma análise mais rigorosa, dado que em muitos casos a mesma é determinante para aferir a existência de um AE¹⁵⁵.

A análise da CE assenta na análise se o Estado, ao adjudicar um contrato público, atribui uma vantagem económica que o operador (a quem o contrato público é adjudicado) não teria obtido se a adjudicação fosse realizada em condições normais de mercado¹⁵⁶.

Na esteira de ALEXANDRA AMARO quando o Estado aplica procedimentos de contratação pública e, não pretende satisfazer as suas necessidades próprias, a análise da qualificação como AE não se pode cingir à mera verificação do cumprimento das regras da contratação, pelo que se impõe uma avaliação dos efeitos da medida estatal mediante o teste do investidor em economia de mercado, ou seja a CE terá que averiguar-se, se um EM dispõe de fundos da mesma forma que um operador privado o faria¹⁵⁷.

Para além disso, e transcrevendo as palavras da autora: *“Parte-se do pressuposto que estamos perante regimes que se complementam e que são passíveis de uma aplicação simultânea e pacífica”*¹⁵⁸.

O Advogado-Geral JACOBS a propósito da ligação entre os AE e a contratação pública esclarece o seguinte: *“Acordos bilaterais ou transações mais complexas envolvendo direitos e obrigações mútuos devem ser analisados como um todo. Quando, por exemplo, o Estado adquire bens ou serviços de uma empresa, só haverá auxílio se e na medida em que o preço pago exceda o preço de mercado”*¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Cfr. TOSICS & GAÁL, 2007, p.16.

¹⁵⁶ CLÁUDIA TRABUCO e VERA EIRÓ, 2013, p.240-241 e *vide* ponto 1.2 do Capítulo I deste estudo.

¹⁵⁷ Cfr. ALEXANDRA AMARO, 2012, p.17 e 34.

¹⁵⁸ *Vide* ALEXANDRA AMARO, 2012, p.25.

¹⁵⁹ ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, 2009, p. 21; Conclusões do Advogado-Geral JACOBS, proc. C-126/01 – GEMO, de 30 de abril 2002, n.º 122.

Entendemos que a contratação pública deve ser sujeita ao controlo dos AE, pelo que defendemos que uma análise casuística deve ser realizada, tendo por base as regras da contratação pública e as regras concorrenciais inerentes aos AE.

Partindo desta posição, parece-nos que o cumprimento das regras da contratação pública nem sempre são suficientes para se presumir a ausência de um AE e, por isso, é necessário recorrer à análise das regras da concorrência.

Desta forma, ainda que as regras de contratação pública sejam escrupulosamente cumpridas, atendendo ao critério do *best value for money*, não nos podemos esquecer de que é crucial fazer uma análise mais aprofundada da questão da atribuição de AE.

Neste sentido, ALEXANDRA AMARO coloca a questão do Estado não estar a satisfazer as suas necessidades próprias quando realiza uma adjudicação, remetendo-nos para o teste do investidor privado. Neste caso, temos obrigatoriamente que realizar uma análise das regras dos AE para aferirmos se efetivamente estão preenchidos os quatro requisitos do art. 107.º, n.º 1 do TFUE.

Sem esta dupla análise existe uma grande probabilidade de se atribuir AE porque nos baseamos, apenas no cumprimento das regras da contratação pública e, não verificamos devidamente todos os elementos do caso que temos em mãos.

1. Análise casuística - o procedimento de adjudicação do diálogo concorrencial¹⁶⁰

No caso *Welsh Public Network Scheme*¹⁶¹, as autoridades do Reino Unido (respeitando o disposto no art. 108.º, n.º 3 do TFUE) notificaram a CE, para que esta analisasse a compatibilidade com o MI do “Regime Gaulês da Rede do Setor Público”¹⁶².

O objetivo da medida notificada incidia no fornecimento de serviços de rede

¹⁶⁰ Vide art. 204.º e ss. do CCP.

¹⁶¹ Cfr. Decisão da CE de 30/05/2007, proc. N 46/2007, Reino Unido *Welsh Public Setor Network Scheme*.

¹⁶² Decisão da CE de 30/05/2007, proc. N 46/2007, Reino Unido *Welsh Public Setor Network Scheme*, ponto 2.

de banda larga às organizações do setor público do País de Gales. Esta aquisição garantiria padrões comuns de serviço, maior interoperabilidade e maior alcance do serviço no País de Gales. Assim, permitir-se-ia que as organizações do setor público trabalhassem em conjunto de forma mais eficaz e melhorassem a prestação de serviços do setor público aos cidadãos. Para além de uma aquisição centralizada, a medida visa também evitar duplicação de recursos e a realização de economias de escala¹⁶³.

Parece-nos que a essência desta medida se prende com a questão do interesse público e com a racionalização da despesa pública e dos recursos públicos.

Estamos perante a adjudicação de um contrato de serviço público para a prestação de serviços de rede de banda larga, sendo que as redes existentes eram possuídas por operadores privados e, representavam 98% dos edifícios públicos do País de Gales. Os interessados deveriam basear-se nesta infraestrutura, para além de que as autoridades britânicas acreditavam não existir necessidade de novas e significativas infraestruturas. Ainda que fosse construída uma nova infraestrutura, esta seria de pequena escala, não se traduzindo no aumento da capacidade para quem presta o serviço. Considerando-se a especial complexidade do contrato, o Governo Gaulês optou pelo procedimento do diálogo concorrencial¹⁶⁴.

Para além da análise do cumprimento das regras da contratação pública, este caso recorre à análise das regras concorrenciais, através da verificação de um eventual AE, sendo este um exemplo real da importância de se recorrer a esta dupla análise.

Deste modo, a CE verificou se os requisitos do art. 107.º, n.º 1 do TFUE estavam preenchidos. Quanto aos recursos estatais: a medida notificada é financiada principalmente pelo orçamento do Governo Gaulês e, parcialmente

¹⁶³ Decisão da CE de 30/05/2007, proc. N 46/2007, Reino Unido *Welsh Public Setor Network Scheme*, ponto 3.

¹⁶⁴ Decisão da CE de 30/05/2007, proc. N 46/2007, Reino Unido *Welsh Public Setor Network Scheme*, pontos 5, 6 e 7.

pelos orçamentos de outras organizações públicas financiadas pelo Estado. Portanto, este requisito estava verificado¹⁶⁵.

A vantagem económica: os utilizadores finais dos serviços de rede adquiridos pelo Governo Gales fazem parte da administração pública e, apenas utilizavam os serviços adjudicados para o exercício de funções públicas no território do País de Gales. Como já vimos, estas entidades públicas não se encaixam no conceito de «empresa»¹⁶⁶ nos termos do art.107.º, n.º1 do TFUE; quanto ao operador selecionado, a CE considerou que este não obtinha qualquer vantagem económica, na medida em que estamos perante uma simples operação de aquisição para satisfazer necessidades do próprio Estado, para além de que o procedimento de adjudicação estava de acordo com as diretivas dos contratos públicos e estava adequado para alcançar a melhor relação custo-benefício. Neste sentido, a CE teceu as seguintes considerações: o procedimento era precedido de publicação a nível europeu e permitia a participação em iguais condições de qualquer operador; a adjudicação seria realizada de acordo com a proposta mais vantajosa e a avaliação das propostas seguia critérios objetivos com base na dicotomia qualidade/preço; o contrato previa mecanismos de controlo e ajuste dos custos; o contrato não atribuía qualquer vantagem extra ao provedor de serviço, ou seja após o seu término, as entidades públicas podiam contratar com outro provedor; a reserva dos serviços de rede não lhe possibilitava uma capacidade adicional que pudesse ser comercialmente explorada. A vantagem económica para operadores terceiros: a necessidade de existir uma nova infraestrutura seria localizada e de dimensão reduzida, pelo que o seu acesso seria realizado de acordo com as regras gerais. Desta forma, estes operadores não beneficiariam de qualquer vantagem¹⁶⁷.

Face ao exposto, a CE concluiu que o “Regime de rede pública do País de Gales” não constitui um AE na aceção do art. 107.º, n.º 1 do TFUE. Entendemos

¹⁶⁵ Decisão da CE de 30/05/2007, proc. N 46/2007, Reino Unido *Welsh Public Setor Network Scheme*, ponto 16.

¹⁶⁶ Vide ponto 1.2 última parte.

¹⁶⁷ Decisão da CE de 30/05/2007, proc. N 46/2007, Reino Unido *Welsh Public Setor Network Scheme*, pontos 17, 18 e 19.

que a CE não procedeu à análise dos outros dois requisitos porque verificou, desde logo, a inexistência de AE, através da ausência de uma vantagem económica, pelo que a cumulatividade dos requisitos não se verifica.

Neste caso levantou-se uma questão que já anteriormente salientamos: para se excluir a presença de uma vantagem económica, temos que aferir se as aquisições realizadas pelo Estado constituem necessidades próprias. Este facto só é passível de constituir um AE, se analisarmos a questão à luz das regras da concorrência e seguindo a lógica do investidor privado, pelo que o cumprimento das regras da contratação pública não se mostra suficiente para retirarmos esta conclusão.

2. Análise casuística - o procedimento negocial com publicação de anúncio

No caso *London Underground Public Private Partnership*¹⁶⁸, a CE foi notificada, pelo Reino Unido, para averiguar se o financiamento e a reestruturação do metro de Londres era compatível com o MI e se cumpria as regras dos AE. A empresa pública foi dividida em quatro empresas: uma empresa responsável pela prestação de serviço ao público (que se manteria de capital público) e três empresas responsáveis pela manutenção e renovação das infraestruturas, que transitavam para a esfera privada. O objetivo da medida consistia na venda destas empresas a privados e os serviços de manutenção e renovação seriam contratados por um período de 30 anos. Desta forma e, para se aferir se a transação foi efetuada pelo valor de mercado, a CE examinou se o processo de venda das três empresas e a conclusão dos contratos de prestação de serviço por 30 anos foi aberto,

¹⁶⁸ Decisão da CE de 2/10/2002, proc. N 264/2002, Reino Unido *London Underground Public Private Partnership*.

transparente e não discriminatório. O processo de adjudicação *in casu* foi o procedimento negocial com publicação de anúncio^{169 170}.

No presente caso, a CE considerou que, quando estes tipos de acordos de infraestrutura são celebrados, após a observância de um procedimento aberto, transparente e não discriminatório, presume-se, em princípio, que o nível de qualquer apoio do setor público pode ser considerado como representando o preço de mercado para a execução do projeto. Esta conclusão pressupõe que, à partida não estamos perante um AE¹⁷¹.

A CE considerou que a escolha do procedimento estava de acordo com a diretiva então em vigor¹⁷² e que o procedimento tinha sido devidamente publicitado – antes da publicação do anúncio foram publicados vários anúncios periódicos indicativos para alertar potenciais interessados; a informação disponibilizada foi suficiente, para que os interessados pudessem apresentar as suas propostas – os anúncios periódicos indicativos incluíam informação sobre os elementos essenciais do contrato; o anúncio, além de fornecer informação, convidava os candidatos registados para uma conferência onde lhes seria proporcionada informação mais detalhada; a primeira seleção dos candidatos (com os quais se negociariam as condições em maior detalhe) foi realizada tendo em conta o critério da proposta economicamente mais vantajosa, isto é, os candidatos que chegaram à fase final da negociação, eram os candidatos que propunham um melhor valor para os recursos do Estado; as alterações colocadas durante a fase de negociação, depois da primeira seleção dos candidatos, estavam previstas no anúncio; tiveram lugar na medida em que a própria natureza do procedimento de

¹⁶⁹ Vide art. 193.º e ss. do CCP.

¹⁷⁰ Decisão da CE de 2/10/2002, proc. N 264/2002, Reino Unido *London Underground Public Private Partnership*, parágrafos 1, 5, 9, 80 e 81 e CLÁUDIA TRABUCO e VERA EIRÓ, 2013, p. 242-243.

¹⁷¹ Decisão da CE de 2/10/2002, proc. N 264/2002, Reino Unido *London Underground Public Private Partnership*, parágrafo 79 e, para aprofundar as várias perspetivas que foram analisadas sobre a verificação da (não) existência de AE vide parágrafos 115-131.

¹⁷² ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 36 que esclarece o seguinte: “*A ratio desta presunção ilidível assenta no conceito de “concorrência para (obter) o contrato” (competition for the contract) que, de facto, as diretivas sobre contratação pública pretendem promover*” e Decisão da CE de 2/10/2002, proc. N 264/2002, Reino Unido *London Underground Public Private Partnership*, parágrafo 82.

negociação as permitisse e de acordo com as exigências do projeto em causa; as alterações foram realizadas a partir de critérios objetivos. Estas alterações não configuravam outros candidatos além daqueles que consideraram candidatar-se no momento da publicação do anúncio. A CE entendeu que estas alterações não eram suficientes para alterar a lista dos candidatos pré-selecionados e, por essa razão não se vislumbrou a violação do princípio de não discriminação. Posto isto, a CE considerou que a adjudicação dos contratos cumpriu um procedimento aberto, transparente e não discriminatório, para além de que não constitui a existência de qualquer AE¹⁷³.

Perante esta análise casuística verifica-se mais uma vez, a estreita relação que a contratação pública e os AE estabeleceram entre si e, a importância que os dois regimes adquiriram conjuntamente. Ou seja, as conclusões apresentadas são exequíveis, na medida em que se oferece a interseção destas matérias. Desta forma, os casos reais apresentados demonstram uma efetiva sinergia que permite uma evidente vantagem no que diz respeito à completude das soluções legais alcançadas. Para além de que, “*a concorrência para (obter) o contrato*” proporciona o equilíbrio entre as obrigações impostas e as vantagens atribuídas pelo contrato público, eliminando-se a presença de vantagens económicas indevidamente concedidas¹⁷⁴.

Da análise destes dois casos, não pretendemos demonstrar a existência de AE, até porque nenhum dos dois levanta este problema. A razão de ser desta inclusão casuística neste ponto, justifica-se com base no título enunciado – evidenciar a interseção da contratação pública e dos AE, bem como a aplicação das suas regras, em virtude do cariz da sua complementaridade.

¹⁷³ Decisão da CE de 2/10/2002, proc. N 264/2002, Reino Unido *London Underground Public Private Partnership*, parágrafos 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91 e 92. Cfr. CLÁUDIA TRABUCO e VERA EIRÓ, 2013, pp.243-244.

¹⁷⁴ ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 36.

C. O procedimento concursal enquanto mecanismo de controlo e instrumento saneador da presença de um auxílio de estado – *Quid iuris?*

Esta última parte da dissertação invoca a grande questão do presente estudo e consiste na seguinte reflexão: será que a mera existência de um concurso público¹⁷⁵ exclui categoricamente a existência de um AE?

Ora, por norma é aceite que ao cumprir as regras nacionais e europeias sobre contratação pública, a entidade adjudicante comporta-se como um operador privado e, por isso, a transação assume os contornos de uma transação comercial normal. Desta forma, atribui-se aos procedimentos concursais de adjudicação a tarefa de verificar a existência de um AE¹⁷⁶.

Desde logo, PHEDON NICOLAIDES defende que um procedimento concursal reflete sempre as condições normais de mercado, na medida em que é sempre determinável o preço de mercado e, por essa razão exclui-se a existência de um AE¹⁷⁷.

Por sua vez, CARLA MARCELINO também faz uma breve referência a este assunto, pelo que transcrevo na íntegra as suas palavras: *“Naturalmente que, no caso de o destinatário ser escolhido sob a forma de nomeação ou ajuste direto, existe maior probabilidade de se considerar auxílio do Estado, proibido pelo Tratado. Ao contrário, se o mesmo for selecionado por consequência de um processo de seleção ou recrutamento (por exemplo, um concurso), a sua escolha resultou de um processo competitivo com outros operadores, também concorrentes, pelo que estes casos não envolvem auxílio estatal, tal como definido no n.º 1 do art. 107.”*¹⁷⁸.

Na nossa ótica, esta perspetiva apresenta duas visões distintas, na medida em que, CARLA MARCELINO coloca a questão no âmbito da probabilidade

¹⁷⁵ Vide art. 130.º e ss. do CCP.

¹⁷⁶ Vide ALEXANDRA AMARO, 2012, p.34.

¹⁷⁷ Cfr. PHEDON NICOLAIDES, 2010, pp. 65-78.

¹⁷⁸ Vide CARLA MARCELINO, 2016, p. 141.

(quanto à existência de um AE) quando estamos perante o ajuste direto ou a nomeação. No entanto, na última parte da sua abordagem, parece-nos que CARLA MARCELINO converge com PHEDON NICOLAIDES, abandonando o campo da probabilidade para adotar uma posição mais assertiva e radical, no que concerne aos processos de seleção ou de recrutamento. Ou seja, partindo das suas palavras, entendemos que a autora exclui liminarmente a existência de um AE na presença de um procedimento de concurso.

Neste contexto, TOSICS & GAÁL também referem que no domínio dos AE, a utilização de concursos públicos competitivos, transparentes e não discriminatórios têm sido considerados suficientes para se presumir que não foi concedido qualquer AE ao operador económico selecionado em resultado do procedimento¹⁷⁹.

De salientar que, TOSICS & GAÁL têm uma visão moderada, neste domínio porque apontam para a existência de uma presunção que se pressupõe ilidível e, por isso, a margem de apreciação é inevitavelmente superior. Os autores representam a perspetiva da CE sobre esta matéria e, parece-nos que de uma forma genérica esta posição (à partida) mostra-se suficiente, pese embora a posição a adotar a este nível deva atender a casos excecionais com múltiplas variáveis, tal como veremos adiante.

ALEXANDRA AMARO, a autora que temos vindo acompanhar, entende que a existência de um procedimento concursal não é suficiente para afirmar a inexistência da atribuição de um AE; ou seja, em determinados casos, para verificar a concessão de uma vantagem económica, o teste do investidor privado não se pode consubstanciar na simples e exclusiva existência de um procedimento concursal¹⁸⁰.

Após um primeiro contacto com a questão e, perante o que acaba de se expor, impõe-se um interlúdio com referências jurisprudenciais, sendo este um

¹⁷⁹ TOSICS & GAÁL, 2007, p.16.

¹⁸⁰ ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 34.

elemento imprescindível para a análise que se está a desenvolver, bem como para as conclusões que se pretendem demonstrar.

Antes de entrar propriamente na análise casuística que sustenta o tema central desta instância, é de especial relevância salientar que, os contratos públicos (na sua essência) baseiam-se na aquisição de bens, ou de serviços por parte do Estado para cumprir as necessidades do seu próprio funcionamento, bem como dos serviços que presta aos cidadãos. Desta forma, no domínio jurisprudencial, os casos *BAI*¹⁸¹ e *P&O European Ferries*¹⁸² relativos à compra de cupões de viagem, na linha de *Ferries Bilbao-Portsmouth*, pelo governo basco a uma empresa basca, o TG salientou que a aquisição pelo Estado de bens ou serviços tem de coincidir com as necessidades do Estado, pelo que se isso não acontecer não há uma transação comercial normal¹⁸³.

Neste sentido, “*O simples facto de um Estado Membro adquirir bens ou serviços nas condições normais de mercado não basta para que essa operação constitua uma transação comercial normal, se se verificar que o Estado não tinha uma necessidade real desses bens ou serviços*”¹⁸⁴. Para além disso, o TG referiu ainda que: “*o simples facto de uma empresa ter fornecido uma contrapartida a um organismo estatal não demonstra por si só que este último tinha uma necessidade real nos serviços em causa*”¹⁸⁵.

Ora, PHEDON NICOLAIDES contemplou esta questão, salientando que a aquisição de bens ou serviços (para suprir as necessidades internas e o funcionamento administrativo do próprio Estado) desencadeia a atribuição de uma

¹⁸¹ ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 34 e Ac. de 28/01/1999, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI)/Comissão*, proc. T-14/96, colet. de jurisprudência 1999, p. II-139. Neste caso, a partir da compra de um número avultado de *vouchers*, o governo basco despoletou uma procura artificial que resultou numa vantagem à empresa *Ferries Golfo de Vizcaya*, - posteriormente denominada *P&O European*.

¹⁸² Ac. de 5/08/2003, *P&O European Ferries (Vizcaya) SA/Comissão*, proc. apensos T-116/01 e T-118/01, colet. de jurisprudência 2003, p. II-2963.

¹⁸³ ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 34.

¹⁸⁴ Ac. de 5/08/2003, *P&O European Ferries (Vizcaya) SA/Comissão*, proc. apensos T-116/01 e T-118/01, colet. de jurisprudência 2003, p. II-2995, n.º 117.

¹⁸⁵ Ac. de 5/08/2003, *P&O European Ferries (Vizcaya) SA/Comissão*, proc. apensos T-116/01 e T-118/01, colet. de jurisprudência 2003, p. II-2995, n.º 120 e Ac. de 28/01/1999, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) vs. Comissão*, proc. T-14/96, colet. de jurisprudência 1999, n.º 71.

vantagem, quando o produto adquirido excede as necessidades do Estado ou o preço de compra excede o preço de mercado, pelo que o fornecedor obtém uma vantagem porque vende uma maior quantidade ou a um preço mais elevado. Outra questão (que também poderá ser suscitada nesta instância) é a das necessidades externas do Estado na aquisição de bens ou serviços; ou seja, as necessidades que correspondem às suas tradicionais obrigações em relação aos cidadãos. Neste contexto, o produto adquirido excede as necessidades do Estado ou o preço de compra excede o preço de mercado e, dessa forma o fornecedor obtém uma vantagem porque vende uma maior quantidade ou a um preço mais elevado¹⁸⁶.

Por último, o Tribunal Geral (TG) tratou da questão do concurso público refletir uma transação comercial normal: *“A necessidade que um Estado Membro tem de demonstrar que uma aquisição de bens ou serviços por si efetuada constitui uma transação comercial normal impõe-se sobretudo quando, como no caso vertente, a escolha do operador não foi antecedida de um concurso público aberto que tenha sido objeto de publicidade suficiente. Com efeito, de acordo com a prática constante da Comissão, a existência de um tal concurso público prévio a uma aquisição por um Estado Membro é normalmente considerada suficiente para excluir que esse Estado Membro pretendia conceder uma vantagem a uma empresa determinada”*¹⁸⁷.

Neste caso, temos, uma vez mais, a referência às necessidades próprias do Estado, pelo que se impõe uma análise das regras da contratação pública e das regras dos AE. Ainda que se admitisse que a contratação pública em si mesma constitui um AE, entendemos que ainda assim esta opção é preferível em relação à aquisição dos bens ou serviços diretamente no mercado, dado que a partir da aplicação do procedimento concursal, podemos aferir se existiu uma transação comercial normal, proporcionando alguma segurança.

A análise do AE à luz das suas próprias regras *in casu* não nos parece impossível, pelo que a medida pode ser proveniente de recursos estatais e imputada

¹⁸⁶ PHEDON NICOLAIDES, 2010, p. 75.

¹⁸⁷ Ac. de 5/08/2003, *P&O European Ferries (Vizcaya) SA/Comissão*, proc. apensos T-116/01 e T-118/01, colet. de jurisprudência 2003, p. II-2995, n.º 118.

ao Estado, a vantagem poderá incidir no facto de o Estado estar a beneficiar uma determinada empresa, (seletividade) sem qualquer necessidade. Como é que se justifica este desperdício de recursos atribuídos a uma empresa? Se não há uma necessidade do Estado na aquisição, parece-nos que a vantagem concedida é clarividente; para além de que se isto se encontra preenchido, facilmente se preenche o requisito do falseamento ou a ameaça de falsear a concorrência e uma afetação das trocas entre os EM.

Entendemos que o conceito «normalmente» pretende flexibilizar a questão, atribuindo-lhe margem de apreciação (ao caso concreto) quanto à denominada suficiência do procedimento concursal.

Por outro lado, apresenta-se o caso dos contratos de aquisição de energia pelo governo polaco que introduz um elemento diferenciador quanto à análise da suficiência do procedimento concursal. Nesta instância, a CE realçou que o princípio, segundo o qual, o procedimento de concurso é suficiente para excluir a atribuição de uma vantagem económica é aplicável quando o Estado adquire bens ou serviços para uso próprio. No caso subjacente, o procedimento de concurso teve como fundamento servir objetivos políticos, como a promoção do investimento estrangeiro, a proteção do ambiente e a melhoria da segurança do abastecimento e, por isso não se constatou a aquisição de produtos e serviços requeridos pelo Estado¹⁸⁸.

“Em tais casos, o facto de se ter adotado um procedimento de concurso pode levar apenas à conclusão de que o auxílio se limita ao mínimo necessário para alcançar os objetivos políticos, o que não basta para excluir a presença de um auxílio estatal”¹⁸⁹.

No âmbito de transações comerciais normais, a CE definiu a presunção ilidível de que um procedimento aberto, transparente e não discriminatório permite aferir o valor da remuneração em condições normais de mercado e, dessa forma

¹⁸⁸ ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 35.

¹⁸⁹ Decisão da CE de 25/09/2007, *Contratos de Aquisição de Energia-Polónia*, proc. C-43/2005, OJ 2009 L83/1, n.º 219.

contornar a concessão de uma vantagem indevida. Esta presunção ilidível foi também aplicada às parcerias público-privadas¹⁹⁰ e no caso de atribuições¹⁹¹.

Posto isto, ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS demonstra a existência de uma dupla função do procedimento de concurso, na medida em que no âmbito do regime da contratação pública garante o acesso ao mercado em condições de igualdade, não discriminação e, assegura o melhor preço; no que concerne ao regime dos AE, o procedimento de concurso permite encontrar o preço de mercado e, conseqüentemente garante a não atribuição de vantagens indevidas¹⁹².

Seguindo, mais uma vez as palavras de ALEXANDRA AMARO, nem sempre o recurso a um procedimento de concurso significa que se possa excluir a concessão de um AE.

Nesta senda, a autora aponta para situações em que a intervenção do Estado tem por efeito suplementar ou completar o mercado, pelo que nesses contextos situacionais há outras vantagens económicas (além de uma remuneração excessiva) que não são salvaguardadas pela existência de um procedimento concursal. As vantagens concedidas ao prestador do serviço que o procedimento concursal não salvaguarda (não se apresentando, assim como um mecanismo eficaz, mas antes demonstrando as suas fragilidades) consistem, por exemplo, na redução do risco, no aumento da capacidade, no alargamento da base de clientes, isto é, as vantagens que surgem em virtude de ser o primeiro a atuar (*first mover advantage*). Nestas situações para além dos prestadores de serviços, também

¹⁹⁰ Vide ponto 2 do Capítulo II o célebre caso *London Underground Public Private Partnership*.

¹⁹¹ ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 36.

¹⁹² Vide ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, 2012, p.9. Este autor suscita igualmente a interseção e, até uma complementaridade entre o regime da contratação pública e o regime dos AE, sendo que neste caso é o próprio procedimento concursal que une os dois temas e, apresenta uma dupla, eficaz e abrangente solução; de outra forma jamais seria traçado este enquadramento e, por essa razão a repercussão dos dois regimes em separado era menor. Este aspeto revela-se de especial interesse, se atentarmos no que GRAELLS refere em relação ao facto de se cumprirem as regras da contratação pública, dado que esse cumprimento não significa a não concessão de uma vantagem indevida, pelo que as regras do regime dos AE têm que estar igualmente verificadas.

terceiros poderão usufruir dessa vantagem através de um novo serviço ou de um serviço existente em condições mais favoráveis¹⁹³.

Entendemos que esta última explanação representa limitações intrínsecas das regras sobre AE e não algo que possamos resolver através destas. Desta forma, o que se pretende é evidenciar estas limitações, no sentido de se verificar a incapacidade do procedimento concursal na exclusão de AE perante estes casos.

Partindo-se deste enquadramento, depreende-se que esta questão é de difícil resolução, na medida em que em determinados casos nem o respeito pelas regras da contratação pública, nem o respeito pelas regras concorrenciais proporcionam uma solução para contornar a atribuição de uma vantagem e, no limite de um AE a determinadas empresas. Contudo, defendemos uma análise casuística conjunta entre as regras da contratação pública e as regras concorrenciais para aferirmos a existência de AE.

Neste seguimento, a prática decisória da CE relativa à aplicação do regime de AE às intervenções do Estado para implementação de redes eletrónicas de banda larga é dos melhores exemplos para explicitar as situações anteriormente invocadas em que o Estado “suplementa” o mercado. O caso *Banda larga de alta velocidade* que incide na implementação de redes de nova geração em zonas rurais. No presente caso a CE determinou: “*Embora um processo de concurso concorrencial permita em geral reduzir o montante de apoio financeiro requerido, o auxílio permitirá também que os operadores prestem serviços extremo-a-extremo em princípio a preços mais baixos do que aqueles que cobriam se tivessem de suportar eles próprios todos os custos, atraindo assim mais clientes do que em condições normais de mercado*”¹⁹⁴.

A CE considerou também que terceiros operadores de rede seriam indiretamente beneficiados, dado que teriam acesso por grosso à nova rede. Para além destes, os próprios utilizadores finais profissionais (as denominadas empresas

¹⁹³ ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 37.

¹⁹⁴ ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 37 e Decisão da CE de 19/01/2010, *Banda larga de alta velocidade*, proc. N 252/2010.

no âmbito do art.107.º, n.º 1 do TFUE) beneficiariam “*em última instância da melhoria dos serviços e da cobertura de banda larga, o que não seria disponibilizado numa base exclusivamente comercial*”¹⁹⁵.

Por conseguinte, PHEDON NICOLAIDES enquadrou este caso, (que envolve o apoio no fornecimento de bens ou serviços a terceiros na prossecução de políticas públicas) no âmbito das necessidades externas do Estado não correspondendo às suas obrigações tradicionais para com os cidadãos. Nesta situação presume-se que o fornecedor selecionado obtém uma vantagem porque o Estado “cria” um novo mercado e, por essa razão a empresa escolhida usufrui dessa vantagem em relação aos seus concorrentes; para além de que, a empresa escolhida enfrenta um menor risco nesse novo mercado¹⁹⁶.

As situações em que o Estado contrata um serviço com o efeito de suplementar o mercado são semelhantes às situações em que o Estado concede um subsídio para desenvolver determinados mercados. O simples facto de o Estado seleccionar as empresas beneficiárias recorrendo a um procedimento de concurso pode limitar o montante dos subsídios a atribuir, para além de assegurar que os subsídios são atribuídos às empresas mais eficientes; contudo, o procedimento concursal em si mesmo não elimina a existência de vantagens económicas que o próprio subsídio comporta – a redução dos custos e o aumento da capacidade¹⁹⁷.

Bem sabemos que o subsídio é um problema completamente distinto do concurso público. Porém, o concurso público selecciona as empresas que beneficiarão desse subsídio. Deste modo, é ponto assente que o problema na sua essência reside no próprio subsídio.

Por outro lado e, num segundo plano o concurso público não apresenta uma solução para a questão da atribuição do subsídio, (que implica a atribuição de uma vantagem) na medida em que não consegue excluir a sua existência, ainda que

¹⁹⁵ ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 37 e Decisão da CE de 19/01/2010, *Banda larga de alta velocidade*, proc. N 252/2010.

¹⁹⁶ PHEDON NICOLAIDES, 2010, p. 75.

¹⁹⁷ ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 38.

restringa o número de beneficiários e, ainda que esses beneficiários sejam as empresas mais eficientes.

As regras da contratação pública são cumpridas, sempre que estamos perante a existência de um concurso público, no entanto, as regras da concorrência devem ser igualmente cumpridas e devem acompanhar esta análise. Entendemos ser necessário avaliar os efeitos que na realidade são produzidos pelo subsídio e, conseqüentemente (numa relação de interdependência) pelo concurso público, dando assim cumprimento à premissa (da importância dos efeitos) dos AE.

Sem esta dupla perspectiva, as regras concorrenciais poderão ser colocadas em causa porque se restringe demasiado o busílis da questão. Entendemos, por isso que se deve tratar destas questões atendendo a realidades distintas, como é o caso do subsídio e das subvenções (que veremos no caso que segue) porque no fundo, todas elas representam uma vantagem, sendo que o procedimento concursal nem sempre é suficiente para a excluir, não se constituindo assim uma garantia absoluta de que o mercado concorrencial não é afetado.

Como fundamento no que foi anteriormente exposto, temos a decisão da CE relativa à capacidade de reciclagem de papel para impressão e escrita, que assenta em AE atribuídos pelo Reino Unido: *“Os procedimentos de seleção abertos à concorrência podem assegurar que o montante da subvenção se limite ao mínimo, mas não suprime o carácter de auxílio da medida. A medida falseia ou ameaça falsear a concorrência, na medida em que pode cobrir uma parte significativa dos custos de investimento, permitindo assim que o beneficiário cobre um preço inferior pelo papel para impressão e escrita que produz. A medida afetará o mercado de papel novo, mas também o mercado de resíduos de papel, que constitui uma mercadoria valiosa para a indústria do papel”*¹⁹⁸.

Partindo dos casos apresentados e das decisões proferidas pela CE, ALEXANDRA AMARO diverge da opinião de PHEDON NICOLAIDES, na

¹⁹⁸ Decisão da CE de 28/11/2007, relativa ao auxílio concedido no âmbito dos programas de ação relativos aos resíduos e recursos: auxílios à capacidade de reciclagem de papel para impressão e escrita notificado pelo Reino Unido, proc. C-45/05, JO L155/20 de 13/06/2008.

medida em que o autor considera que até mesmo nestes casos, como os que acabámos de explorar, o procedimento de concurso pode refletir as condições normais de mercado e, dessa forma excluir a atribuição de uma vantagem indevida.

PHEDON NICOLAIDES entende, por isso, que a CE interpretou as *condições normais de mercado* na perspectiva de mercado em concorrência perfeita em vez de considerar as condições concorrenciais existentes no mercado no momento imediatamente anterior à intervenção do Estado. Desta forma, a CE não identificou que, naqueles casos, o procedimento de concurso refletia as condições concorrenciais existentes à data da intervenção estatal e não permitia que o operador selecionado obtivesse um retorno anormal. No entanto, essa anormalidade refere-se não a uma situação hipotética de concorrência perfeita, mas antes ao que os seus concorrentes estariam dispostos a aceitar, até porque as propostas dos candidatos refletiam as suas considerações sobre os benefícios e riscos do “novo” mercado. Ou seja, PHEDON NICOLAIDES considerou que a CE foi demasiado rigorosa nomeadamente na análise do caso relativo aos serviços de banda larga nas zonas rurais, no sentido em que considerou existir sempre a atribuição de AE por parte do Estado quando financia uma empresa, para que esta forneça um determinado produto que é igualmente fornecido pelo mercado. Na sua ótica, embora a empresa possa vender esse produto a um preço acessível porque recebeu um AE, isso não significa que tenha obtido uma vantagem, desde que exista um procedimento de concurso a par de um impedimento de se cobrar um produto ou serviço acima do custo que os seus concorrentes estão dispostos a cobrar¹⁹⁹.

Em suma e, na parte conclusiva do seu estudo PHEDON NICOLAIDES esclarece que a relação entre os procedimentos de seleção competitiva e os AE pode ser resumida na declaração de que, em geral, o procedimento de concurso impede a concessão de AE. No entanto, de acordo com a jurisprudência mais recente dos tribunais da UE, bem como das decisões emitidas pela CE, verifica-se que adjudicação de um determinado contrato público, ainda que possua um

¹⁹⁹ ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 39 e PHEDON NICOLAIDES, 2010, p. 77.

procedimento concursal pode conter um AE, se o Estado “criar” um novo mercado em benefício da empresa selecionada para servir esse mercado. Contudo, o estudo desenvolvido pelo autor argumentou que esta perspectiva diverge do significado intrínseco das *condições normais de mercado*. Desta forma, PHEDON NICOLAIDES esclarece o seguinte: desde que as condições de concorrência entre empresas não sejam afetadas, um processo de seleção verdadeiramente competitivo deve eliminar qualquer vantagem na aceção do art. 107.º, n.º 1, do TFUE, até mesmo quando o Estado “cria” um mercado²⁰⁰.

Perante este enquadramento e, tendo em consideração o art. 107.º, n.º 1 do TFUE, se o Estado “criar” um novo mercado, através de recursos estatais, estará a atribuir uma vantagem, – a uma determinada empresa (critério da seletividade) – proporcionando-lhe um segmento de mercado inexplorado e, por isso, o preço de mercado não está estabelecido, pelo que a empresa pode, no limite, praticar o preço que entender, para além da captação de uma grande base de clientes e, da conseqüentemente aquisição de uma grande capacidade, originando assim, o falseamento ou a ameaça de falsear a concorrência e a afetação das trocas comerciais entre os EM, impedindo outras empresas de concorrerem, constituindo-se, desta forma um AE.

Ainda sobre as suas considerações finais é igualmente relevante salientar a reflexão que colocou acerca das necessidades legítimas do Estado, quando uma autoridade pública pode adquirir bens e serviços. A aquisição concorrencial para o cumprimento das obrigações tradicionais do Estado para com os seus cidadãos não origina, geralmente um problema de AE. Por seu turno, as aquisições concorrenciais de obrigações não tradicionais (como é o caso do estabelecimento de redes de banda larga comercialmente inviáveis) envolveriam AE. Porém, não existem fundamentos firmes na jurisprudência dos tribunais da UE para se estabelecer uma distinção entre necessidades ou obrigações tradicionais e não tradicionais²⁰¹.

²⁰⁰ PHEDON NICOLAIDES, 2010, p. 78.

²⁰¹ PHEDON NICOLAIDES, 2010, p. 78.

Posto isto, em virtude da perspectiva de PHEDON NICOLAIDES, ALEXANDRA AMARO entende que a questão não se subsume à forma como a CE e os Tribunais da UE têm interpretado as «condições normais de mercado», mas antes aos próprios limites dos procedimentos concursais. Ora, estes procedimentos têm como objetivo a promoção da concorrência (*strito sensu*) no âmbito da atribuição do contrato e, conseqüentemente assegurar o melhor valor possível. Nos verdadeiros *bidding markets* estes procedimentos podem, por si só, promover a concorrência (*lato sensu*) ao nível do mercado²⁰². Acontece que, os contratos públicos que têm por efeito suplementar o mercado não ocorrem no âmbito de verdadeiros *bidding markets* e não representam uma transação comercial normal que poderia ter sido efetuada por um operador privado com o objetivo de rentabilidade²⁰³.

ALEXANDRA AMARO na sua nota conclusiva explica que a aplicação paralela do regime da contratação pública e do regime dos AE, o procedimento concursal, em especial o concurso público apresenta-se como um mecanismo de controlo comum. Se por um lado assegura o acesso ao mercado em condições de igualdade e não discriminação (possibilitando a identificação do melhor preço, ou da melhor relação qualidade/preço) por outro lado, exclui a concessão de uma vantagem indevida, ou no caso de isto não ser exequível, garante que o valor dessa vantagem se limita ao mínimo, para que de alguma forma se possa justificar a sua existência. Para além disso, se o procedimento concursal permite extrair o valor da prestação em condições normais de mercado, a CE e os tribunais da UE definiram uma presunção ilidível de que a realização de um procedimento concursal aberto, transparente e não discriminatório garante a inexistência de um AE. Pese embora, esta presunção esteja limitada aos casos em que um contrato público representa uma transação comercial normal, isto é quando o Estado atua como um operador económico que procura o melhor preço²⁰⁴.

²⁰² Vide ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 39 e ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS, 2009, p.4.

²⁰³ ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 39.

²⁰⁴ ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 50.

Nas situações em que o Estado, apesar de empregar os procedimentos de contratação pública, não pretende satisfazer necessidades próprias, mas antes potenciar objetivos das suas políticas regionais, económicas, ambientais e sociais, poderá estar em causa a atribuição de vantagens que não se resumem ao valor das prestações do contrato e, por essa razão o procedimento concursal não permite a exclusão de um AE. Ou seja, a análise da qualificação de um AE nestes casos (para além do cumprimento das regras da contratação pública) reclama também o exame dos efeitos da medida estatal à luz do teste em economia de mercado²⁰⁵.

Face ao exposto, a nossa posição assenta numa verdadeira defesa da não instrumentalização da contratação pública, no âmbito da atribuição de AE. Deste modo, entendemos que a posição da autora ALEXANDRA AMARO merece a nossa melhor aceitação porque colocou em evidência casos e perspetivas que de facto oferecem uma resposta bastante mais contundente. TOSICS & GAÁL apesar de não fundamentarem a sua visão moderada recorrendo a exemplos práticos, também apresentam uma perspetiva que assenta numa presunção ilidível e que converge com autora ALEXANDRA AMARO e com a nossa própria visão sobre a questão.

Por sua vez e, de uma forma genérica, PHEDON NICOLAIDES segue uma linha de pensamento mais restrita e inflexível com a qual não nos identificamos, pois consideramos que esta problemática pode envolver múltiplas questões e nuances que, devidamente exploradas na sua plenitude, determinam uma realidade que assume outros contornos.

Por fim, o fundamento desta dissertação tem implicitamente como objetivo, a consciencialização de que a prática de uma boa gestão dos recursos públicos e da despesa pública é crucial para o crescimento e desenvolvimento económico de um país. Acrescendo a esta realidade interna, temos ainda a realidade europeia que deverá conjuntamente prosseguir estes mesmos preceitos.

²⁰⁵ ALEXANDRA AMARO, 2012, pp. 50-51.

CONCLUSÕES

1. O regime dos AE é de extrema relevância no âmbito da defesa da concorrência na UE. A sua existência e aplicação pretendem assegurar que o MI não seja afetado por desequilíbrios concorrenciais provenientes das más intervenções por parte dos EM, através do favorecimento de determinadas empresas ou setores de produção em detrimento de outros. A atribuição de um AE é à partida proibido à luz do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE. Contudo, o n.º 2 e o n.º 3 deste mesmo art. possuem derrogações a este princípio geral, que não é por isso absoluto, mas antes condicional.
2. Neste seguimento, se o TFUE determinasse uma proibição absoluta dos AE, estaria a condicionar a possibilidade de os Estados ajudarem a desenvolver determinados setores ou regiões menos desenvolvidas; de auxiliarem as empresas que se encontrem numa situação económica difícil; de fomentarem a criação de emprego ou a manutenção de postos de trabalho. O Estado tem necessariamente de intervir financeiramente na economia quando existe uma necessidade de corrigir as falhas de mercado ou em situações de emergência²⁰⁶. Do exposto, constata-se que a essência do regime dos AE visa o interesse (europeu) comum.
3. O instituto jurídico dos AE pressupõe uma evolução e adaptação constantes, dado que o mercado e os agentes económicos são fortemente voláteis. A jurisprudência e a *soft law* desenhada pela CE deverão ser instrumentos imprescindíveis para, a cada momento, proferirem o que melhor lhes aprouver, permitindo-se uma necessária atualização desta matéria, no sentido de se enfrentarem novos desafios globais, como por exemplo as questões ambientais (o desenvolvimento sustentável do planeta) e uma eventual crise económica.

²⁰⁶ Cfr. HELENA MARTINS, 2018, p.102.

4. A lei não nos apresenta uma noção clara e efetiva de AE e, por isso, temos de recorrer ao artigo 107.º, n.º 1 do TFUE que elenca um conjunto de requisitos, pese embora estes sejam igualmente subjetivos e requerem, assim uma avaliação cuidada e casuística. Partilhamos do entendimento segundo o qual, o mais importante neste processo não é a existência de um conceito de AE objetivo, até porque isso restringe as funções da própria CE; porém, compreendemos o argumento apontado quanto à grande pressão exercida por parte dos EM para que a CE coloque termo a esta indefinição²⁰⁷. Desta forma e, fazendo um balanço do trabalho da CE ao nível de *soft law* na clarificação e atribuição de um carácter mais objetivo ao conceito, poderá afirmar-se que o seu esforço é notório²⁰⁸.
5. As empresas que se encontrem em situações de vulnerabilidade económica deverão ser alvo de uma análise casuística e realizada uma avaliação com critérios objetivos, de modo a causar o menor impacto negativo a essas empresas e, conseqüentemente às economias de cada EM na sua globalidade. Ou seja, é importante verificar se a empresa efetivamente não possui qualquer oportunidade de se relançar no mercado.
6. Para aferirmos a presença de um AE deve ter-se em conta todos os requisitos estabelecidos pelo art.107.º, n.º 1 do TFUE, descartando-se, assim a posição jurisprudencial que defendia que a inexistência de uma vantagem pressupunha a exclusão de uma medida que constituía um AE. Nesta linha, esta posição contraria o disposto no TFUE que contempla outros requisitos para se concluir pela existência de um AE, pelo que estamos perante uma visão muito redutora para o regime em causa e, sobre o qual se exige uma avaliação cuidada e abrangente nomeadamente ao nível dos seus requisitos. Uma análise que implique a verificação de cada requisito permite, desta forma, uma maior segurança jurídica, dado que

²⁰⁷ Vide MARIA CAVACO, 2018, p.14.

²⁰⁸ Um grande e recente exemplo é a Comunicação (2016/C 262/01).

abarcam um grande número de casos que poderiam ficar invisíveis e, por essa razão descartados.

7. O investidor privado e o investidor público apresentam, na sua essência, critérios temporais e objetivos que radicam na obtenção do lucro completamente distintos. Neste seguimento, o investidor público não deverá ser completamente equiparado ao investidor privado. Por outro lado, pese embora o contraste entre a realidade do investidor privado e do investidor público, o princípio do investidor privado é um elemento imprescindível, enquanto vetor comum quando se trata de averiguar a presença de AE incompatíveis com o MI.
8. A CE tem um poder central e discricionário em relação à apreciação da compatibilidade dos AE (notificados pelos EM) que se encontra visível no art.107.º, n.º 3 do TFUE. Por sua vez, o Conselho apenas tem expressão decisória no art.107.º, n.º 3, al.e) do TFUE. No entanto, até neste ponto a CE assume o papel prévio de apresentar uma proposta.
9. Os auxílios *de minimis* e o RGIC não desequilibram a concorrência, ao passo que proporcionam a atribuição de ajudas fundamentais a empresas que, de outra forma teriam menos probabilidade de existir. Esta regra *de minimis* e o RGIC constituem, por isso, um entre tantos exemplos do esforço para se preconizar o interesse comum europeu. Outro aspeto relevante é o facto de se prescindir da obrigação de notificação dos AE à CE, originando uma maior celeridade processual e permitindo à CE que se foque noutros casos mais complexos. Apesar da boa intenção, a realidade não é tão positiva, dado que muitos AE levantam inúmeras dúvidas, levando os EM à notificação preventiva dos mesmos à CE.
10. O RGIC foi alvo de um mecanismo muito interessante devido à ausência da obrigação de notificação. Neste sentido, há uma obrigação de comunicação que incumbe aos EM o envio à CE de um sumário explicativo,

num prazo máximo de vinte dias úteis, após a implementação da medida para se analisar o cumprimento formal das regras estabelecidas no Reg.; para além da necessária publicação desses sumários explicativos no *site* da CE, cada EM deve também incluir nos seus relatórios anuais os AE submetidos à CE²⁰⁹. Estes procedimentos representam a grande preocupação com a transparência no âmbito dos AE, bem como a existência de isenção e integridade em relação à concessão dos AE ao abrigo do RGIC.

- 11.** Os princípios gerais invocados na apreciação da compatibilidade dos AE com o MI são um instrumento que confere alguma flexibilidade à apreciação, mas que também impõem decisões mais escrutinadas e abrangentes. A subjetividade do conceito AE é substancialmente diminuída quando se aplicam estes princípios. A essência destes princípios proclama constantemente o interesse comum europeu, sendo por isso mais um elemento que contribui para a afirmação do projeto europeu, salvaguardando e assegurando economias que se pretendem (de uma forma transversal) equitativas.
- 12.** A relação de complementaridade entre o direito da concorrência e a contratação pública é uma forma de fortalecer os dois domínios, no sentido de os dotar de diversos meios ou disposições legais para enfrentar questões complexas e que poderiam resultar em soluções legais manifestamente injustas, colocando em causa o equilíbrio concorrencial – aspeto invocado ao longo desta dissertação como um objetivo primordial.
- 13.** Para além disso, impõe-se cada vez mais uma visão global e europeísta e, tanto o direito da concorrência como a contratação pública têm evoluído nesse sentido. A interseção dos dois é evidente, começando pelas diversas questões que comungam, nomeadamente os AE. Sem uma simultânea análise entre os dois domínios, estaremos sempre aquém de um

²⁰⁹ KELYN BACON, 2017, p. 159.

enquadramento e solução legais ajustados à situação em concreto. Pretende-se, desta forma uma maior eficiência económica e o bom funcionamento do MI, pois estamos convictos de que a afirmação do projeto europeu, bem como o desenvolvimento dos EM reclamam uma atuação a este nível eficaz, adequada e célere.

14. Na sequência das duas últimas conclusões, constata-se agora a importante relação existente entre os AE e a contratação pública. O cumprimento das regras da contratação pública, por si só, não é suficiente para garantir a ausência de uma vantagem económica e dos demais requisitos que determinam a presença de um AE. Esta análise é antes uma antecâmara, dado que o processo é bastante mais complexo. Deste modo, também podemos designar, nesta instância a existência de uma relação de complementaridade entre os dois domínios. Ou seja, num primeiro momento, analisa-se a presença de um AE através do cumprimento das regras da contratação pública e, posteriormente com o objetivo de se alcançar uma maior segurança jurídica, afere-se o cumprimento das regras da concorrência; isto é, verifica-se a existência dos requisitos enunciados no n.º1, do art.107.º do TFUE e avalia-se os efeitos da medida estatal mediante o teste do investidor privado.

15. O caso *Welsh Public Network Scheme* e o caso *London Underground Public Private Partnership* são dois exemplos práticos da esfera da contratação pública, mas que geraram a necessidade de se verificar a presença de AE, através dos seus requisitos que constam do art.107.º, n.º1 do TFUE. No primeiro caso, parece-nos que a essência da medida se prende com a questão do interesse público e com a racionalização da despesa pública e dos recursos públicos. Entendemos que a CE não procedeu à análise dos outros dos restantes requisitos porque verificou, desde logo, a inexistência de AE, através da ausência de uma vantagem económica, pelo que a cumulatividade dos requisitos não se verifica. Neste caso levantou-se uma questão que já tínhamos referido: para se excluir a presença de uma

vantagem económica, temos que aferir se as aquisições realizadas pelo Estado constituem necessidades próprias. Este facto só é passível de constituir um AE, se analisarmos a questão à luz das regras da concorrência e, seguindo a lógica do investidor privado, pelo que o cumprimento das regras da contratação pública não se mostra suficiente para retirarmos esta conclusão.

16. No segundo caso, há uma abordagem mais profunda em relação ao cumprimento das regras da contratação pública, concluindo-se que houve um procedimento aberto, transparente e não discriminatório, para além da análise da existência de AE. Estes exemplos demonstram, por isso um elevado grau de completude e cruzamento, (no âmbito das considerações proferidas pela CE) no que concerne à invocação das regras da contratação pública e do regime jurídico dos AE.

17. Neste momento, iniciaremos as conclusões sobre a principal questão/problema que esteve na origem do desenvolvimento da temática deste estudo. Ora, a questão consiste em saber se a existência de um procedimento concursal exclui liminarmente a presença de um AE. PHEDON NICOLAIDES e CARLA MARCELINO apresentam uma perspetiva radical, no sentido em que consideram que a existência de um procedimento concursal assegura a inexistência de um AE. É de realçar que CARLA MARCELINO considera a existência da probabilidade, (quanto à existência de um AE) no âmbito de um ajuste direto ou de uma nomeação, no entanto esse elemento probabilístico não é enunciado quanto ao procedimento concursal, expressando, desta forma uma posição firme relativa à inexistência de um AE.

18. Por sua vez, TOSICS & GAÁL têm uma perspetiva moderada acerca da questão, dado que apontam para a existência de uma presunção que, na nossa visão nos parece ilidível. Entendemos, assim que a intenção dos autores, quando referiram a ideia da presunção, era expressar subtilmente

que se trata de uma questão aberta e, que por isso pode contemplar casos em que a linearidade defendida por PHEDON NICOLAIDES e por CARLA MARCELINO é colocada em causa.

19. A par de TOSICS & GAÁL, temos ALEXANDRA AMARO que afirma claramente que a existência de um procedimento concursal (em determinados casos) não é suficiente para se excluir a atribuição de um AE, pelo que o teste do investidor privado não se pode consubstanciar na simples existência desse procedimento.
20. Os casos *BAI* e *P&O European Ferries* apresentam uma questão prévia acerca da transação comercial normal relacionada com as reais necessidades do Estado, pelo que se impõe uma análise das regras da contratação pública e das regras dos AE. Ainda que se admitisse que a contratação pública em si mesma constitui um AE, entendemos que ainda assim esta opção é preferível em relação à aquisição dos bens ou serviços diretamente no mercado, dado que a partir da aplicação do procedimento concursal, podemos aferir se existiu uma transação comercial normal, proporcionando alguma segurança.
21. A análise do AE à luz das suas próprias regras *in casu* não nos parece impossível, pelo que a medida pode ser proveniente de recursos estatais e imputada ao Estado, a vantagem poderá incidir no facto de o Estado estar a beneficiar uma determinada empresa, (seletividade) sem qualquer necessidade. Como é que se justifica este desperdício de recursos atribuídos a uma empresa? Se não há uma necessidade do Estado numa aquisição, parece-nos que a vantagem concedida é clarividente; para além de que se isto se encontra preenchido, facilmente se preenche o requisito do falseamento ou a ameaça de falsear a concorrência e uma afetação das trocas entre os EM.

- 22.** Parece-nos que esta primeira exposição da jurisprudência é um enxerto essencial e preparatório para a questão que se se segue. A diretrizes enunciadas relativas às necessidades do Estado, seja ao nível interno ou externo, bem como o preço de mercado representam a importância da lógica geral do sistema. Isto é, estamos no domínio da esfera pública que prossegue e muito bem, a velha máxima da racionalização da despesa pública e dos recursos públicos e, que se distingue, portanto da esfera privada. Se estas duas diretrizes não forem legalmente cumpridas, estamos perante a concessão de uma vantagem por parte do Estado e, reunidos os requisitos do art. 107.º, n.º 1 do TFUE atribui-se um AE.
- 23.** Em relação ao problema principal que nos propusemos esmiuçar, o TG assume que a existência de um concurso público prévio a uma aquisição por um EM é normalmente considerada suficiente para excluir a concessão de uma vantagem a uma determinada empresa. Nesta instância, realizamos uma interpretação extensiva e lata do que o tribunal pretendeu afirmar, na medida em que consideramos a expressão “normalmente” como um indício de que em determinados casos concretos e excepcionais, extravasando o enquadramento casuístico trivial, o concurso público poderá não ser suficiente para excluir a atribuição de uma vantagem.
- 24.** ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS alerta para o facto de o cumprimento das regras da contratação pública não consubstanciarem a não concessão de uma vantagem indevida, pelo que as regras do regime dos AE têm de estar igualmente verificadas. Depreendemos que o autor também se aproxima do entendimento que nem sempre a existência de um procedimento de concurso, ou seja o cumprimento das regras da contratação pública às quais alude, resulta na inexistência de um AE, até porque o respeito pelas regras deste também têm que se verificar.
- 25.** Entendemos que ALEXANDRA AMARO diverge da opinião de PHEDON NICOLAIDES, na medida em que o autor considera que até

mesmo nos casos, como os que explorámos ao longo deste estudo, o procedimento de concurso pode refletir as condições normais de mercado e, dessa forma excluir a atribuição de uma vantagem indevida.

26. Concordamos com o primeiro argumento de PHEDON NICOLAIDES relacionado com o facto de se relevar, no âmbito das condições normais de mercado, as condições concorrenciais existentes no mercado no momento imediatamente anterior à intervenção do Estado e não as condições normais de mercado na perspetiva de mercado em concorrência perfeita. No entanto, não nos parece que a CE tenha efetivamente realizado a interpretação inversa, pelo que a restante argumentação seguindo esse pressuposto não pode ter acolhimento.

27. Para sustentar e justificar o que afirmámos no ponto anterior, chamamos à colação o entendimento de ALEXANDRA AMARO que, esclarece que a questão não se subsume à forma como a CE e os tribunais da UE têm interpretado as «condições normais de mercado», mas sim aos próprios limites dos procedimentos de concurso.

28. Perante isto, chega-se mais uma vez à conclusão de que a esfera pública e a esfera privada possuem âmbitos de atuação distintos, até porque prosseguem diferentes objetivos, sendo que, nesta instância o argumento invocado exige essa visão ampla, adequada e objetiva conforme o setor em que nos encontramos.

29. Para PHEDON NICOLAIDES, embora a empresa possa vender o produto a um preço acessível porque recebeu um AE, isso não significa que tenha obtido uma vantagem, desde que exista um procedimento de concurso a par de um impedimento de se cobrar um produto ou serviço acima do custo que os seus concorrentes estão dispostos a cobrar²¹⁰. Esta argumentação é facilmente desconstruída. Esta problemática não pressupõe soluções

²¹⁰ PHEDON NICOLAIDES, 2010, p.77.

imediatas e lineares e, tal como referiu ALEXANDRA AMARO, o recurso a um procedimento de concurso pode limitar o montante dos subsídios a atribuir, para além de assegurar que os subsídios são atribuídos às empresas mais eficientes. Porém, o procedimento concursal em si mesmo não elimina a existência de vantagens económicas que o próprio subsídio comporta – a redução dos custos e o aumento da capacidade²¹¹, sendo que estes dois fatores, no limite e durante um determinado período de tempo, permitem à empresa beneficiária uma cobrança a preços inferiores ao preço de custo e, por consequência o aumento da base de clientes.

- 30.** Para além disso, a jurisprudência mais recente dos tribunais da UE, bem como as decisões da CE, apelam a outro critério. A adjudicação de um determinado contrato público, ainda que possua um procedimento concursal pode incluir a atribuição de um AE, se o Estado “criar” um novo mercado em benefício da empresa selecionada para servir esse mercado.
- 31.** Nesta instância, reafirmamos o mesmo entendimento que temos vindo a apontar, pelo que não podemos concordar com esta visão muito restrita e inflexível relativa a um tema que exige uma análise profunda e diversificada ao nível de todos os enquadramentos jurídicos possíveis que esses casos eventualmente pressupõem. Para além de que, perfilhamos do bom entendimento da CE, dado que, ainda que exista um procedimento concursal, tal não significa que não haja a concessão de um AE, quando o Estado “cria” um novo mercado em benefício da empresa selecionada para servir esse mercado.
- 32.** Em suma, para que não ocorra a instrumentalização da contratação pública, no âmbito da atribuição de AE legalmente indevidos e que desencadeiam distorções no MI, a análise rigorosa dos casos que temos em mãos é imprescindível. Esta análise deve atender a todos elementos essenciais à

²¹¹ ALEXANDRA AMARO, 2012, p. 38.

constituição de uma forte certeza e segurança jurídicas. Deste modo, entendemos que a posição da autora ALEXANDRA AMARO merece a nossa melhor aceitação porque colocou em evidência casos e perspectivas que de facto oferecem uma resposta bastante mais contundente. TOSICS & GAÁL apesar de não fundamentarem a sua visão moderada recorrendo a exemplos práticos, também apresentam uma perspectiva que assenta numa presunção ilidível e que converge com autora ALEXANDRA AMARO e com a nossa própria visão sobre a questão.

- 33.** Por sua vez e, de uma forma genérica, PHEDON NICOLAIDES segue uma linha de pensamento mais restrita e inflexível com a qual não nos identificamos, pois consideramos que esta problemática pode envolver múltiplas questões e nuances que, devidamente exploradas na sua plenitude, determinam uma realidade que assume outros contornos extremamente duvidosos e, no limite prejudiciais, tanto na esfera da contratação pública como na esfera da concorrência.

BIBLIOGRAFIA

- Agência para o Desenvolvimento e Coesão, I.P, (2019), Fundos da União Europeia: os Auxílios de Estado. Disponível em: <https://www.adcoesao.pt/content/auxilios-de-estado>.

- AA.VV., - MOTA, HELENA; COUTINHO, JULIANA FERRAZ; GUIMARÃES, MARIA RAQUEL; VASCONCELOS, MIGUEL PESTANA DE; DOMINGUES, PAULO DE TARSO; PEDRO, RUTE TEIXEIRA – Comissão Organizadora, CAMPOS, MANUEL FONTAINE *XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, Vol. II, Almedina, novembro 2017.

- ABREU, LÍGIA CARVALHO, *Auxílios de Estado para um desenvolvimento sustentável in III Congresso de Direito Fiscal* com a coordenação de Glória Teixeira, Vida Económica, 2013, p. 313.

- ALMEIDA, JOÃO NOGUEIRA DE, *A restituição das ajudas de Estado concedidas em violação do direito comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

- ALMEIDA, JOÃO NOGUEIRA DE, *Os princípios gerais de avaliação da compatibilidade dos auxílios consagrados no Regulamento Geral de Isenção por Categoria (Regulamento n.º 651/2014)*, Boletim de Ciências Económicas, Vol. LVII Tomo I, Coimbra, 2014 – disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/39803/1/Os%20principios%20gerais.pdf>.

- ALMEIDA, JOÃO NOGUEIRA DE, *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia - Conteúdo, sentido e limites da análise económica na avaliação da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno*, Tese de Doutoramento, Coimbra, 2012.

- AMARO, ALEXANDRA – *Auxílios de Estado e contratos públicos: os limites do concurso in Revista da Concorrência e Regulação*, ano III, n.ºs 11/12, Almedina, 2012, p. 25-51. Disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Paginas/RevistaCR11CR12.aspx.

- AZEVEDO, FILIPA MOREIRA, *Auxílios de estado e auxílios de minimis no panorama concorrencial*, Revista Julgar, 2018. Disponível online:

<http://julgar.pt/auxilios-de-estado-e-auxilios-de-minimis-no-panorama-concorrencial/>.

- BERNABEU, BEGOÑA PÉREZ, *Ayudas de Estado en la Jurisprudencia Comunitaria – Concepto y Tratamiento*, Tirant lo Blanch, 2008.

- BACON, KELYN, *European Union Law of State Aid*, third edition, Oxford University Press, 2017.

- CAMACHO, CRISTINA MADEIRA MILITÃO, *Contratação Pública e Concorrência*, Dissertação orientada pelo Professor Luís Morais, Mestrado em Direito, Ciências Jurídico - Comunitárias, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2008.

- CAMPOS, MANUEL FONTAINE, *O controlo da concessão de ajudas públicas na UE e na OMC – fundamentos, regimes e resolução de desconformidades*, Tese de Doutoramento, Universidade Católica Portuguesa, 2011.

- CANOTILHO, JOSÉ GOMES, *Direito Constitucional* 7.^a edição, Almedina, p.457-458, 2003 (reimpressão de 2012).

- CARVALHO, ANA PRISCILA SANTOS, *A Recuperação de Auxílios de Estado no Direito da União Europeia*, Dissertação de Mestrado em Direito Público, Internacional e Europeu, Universidade Católica Portuguesa, 2015.

- CAVACO, MARIA INÊS HONÓRIO DE MATOS, *Auxílios de Estado – O critério da seletividade material*, Tese de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018.

- *Compreender as políticas da União Europeia: Concorrência*, Manuscrito atualizado em 2014. Disponível online: <https://infoeuropa.euroid.pt/files/database/000061001-000062000/000061818.pdf>.

- ESTEVES, MARIANA MEDEIROS, *Violação das regras Europeias da Concorrência pelos Estados Membros – A questão dos Auxílios de Estado sob a forma fiscal*, Tese de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, 2015.

- FRIEDERISZICK, HANS W.; RÖLLER, LARS-HENDRIK; VEROUDEN, VINCENT– *European State Aid Control: an economic framework*, working paper, 2006.

- FROUFE, PEDRO MADEIRA, *A reforma do Direito Comunitário da Concorrência: o sentido descentralizador e/ou re-centralizador do Regulamento (CE) n.º1/2003*, Tese de Doutoramento, 2009. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/11261/1/TESE.pdf>.

- FROUFE, PEDRO MADEIRA & GOMES, JOSÉ, *Mercado Interno e Concorrência*, in AA. VV., *Direito da União Europeia – Elementos de Direito e Políticas da União*, coordenadores ALESSANDRA SILVEIRA, MARIANA CANOTILHO e PEDRO MADEIRA FROUFE, Coimbra, Almedina, 2016.

- GOMES, JOSÉ LUÍS CAMELO, *Lições de Direito da Concorrência*, Coimbra, Almedina, 2010.

- GRAELLS, ALBERT SÁNCHEZ, *Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?* Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2037768.

- GRAELLS, ALBERT SÁNCHEZ, *Distortions of Competition Generated by the Public (Power) Buyer: A Perceived Gap in EC Competition Law and Proposals to Bridge It*. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1458949.

- INÊS, PEDRO DANIEL S. N., *Os princípios da contratação pública: o princípio da concorrência*, Tese de Mestrado, Universidade de Coimbra, 2017.

- LOUREIRO, PAULA CRISTINA OLIVEIRA LOPES DE FERREIRINHA, *Auxílios de estado no domínio do direito europeu da*

concorrência: o controlo da comissão e a atuação dos tribunais nacionais, Tese de Mestrado, Universidade do Minho, 2016.

- MARCELNO, CARLA, *Auxílios de Estado – introdução ao conceito à luz do artigo 107.º do TFUE e do atual contexto europeu*, Vol.3 n.º2, novembro 2016. Disponível em: <http://www.e-publica.pt/volumes/v3n2a07.html>.

- MARTINS, MANUEL, *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, 1.ª edição, Cascais, Principia, Publicações Universitárias e Científicas, 2002.

- MARTINS, HELENA ISABEL AZEVEDO, *Acordos Prévios sobre Preços de Transferência: Uma forma dissimulada de atribuição de Auxílios de Estado?* Tese de Mestrado, Universidade do Minho, 2018.

- MATIAS, ANA CATARINA COIMBRA, *Os princípios comunitários e a utilização da contratação pública enquanto instrumento de prossecução de políticas públicas – duas realidades opostas?* Tese de mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2013.

- MATOS, NUNO ALBUQUERQUE, *Auxílios de Estado Financiamento dos Serviços de Interesse Económico Geral*, Tese de Mestrado, Universidade de Coimbra, 2015.

- NICOLAIDES, PHEDON, *State Aid, Advantage and Competitive Selection: What is a Normal Market Transaction*, in *European State Aid Quarterly*, n.º1, 2010.

- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE e OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra, Almedina, 2011.

- PIRES, RITA CALÇADA e PIRES, MANUEL (coordenação), ALMEIDA, JOÃO NOGUEIRA DE, *Segurança e Confiança Legítima do Contribuinte*, Coleção Ensaios, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2013.

- PORTO, MANUEL LOPES e ANASTÁCIO, GONÇALO (coordenadores), ALMEIDA, JOÃO NOGUEIRA DE, – *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, Almedina, 2014.

- RODGER, BARRY J. & MACCULLOCH, ANGUS, *Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom*, Cavendish Publishing, 4ª edition, 2009.

- SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS (coordenador), CADETE, EDUARDO MAIA, SOUSA, CÁTIA, BORGES, SOFIA RICARDO, *Jurisprudência sobre auxílios de Estado*. Disponível em: [https://www.cideeff.pt/xms/files/04_PUBLICATIONS/Working_Papers/Grupo III/Jurisprudencia sobre auxilios de Estado.pdf](https://www.cideeff.pt/xms/files/04_PUBLICATIONS/Working_Papers/Grupo_III/Jurisprudencia_sobre_auxilios_de_Estado.pdf).

- SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra, Almedina, 2003.

- SAUTER, WOLF & SCHEPEL, HARM, *State and Market in EU law – the public and private spheres of the internal market before the EU courts*, Cambridge studies in European Law and Policy, 2009.

-SCHINA, DESPINA, *State aids under the EEC treaty: Articles 92 to 94*, Oxford, ESC.

- SOARES, LILIANA MARISA DOS SANTOS, *Os Auxílios de Estado em Sede de IRC: A atracção ao Investimento Estrangeiro*, Tese de Mestrado, Universidade de Lisboa, 2018.

- SOUSA, CÁTIA DE JESUS, *Financiamento de Serviços de Interesse Económico Geral: Mera compensação ou Auxílio de Estado?* Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico Políticas / Menção em Direito Administrativo, Universidade de Coimbra, 2014.

- TOSICS, NORA & GAÁL, Norbert, *Public Procurement and State Aid Control – The Issue of Economic Advantage*, in *EC Competition Policy Newsletter*, n. °3, 2007.

- TRABUCO, CLÁUDIA e EIRÓ, VERA – Organização, *Contratação Pública e Concorrência*, Almedina, setembro, 2013.

- WINTER, JAN A., *Re (de)fining the notion of state aid in article 81(1) of the EC treaty*, Common Market Law Review.

Soft law

- Comunicação da Comissão *Enquadramento dos auxílios estatais à investigação, desenvolvimento e inovação*, 2014/C 198/01.

- Comunicação da Comissão *Orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional para 2014-2020*, 2013/C 209/01.

- Comunicação da CE sobre *A noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, 2016/C 262/01.

- Comunicação da Comissão aos Estados-Membros *sobre a aplicação dos artigos 92.º e 93.º do Tratado CEE e do artigo 5.º da Diretiva 80/723/CEE da Comissão às empresas públicas do setor produtivo*, JOUE, C 307, 1993.

Jurisprudência e Decisões da Comissão

Tribunal de Justiça

- Ac. *Bélgica/ Comissão*, proc. C-75/97, de 17/06/1999.

- Ac. *França/Comissão*, proc. C-241/94 de 26/09/1996.

- Ac. *Bélgica/Comissão*, proc. C-56/93, de 29/02/1996.

- Ac. *Itália/Comissão*, proc. C-173/73, de 2/07/1974.

- Ac. *Iannelli & Volpi SpA/ Ditta Paolo Meroni*, proc. 78/76, de 22/03/1977.

- Ac. *Comissão/Itália*, proc. 118/85, de 16/06/1987.

- Ac. *Bodson*, proc.30/87, de 4/05/1988.
- Ac. *SAT/Eurocontrol*, proc. C-364/92, de 19/01/1994.
- Ac. *Calì & Figli*, proc. C-345/95, de 18/03/1997.
- Ac. *Compass-Datenbank GmbH*, proc. C-138/11, de 12/07/2012.
- Ac. *Selex Sistemi Integrati/ Comissão*, proc. C-113/07, de 26/03/2009.
- Ac. *Steinike & Weinlig/ República Federal da Alemanha*, proc. 78/76, de 22/03/1977.
- Ac. *Comissão/ França*, proc. 290/83, de 30/01/1985.
- Ac. *Kwekerij Gebroeders Van Der Kooy BV e outros da Comissão*, proc. apensos 67,68 e 70/85, de 2/02/1998.
- Ac. *Namur – Les Assurances du Credit SA/Office National du Ducroire e Estado Belga*, proc. C – 44/93, de 9/08/1994.
- Ac. *Van Tiggele*, proc. 82/77, de 24/01/1978.
- Ac. *Sloman Neptun*, proc. apensos C-72/91 e C-73/91, 17/03/1993.
- Ac. *Kirsammer-Hack*, proc. C-189/91, de 30/11/1993.
- Ac. *Viscido e o.*, proc. C-52/97 a C-54/97, de 7/05/1998.
- Ac. *Ecotrade*, proc. C-200/97, de 1/12/1998.
- Ac. *Piaggio*, proc. C-295/97, de 17/06/1999.
- Ac. *Stardust Marine*, proc. C - 482/99, de 16/05/2002.
- Ac. *Preussen Elektra*, proc.C-379/98, de 13/03/2001.
- Ac. *Syndicat français de l'Express international (SFEI) / La Poste e outros*, proc. C-39/94, de 11/06/1996.
- Ac. *Espanha/Comissão*, proc.C-342/96, de 29/04/1999.
- Ac. *Bélgica/Comissão*, proc. C-234/84, de 10/07/1986.

- Ac. *Air France/ Comissão*, proc. 358/94, de 12/12/1996.
- Ac. *Gezamenlijke Steekolenmijnen in Limburg/ Alta Autoridade CECA*, proc. 30/59, de 23/02/1961.
- Ac. *Banco Exterior de Espanha AS c/ Ajuntamento de Valência*, proc. C-387/92, de 15/03/1994.
- Ac. *Philip Morris Holland/ Comissão*, proc. 730/79, de 17/09/1980.
- Ac. *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg e Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, proc. C-280/00, de 24/07/2003.
- Ac. *Wolfgang Heiser/ Finanzamt Innsbruck*, proc. C-172/03, de 3/03/2005.
- Ac. *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM)/ Comissão*, proc. T-55/99, de 29/09/2000.
- Ac. *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA/ Presidenza del Consiglio dei Ministri*, proc. C-140/09, de 10/06/2010.
- Ac. *Comissão/ República Italiana e Wam SpA*, proc. C-494/06 P, 30/04/2009.
- Ac. *Ministero dell' Economia e delle Finanze/ Cassa di Risparmio di Firenze SpA e outros*, proc. C-222/04, de 10/01/2006.
- Ac. *Itália /Comissão*, proc. T-239/04, de 12/09/2007.
- Ac. *Alzetta Mauro/Comissão*, proc. T-298/97, 15/06/2000.
- Ac. *Unicredito Italiano/ Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova I*, proc. C-184/04, de 15/12/2005.
- Ac. *Itália/ Comissão*, proc. 372/97, de 24/04/2004.
- Ac. *República Francesa/Comissão*, proc. 102/87, de 13/07/1988.
- Ac. *Portugal/ Comissão*, proc. C-88/03, de 6/09/2006.

- Ac. *França/ Comissão*, proc. 259/85, de 11/11/1987.
- Ac. *Espanha/Comissão (Hytasa)*, proc. C-278/92 a C-280/92, de 14/09/1994.
- Ac. *Amministrazione delle Finanze dello Statu/ Denkvit Italiana*, proc. 61/79, 27/03/1980.
- Ac. *DMTransport*, proc. 256/97, de 29/06/1999.
- Ac. *Adria-Wien Pipeline GmbH/Finanzlandesdirektion für Kärnten*, proc. C-143/99, de 8/11/2001.
- Ac. *Eventech/The Parking Adjudicator*, proc. C-518/13, de 14/01/2015.
- Ac. *Bélgica/Comissão*, proc. C-142/87, de 21/03/1990.
- Ac. *Itália/Comissão*, proc. C-305/89, de 21/03/1991.
- Ac. *Espanha/Comissão*, proc. C-525/04 P, de 22/11/2007.
- Ac. *Frucona/Comissão*, proc. C-73/11 P, de 24/01/2013.
- Ac. *Itália/Comissão*, proc. C-303/88, de 21/03/1991.
- Ac. *Itália/Comissão*, proc. C-261/89, de 3/10/1991.
- Ac. *Tiercé Ladbroke SA/ Comissão*, proc. C-353/95 P, de 9/12/1977.
- Ac. *Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor Herbert Will e outros/República da Alemanha*, proc. apensos 213 a 215/81, de 13/10/1982.
- Ac. *Klaus Höfner e Fritz Elser/Macrotron GmbH*, proc. C-41/90, de 23/01/1990.
- Ac. *Pavel Pavlov e outros/ Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, proc. C-180/98, de 12/09/2000.
- Ac. *Comissão/República Italiana*, proc. 203/82, de 14/07/1983.
- Ac. *Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie/ GEMO SA*, proc. C-126/01, de 20/11/2003.

- Ac. *República Francesa/ Comissão*, proc. C-241/94, de 26/09/1996.

Tribunal de Primeira Instância (Tribunal Geral)

- Ac. *Cityflyer Express/Comissão*, T-16/96, de 30/04/1998.

- Ac. *Neue Maxhütte Stahlwerke e Lech-Stahlwerke/Comissão*, proc. apensos T-129/95, T-2/96 e T-97/96, de 21/01/1999.

- Ac. *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão*, proc. apensos T-228/99 e T-233/99, de 6/03/2003.

- Ac. *Território Histórico de Álava – Disputación Foral de Álava (Espanha) e outros/Comissão*, proc. apensos T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 e T-270/01, de 9/09/2009.

- Ac. *British Aggregates Association/Comissão*, proc. T-210/02 RENV, de 7/03/2012.

- Ac. *Linde AG/ Comissão*, proc. T-98/00, de 17/10/2002.

- Ac. *Air France/Comissão*, proc. T-358/94, de 12/12/1996.

- Ac. *P&O European Ferries (Vizcaya) SA/Comissão*, proc. apensos T-116/01 e T-118/01, de 5/08/2003.

- Ac. *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) /Comissão*, proc. T-14/96, de 28/01/1999.

- Ac. *Hijos de Andrés Molina, SA (HAMSA) /Comissão*, proc. T-152/99, de 11/07/2002.

Tribunal de Contas

- Ac. do Tribunal de Contas n.º 40/10, proc. 1303/2010, de 3 de novembro, 1ª S/SS.

- Conclusões do Advogado-Geral DARMON nos proc. conjuntos C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun c. Bodo Ziesemer*, colet. 1993 I-887.
- Conclusões do Advogado-Geral JACOBS, proc. C-126/01 – *GEMO*, de 30 de abril 2002.
- Conclusões do Avogado-Geral ANTONIO TIZZANO, proc. que desencadeou o Ac. de 3/03/2005, *Wolfgang Heiser/ Finanzamt Innsbruck*, proc. C-172/03, de 28/10/2004.
- Decisão da CE de 28/11/2007, proc. C-45/05, JO L155/20 de 13/06/2008.
- Decisão da CE de 19/01/2010, proc. N 252/2010.
- Decisão da CE de 25/09/2007, proc. C-43/2005, OJ 2009 L83/1, n.º219.
- Decisão da CE de 2/10/2002, proc. N 264/2002.
- Decisão da CE de 30/05/2007, proc. N 46/2007.
- Decisão da CE de 5/02/1992, 92/204/CEE, IV/31.572 e 32.571, JO L 92 de 7/04/1992, p. I-30.