

# CONCORRÊNCIA

## ESTUDOS

---

*Coordenação:*

António Goucha Soares  
Maria Manuel Leitão Marques

## CAPÍTULO IV

### A Nova Lei da Concorrência e o Regime dos Auxílios de Estado: *algumas interrogações*

ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS

#### 1. Introdução

As questões da atribuição, pelo Estado, de vantagens a empresas ou funções empresariais, sectores e regiões e do controlo dessa atribuição prendem-se com as formas de acção económica dos poderes públicos em economia de mercado.<sup>1</sup> Em regra, estamos, nestes casos, perante uma forma de acção pública indirecta que integra o que antes se designava por política de fomento, assente em técnicas de natureza *behaviorista* (o incentivo, como reforço positivo, em vez da proibição). Tal forma de acção normalmente surge e justifica-se em casos em que o mercado e a concorrência não dão resposta, ou não dão resposta suficiente a uma coordenação óptima da actividade económica (necessidades de redistribuição ou de reforço da coesão territorial, falhas de mercado, etc.).

A sua relevância decorre do facto de, na actual fase do capitalismo, caracterizada pela globalização económica e financeira, pela disseminação de novas tecnologias de informação e comunicação, pela exportação anglo-saxónica da doutrina neoliberal erigida em norma, existir uma profunda erosão dos poderes e da soberania dos Estados, que torna difícil

---

<sup>1</sup> A questão é politicamente muito sensível pois não vivemos apenas em economias de mercado, mas, para utilizar a expressão de Fitoussi, em democracias de mercado.

a manutenção das tradicionais políticas públicas.<sup>2</sup> De facto, as formas de acção económica do Estado típicas do modelo social-keynesiano encontram-se em regressão. As empresas públicas, a intervenção pública directa na gestão das empresas, a regulação discricionária dos serviços públicos, o controlo de preços, o planeamento, etc., são hoje, pelo menos no espaço da OCDE, ao contrário do que ocorria até aos anos oitenta, fenómenos tendencialmente marginais.

A essas formas de intervenção sucederam-se outras, de natureza indirecta. De facto, o recurso a incentivos e benefícios públicos a empresas passou a ser visto como uma técnica mais consentânea com as características de uma economia liberal: o Estado não coage nem impõe, antes propõe e estimula comportamentos empresariais, muitas das vezes como resultado de prévia concertação com entidades representativas dos interesses privados. Assim, estamos perante uma técnica de intervenção pública que, reconhecendo que os mecanismos mercantis não resolvem tudo, é inerente à economia de mercado e, embora com riscos de deriva neocorporativa, às formas não autoritárias de exercício do poder.

No entanto, mesmo essas formas de acção, típicas de um compromisso entre interventionismo e liberalismo, podem criar distorções de concorrência, podem constituir barreiras ao comércio ou podem significar esbanjamento de recursos. Daí que, no plano internacional (por exemplo, no quadro da Organização Mundial do Comércio), no plano comunitário, ou, mais raramente, no plano nacional, elas sejam objecto de maior ou menor regulação. Este artigo refere-se, no essencial, à dimensão interna da regulação dos auxílios de Estado. Mas esta não é comprehensível sem a sua inserção no quadro da regulação comunitária desse fenómeno.

## 2. A dimensão comunitária da regulação dos auxílios de Estado

A regulação dos auxílios de Estado é, por certo, o elemento mais original do regime de defesa da concorrência na União Europeia. Esta regulação visa simultaneamente evitar distorções na concorrência interempresarial, contribuir para a realização do mercado interno e, tendo em conta

<sup>2</sup> Fase actual plena de contradições, como o demonstra a política norte-americana (neoliberal para o exterior, proteccionista para o interior, incentivando o equilíbrio das contas públicas nos outros Estados, mas acentuando o desequilíbrio dessas mesmas contas no plano interno).

as noções de concorrência-meio e de concorrência praticável, colmatar lacunas ou falhas no mercado comunitário (ou nos mercados nacionais) e contribuir para a prossecução de objectivos relevantes da União (ou, quando compatíveis com estes, dos Estados membros). Nos últimos anos, a regulação comunitária dos auxílios de Estado começou também a ser utilizada como instrumento complementar da prossecução dos objectivos de estabilidade orçamental e de combate a formas de concorrência fiscal prejudicial.

O enquadramento jurídico-constitucional do regime comunitário dos auxílios de Estado está fundamentalmente previsto no Tratado de Roma, em termos quase inalterados até aos nossos dias. O regime geral é regulado pelos artigos 87.º a 89.º e os regimes especiais relativos à agricultura, aos transportes e à produção ou comércio de armamento, respectivamente, pelos artigos 36.º, 73.º e 296.º. Esse regime é completado por diversos diplomas de direito derivado, em particular pelo Regulamento n.º 659/1999, do Conselho, de 10 de Março de 1999, que estabelece as regras processuais nesta matéria e pelos Regulamentos da Comissão que, ao abrigo do Regulamento n.º 994/98, de 7 de Maio de 1998, vieram isentar da obrigação de comunicação prévia certas categorias de auxílios, respetivamente os auxílios a favor das PME, incluindo os auxílios destinados a investigação e desenvolvimento (Regulamento n.º 70/2001, de 12 de Janeiro, modificado pelo Regulamento n.º 364/2004, de 25 de Fevereiro), os auxílios à formação (Regulamento n.º 68/2001, de 12 de Janeiro, modificado pelo Regulamento n.º 363/2004), os auxílios ao emprego (Regulamento n.º 2204/2002, de 5 de Dezembro, rectificado em 24 de Dezembro de 2002), os auxílios às PME agrícolas (Regulamento n.º 1/2004, de 23 de Dezembro de 2004) e consagrando expressamente a isenção dos auxílios *de minimis* (Regulamento n.º 69/2001, de 12 de Janeiro de 2001). Ele é ainda coadjuvado por uma ampla produção quase-normativa (*soft law*) da Comissão, sob a forma de comunicações, linhas directrizes, orientações, regras de enquadramento, cartas, etc., que sustenta uma política comunitária de auxílios em quase todos os níveis de acção pública nacional ou comunitária (política industrial, regional, de emprego, de investigação e desenvolvimento, ambiental, cultural, etc.).

As traves-mestras do regime comunitário são:

- o princípio da incompatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado comum, independentemente da sua forma ou dos seus objectivos (art. 87.º);

– a comunicação prévia e em tempo útil, a efectuar pelos Estados membros, dos auxílios novos e da modificação dos existentes (art. 88.º, n.º 3), para que a Comissão possa produzir as suas observações, sendo os auxílios não notificados considerados ilegais;

– a possibilidade de, automaticamente ou por intervenção discricionária da Comissão, serem aprovados certos auxílios ou regimes de auxílios nos casos previstos nos n.os 2 e 3 do art. 87.º (auxílios sectoriais, regionais, horizontais), após análise casuística efectuada pela Comissão, tendo em conta a conformidade do auxílio com o direito comunitário em geral, o cumprimento dos parâmetros estabelecidos nos referidos actos de *soft law*, o respeito de certos princípios ou critérios por ela elegidos (interesse comunitário, transparência, subsidiariedade, proporcionalidade) e um balanço económico, ainda que muito menos exaustivo do que aquele que ocorre em sede de legislação *anti-trust*;

– o exame permanente pela Comissão (em colaboração com os Estados membros) dos auxílios existentes e a possibilidade de a Comissão propor medidas adequadas em relação a estes auxílios, quando o desenvolvimento ou o funcionamento do mercado comum assim o exijam (n.º 1 do art. 88.º);

– e a obrigação (de origem jurisprudencial, mas hoje constante do mencionado Regulamento de processo) de os Estados membros, embora com recurso às regras processuais nacionais, recuperarem os auxílios que concederam ilegalmente junto das empresas que deles tenham beneficiado.

A aplicação deste regime pressupõe obviamente que estejamos perante um auxílio de Estado, conceito que a lei não define e que a doutrina da Comissão e a jurisprudência têm entendido de modo muito amplo e, frequentemente, controverso. Assim, podem ser considerados auxílios de Estado não apenas as subvenções ou subsídios a fundo perdido ou reembolsáveis, mas medidas ou acções tão díspares como a bonificação de juros, as garantias pessoais (avales, fianças), os incentivos e perdões fiscais, as transferências de fundos para empresas públicas, etc. Confundindo, a meu ver, o que são elementos do conceito e condições de aplicabilidade do princípio da incompatibilidade, a Comissão analisa a questão da aplicação do art. 87.º, n.º 1, em função de uma resposta positiva aos quatro seguintes testes:

- existência de uma *vantagem* para o beneficiário (empresa em sentido amplo) que não advenha do funcionamento normal do mercado;
- que essa vantagem tenha cumulativamente *origem* no Estado e em *recursos públicos* (ambos entendidos em sentido amplo);
- que a vantagem tenha sido concedida de forma *selectiva* e não como medida de política geral (selectividade);
- e que a vantagem possa *distorcer a concorrência* ou perturbar o *comércio intracomunitário*.

A incompatibilidade de um auxílio poderá, porém, ser afastada se a Comissão, após efectuar as análises atrás referidas, entender que ele é aceitável nos termos do n.º 3 do art. 87.º. A Comissão, apoiando-se numa orientação algo discutível, tende a equiparar o regime previsto no n.º 2 do art. 86.º do TCE, que estabelece um regime específico para as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, às derrogações previstas no n.º 3 do art. 87.º do TCE.

A título excepcional, também o Conselho, deliberando por unanimidade, pode decidir que um auxílio, instituído ou a instituir por um determinado Estado, seja considerado compatível com o mercado comum (art. 88.º, n.º 2).

### 3. A dimensão nacional da regulação dos auxílios de Estado

#### 3.1. Antecedentes

##### 3.1.1. A Lei da Concorrência de 1993

A Lei da Concorrência de 1993 (Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, entrado em vigor em 1 de Janeiro de 1994), inspirando-se vagamente na experiência comunitária, introduziu, pela primeira vez, um embrião de regime geral de auxílios de Estado.<sup>3</sup>

Assim, o artigo 11.º do citado diploma estatua que “os auxílios a empresas concedidos pelo Estado ou qualquer ente público não poderão

<sup>3</sup> Nem o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, nem a anterior Lei n.º 1/72, de 24 de Março, se preocupavam com os efeitos potencialmente lesivos da concorrência provocados pelos auxílios públicos.

restringir ou afectar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado". A redacção deste artigo evocava a do n.º 1 do art. 87.º do Tratado CE que, como vimos, consagra o princípio comunitário da incompatibilidade dos auxílios de Estado. A exemplo do regime comunitário, também a lei portuguesa não definia auxílio de Estado, remetendo assim a densificação deste conceito em aberto para a *praxis* interpretativa.

No entanto, mesmo descontadas as questões inerentes ao diferente âmbito de aplicação dos regimes comunitário e nacional, a formulação do artigo 11.º dava ensejo a uma certa ambiguidade. Comparando com a redacção do Tratado, duas diferenças ressaltavam relativamente aos elementos que integram o conceito comunitário de auxílios de Estado: a inexistência de referência a "recursos estatais" e a não expressa restrição do regime a "certas empresas e produções", inerente ao elemento da selectividade. Para além disso, introduzia a necessidade de a alteração da concorrência ser *significativa* para que o regime dos auxílios se aplicasse, daí parecendo decorrer a eventual consagração de uma excepção ao regime, abrangendo os chamados auxílios *de minimis*, cuja admissão era então posta em causa pela doutrina e jurisprudência comunitárias.

Mais importantes, porém, eram as diferenças de regulamentação. Assim, ao contrário do regime comunitário, o regime português não previa um verdadeiro controlo dos auxílios de Estado. Com efeito, a lei não previa a necessidade de notificação ou comunicação prévia dos auxílios por parte das entidades outorgantes, limitando-se a atribuir ao ministro responsável pela área do comércio a faculdade de examinar os auxílios que provocavam distorções, após eventual consulta do Conselho da Concorrência, e a possibilidade de propor ao ministro competente as medidas conducentes à manutenção ou ao restabelecimento da concorrência. Mais: a lei não consagrava um princípio de incompatibilidade dos auxílios públicos com o mercado nacional, antes se limitava a formular uma mera declaração de princípio sem prever qualquer eventual sanção para os auxílios que restringissem ou afectassem significativamente a concorrência. A disciplina dos auxílios era assim consagrada de forma muito prudente para não prejudicar a acção das entidades competentes para a sua concessão. E, na prática, na ausência de um verdadeiro regime relativo à concessão de auxílios, cada entidade outorgante seguia os seus próprios procedimentos.

Acresce que o âmbito de aplicação da lei havia sido limitado em questões essenciais. Assim, eram expressamente excluídos do regime dos auxílios de Estado as indemnizações compensatórias e os benefícios concedidos ao abrigo de programas de incentivos e outros regimes específicos

aprovados pelo Governo ou pela Assembleia da República, os quais se encontravam ainda à margem de um rigoroso controlo financeiro, quer no plano das despesas a eles subjacentes, quer no plano da sua eficácia e eficiência. A excepção relativa aos benefícios concedidos ao abrigo de programas de incentivos e outros regimes específicos foi considerada descabida pelo Conselho da Concorrência, pois, ao deixar de fora a maioria dos auxílios, retirava qualquer interesse prático à regulamentação introduzida.

Não espanta que, tanto quanto se saiba, o regime dos auxílios previsto na Lei da Concorrência de 1993 apenas tenha tido existência no papel. De facto, não se conhecem quaisquer casos a que tenha sido aplicado.

### *3.1.2. O projecto de diploma relativo ao regime jurídico dos auxílios públicos proposto em Dezembro de 1998*

Em Dezembro de 1998, entregou o seu relatório final o Grupo de Trabalho constituído pelo despacho do Ministro das Finanças n.º 213/98, de 28 de Maio, para proceder ao estudo do regime legal dos auxílios públicos e apresentar um projecto de diploma legislativo destinado a adequar a verdadeira manta de retalhos que era a legislação vigente relativa à concessão de auxílios públicos às condições jurídico-financeiras em que tal concessão se processava.<sup>4</sup>

Mesmo que o objecto deste relatório fosse o controlo *financeiro* dos auxílios e não o seu controlo em sede de direito da concorrência, a verdade é que a proposta de diploma genérico sobre a criação de auxílios públicos não podia deixar de considerar, ainda que de forma indirecta, esta dimensão. De facto, os auxílios estão sujeitos a vários princípios jurídicos decorrentes da Constituição, como os da legalidade, da prossecução de um interesse público constitucionalmente relevante, da igualdade (incluindo o da não discriminação na repartição dos encargos públicos) e o da defesa da concorrência. Recorde-se, aliás, quanto a este último, que a al. e) do art. 81.º da Constituição integra, entre as incumbências prioritárias do Estado,

<sup>4</sup> Cf. MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Regime Jurídico Relativo aos Auxílios Públicos*, 1998. Este projecto tem como antecedentes o Projecto de Lei n.º 514/III apresentado pelo Partido Comunista Português (DAR, II série, n.º 96, de 31 de Maio de 1985) e a proposta de diploma legal de Eduardo Paz Ferreira, integrada no seu estudo “O controlo das subvenções financeiras e dos benefícios fiscais” (in *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 1, Janeiro-Março de 1989).

a de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre empresas.

O projecto de diploma continha seis capítulos: no primeiro o diploma ocupava-se da definição, do âmbito de aplicação e dos princípios gerais aplicáveis; do segundo ao quarto, tratava, respectivamente, da criação dos regimes de auxílios públicos, da sua autorização e da sua concessão; no capítulo quinto, estabelecia as obrigações dos beneficiários, fiscalização e controlo; no último, eram contempladas as disposições finais e transitórias.

O projecto continha uma expressa definição de auxílio público (“toda e qualquer vantagem financeira ou monetária atribuída, directa ou indirectamente, pelo Estado ou por outras pessoas colectivas de direito público, qualquer que seja a designação ou modalidade adoptada”) e apenas excluía do seu âmbito de aplicação os auxílios fiscais, que eram objecto de regulamentação autónoma no Estatuto dos Benefícios Fiscais, as garantias pessoais do Estado (reguladas igualmente em diploma próprio, a Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro) e a atribuição de prestações sociais decorrentes da aplicação dos regimes da segurança social, dada a sua especificidade e regulamentação própria. Para além disso, sublinhava o carácter excepcional da concessão de auxílios, a qual deveria ser fundamentada em motivo de interesse público constitucionalmente tutelado (nesse sentido o auxílio nunca é uma verdadeira liberalidade) e respeitar os princípios da igualdade, da publicidade e da transparéncia, bem como as regras da concorrência nacionais e comunitárias. A criação de regimes de auxílios dependeria de acto legislativo e da prévia quantificação da respectiva despesa.

O projecto previa também a reposição das quantias recebidas, com pagamento de juros, no caso de utilização irregular dos auxílios ou de os beneficiários não cumprirem as obrigações decorrentes da concessão.

Infelizmente, este projecto nunca viu a luz do dia. A sua aprovação teria certamente contribuído para tornar mais efectivo o combate contra o desperdício orçamental e mais transparente e eficaz a disciplina da concorrência.

### **3.2. A nova Lei da Concorrência e os auxílios de Estado**

#### **3.2.1. O regime da nova lei: objectivos**

A Lei que aprova o novo regime jurídico da concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho de 2003), reconhecendo a falênciа do sistema ante-

rior, pretende, na secção IV do diploma, constituída por um único artigo – o 13.º – sobre a epígrafe “Auxílios de Estado”, introduzir algumas alterações às regras vigentes sobre a matéria.

Este artigo, que manteve, sem quaisquer alterações, a redacção da proposta de lei (62/Prop/2002, de 20 de Dezembro de 2002), estabelece o seguinte:

“1. Os auxílios a empresas concedidos por um Estado ou qualquer ente público não devem restringir ou afectar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado.

2. A pedido de qualquer interessado, a Autoridade pode analisar qualquer auxílio ou projecto de auxílio e formular ao Governo as recomendações que entenda necessárias para eliminar os efeitos negativos desse auxílio sobre a concorrência.

3. Para efeitos do disposto no presente artigo, não se consideram auxílios as indemnizações compensatórias, qualquer que seja a forma que revistam, concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público.”

Este dispositivo é completado pela al. i) do n.º 1 do art. 6.º, pelo n.º 1 e al. b) do n.º 4 do art. 7.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência (criada pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de Janeiro) e pela al. e) do art. 17.º do mesmo diploma, as quais atribuem ao Conselho, órgão executivo da referida Autoridade, competência para se pronunciar, nos termos previstos na lei, relativamente a auxílios públicos susceptíveis de afectar a concorrência.

Segundo a exposição de motivos da nova lei, duas foram as razões que presidiram às alterações agora introduzidas em relação ao regime anterior: por um lado, proceder-se à “eliminação de algumas incorrecções relativas à noção de auxílio”; por outro, substituir um regime em que o controlo dos auxílios era, no fundo, confiado à própria entidade que os conferia, por “um sistema de verificação pela Autoridade, que poderá formular as recomendações que entenda convenientes para eliminar os efeitos negativos desse auxílio sobre a concorrência”.

Note-se, porém, que a regulação de medidas que constituem regime dos auxílios públicos não se cinge ao estatuído na antiga ou na nova legislação da concorrência. Certos tipos de auxílios continuam sujeitos a regulamentações específicas, justificadas por razões de preservação da concorrência ou de disciplina financeira, como ocorre com o caso das garantias do Estado e dos auxílios tributários ou sob forma tributária.

### *3.2.2. Observações Preliminares*

#### *3.2.2.1. O carácter secundário do regime*

O regime dos auxílios de Estado tem sido, e continua a ser, o parente pobre da legislação nacional da concorrência. O carácter secundário deste regime explica-se, pelo menos em parte, pelo facto de não existirem regimes deste tipo nem na ordem interna dos Estados membros, nem na experiência de Estados federais como o norte-americano. O regime comunitário é, como se disse, muito original. E assim é, porque ele não visa apenas defender a concorrência, mas também construir o mercado único (evitar que os auxílios substituam as fronteiras) e servir, de algum modo, a política económica e social da Comunidade (política regional, industrial, ambiental, cultural, etc.), ainda que exercida por interposta pessoa (os Estados membros).

A Lei da Concorrência de 2003 visa sobretudo a concorrência entre empresas, isto é, pretende reger as práticas empresariais restritivas ou lesivas da concorrência, tais como os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas, as práticas concertadas, os abusos de posição dominante e abusos de dependência económica e as operações de concentração empresarial.

É, aliás, isso mesmo que se deduz do art. 1.º do diploma, que tem por epígrafe “âmbito de aplicação”. Por um lado, o n.º 1 deste artigo refere que “a presente lei é aplicável a todas as actividades económicas exercidas (...) nos sectores privado, público e cooperativo”. Ora, a acção de fomento económico levada a cabo pelo Estado não é em si mesma uma actividade económica exercida por agentes inseridos nos diversos sectores de propriedade dos meios de produção, mas uma acção exercida por uma autoridade que visa impulsionar ou favorecer, por razões de ínole jurídico-política (ex: para promover certas discriminações positivas consagradas na Constituição) ou económicas (ex: para colmatar a existência de falhas de mercado), certas actividades económicas ou empresas através da concessão de benefícios. Por outro lado, o n.º 2 do artigo 1.º da nova lei não faz qualquer referência específica aos auxílios públicos.

Se cingíssemos o âmbito de aplicação da lei ao disposto neste artigo, chegaríamos à conclusão (errada) que os auxílios de Estado não eram verdadeiramente objecto de regulamentação no novo regime da concorrência, sendo certo que, entre nós, um regime de efectivo controlo dos auxílios de Estado é plenamente justificado.

### 3.2.2.2. Questões de terminologia

O novo regime oscila na terminologia. A Lei da Concorrência de 2003 fala de “auxílios de Estado”. Os Estatutos da Autoridade em “auxílios públicos”. No contexto de uma lei nacional, esta última terminologia parece mais adequada. Com efeito, os auxílios poderão ser concedidos por entidades públicas que, do ponto de vista orgânico, não integram o Estado.

A exemplo do regime anterior (e do regime comunitário), a nova lei não define o que se entende por “auxílio público”, tornando-se deste modo algo obscura a referência da exposição de motivos da nova lei à “eliminação de incorrecções” relativas à noção de auxílio. Tal como a lei anterior, a nova lei limita-se a enunciar descritivamente algumas características que delimitam a aplicação do regime e a pressupor uma noção de auxílio público que, no essencial, não se afasta da noção decorrente do direito anterior.

### 3.2.3. Âmbito de aplicação

O âmbito de aplicação do novo regime é delimitado, por um lado, pela legislação comunitária e, por outro lado, pela legislação interna.

Relativamente à legislação comunitária, recorde-se que o n.º 1 do artigo 87.º do Tratado CE (ex-artigo 92.º) dispõe que “salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afectem 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”. Não existe unanimidade na doutrina e na prática das instituições comunitárias relativamente à interpretação deste artigo.

Quanto a nós, a melhor doutrina é, como atrás se sugeriu, a que estabelece a distinção entre elementos do conceito de auxílio de Estado (existência de uma vantagem anormal para os beneficiários, origem pública da vantagem e dos recursos consumidos na sua atribuição, selectividade relativamente aos beneficiários) e as condições de aplicação do princípio da incompatibilidade (afectação do intercâmbio intracomunitário, falseamento da concorrência), comuns ao regime das práticas restritivas ou lesivas da concorrência previstas nos artigos 85.º e 86.º do Tratado. Uma destas últimas condições – a da afectação das trocas comerciais entre os Estados-Membros – delimita, aliás, o campo de apli-

cação territorial do regime comunitário em relação a eventuais regimes internos dos Estados membros.

Assim sendo, o regime português apenas será susceptível de aplicação *autónoma* aos auxílios que apenas tenham efeitos internos. O mercado relevante para esse efeito – o mercado referido na lei da concorrência – é, do ponto de vista geográfico, o mercado português. Relativamente a auxílios que afectem as trocas comunitárias o regime português poderá, quando muito, ter aplicação meramente auxiliar em relação ao comunitário, assumindo uma função de natureza preventiva.

Quanto aos limites provindos do regime interno, este não se aplica a todos os auxílios. Inspirando-se na técnica da lei anterior, a própria lei exclui (em termos não desprovidos de ambiguidade) as indemnizações compensatórias que sejam contrapartida de serviços públicos. Já os benefícios concedidos ao abrigo de programas de incentivos, ou regimes específicos aprovados pelo Governo ou pelo Parlamento, passam a cair no campo de aplicação do novo regime.

Acresce que, como se disse e melhor veremos adiante, leis especiais regulam a questão das garantias de Estado e dos benefícios fiscais suscetíveis de serem considerados como auxílios.

### **3.3. Noção de auxílio de Estado**

Dissemos que a lei nacional, a exemplo da comunitária, não define auxílio de Estado, limitando-se a enunciar certas características que poderão identificar um auxílio de Estado. Em relação ao texto anterior, a redacção do novo texto tem apenas duas diferenças: onde dizia “pelo Estado” passou a dizer “por um” Estado; onde dizia “não poderão” passou a dizer “não devem”. A primeira alteração não parece ser muito feliz; a segunda, embora aperfeiçoe a redacção do texto, não traz alteração de sentido.

Assim sendo, a nova lei mantém, no essencial, os elementos da noção de auxílio de Estado que provinham da lei anterior: a origem pública da medida (a concessão “por um Estado ou ente público”) e o facto de haver qualquer tipo de apoio ou ajuda (um “auxílio”) a empresas, ou seja, o desfrute por parte destas empresas de vantagem concedida por uma entidade pública que não obteriam através do normal funcionamento do mercado.

A existência de um auxílio pressupõe, com efeito, uma ajuda por parte do outorgante e uma vantagem por parte do beneficiário (directa ou indirectamente, uma empresa ou um grupo de empresas). Esta vantagem,

tendo em conta a doutrina comunitária, traduz-se numa redução de custos, ou num aumento de proveitos que não advém das regras normais de mercado. Por outro lado, a ideia de vantagem não se reduz a uma doação, podendo perfeitamente ser compatível com a existência de contrapartidas a cargo dos beneficiários. A questão é que não haja uma equivalência entre a vantagem e a contrapartida: a avaliação que daquela se faça deve suplantar a avaliação da contrapartida. Deste modo, a não consideração como auxílio de Estado das indemnizações compensatórias concedidas como contraprestação de um serviço público só fará sentido se a contrapartida for equivalente ao preço que esse serviço teria em regime normal de mercado.

Quanto à origem pública da medida, a lei portuguesa tem uma formulação diferente da anterior, mas não necessariamente melhor. Com efeito, mesmo como hipótese meramente académica, vê-se dificilmente como outro Estado que não o português possa, em território nacional, outorgar uma vantagem a empresas aqui sedeadas. Mas, aceitando tal hipótese, concluir-se-ia que se estivéssemos perante um Estado da União Europeia, a lei aplicável seria a comunitária. Se se tratasse da Noruega, do Liechtenstein ou da Islândia, a lei aplicável seria o Tratado que instituiu o Espaço Económico Europeu. Se se tratasse de um Estado que integre a Organização Mundial do Comércio, haveria que ter em conta o direito internacional, no caso o disposto no Acordo sobre Subvenções e Medidas Compensatórias. Na prática, os únicos auxílios a que a lei nacional se poderá aplicar são os concedidos pelo Estado português, entendido este de forma ampla, englobando o poder legislativo e executivo, a administração central, regional ou local, e outros entes públicos.

A expressão “qualquer ente público”, herdada da lei anterior, não é igualmente muito feliz, aparecendo como muito restritiva. De facto, se tivermos em conta o direito comunitário, os auxílios de Estado poderão ser atribuídos por entidades privadas, relativamente às quais os poderes públicos detenham o controlo ou forte influência.

Acresce que a lei, a exemplo da anterior, omite a referência, constante no direito comunitário, à origem financeira dos auxílios. Deste modo, ao não se exigir que os auxílios provenham de recursos estatais, alarga-se demasiado o conceito que passaria a abranger também os chamados subsídios regulamentares ou normativos.

Mas a questão mais importante que a redacção da lei suscita (questão que já vem, também ela, da redacção da lei anterior) é a que se prende com a ausência do elemento da selectividade como parte integrante da noção de auxílio de Estado. Enquanto a lei comunitária fala de auxílios atribuídos

“a certas empresas ou produções”, fórmula que possibilitou que a doutrina afastasse do conceito as chamadas medidas de política económica geral, o mesmo não se passa com a formulação portuguesa que está redigida de forma tão ampla que, se não for interpretada restritivamente, poderia ser aplicada a todas as medidas de acção económica do Estado.

### **3.4. *Procedimento de controlo***

Aqui reside uma das maiores alterações introduzidas pela nova lei. Institui um controlo dos auxílios sujeitos à aplicação do regime actual à nova Autoridade da Concorrência. Esse passo é positivo, uma vez que, ao contrário do que ocorria com o antigo Conselho da Concorrência, a nova entidade é configurada como uma autoridade administrativa independente. Deste modo, procura-se garantir, numa fase inicial do procedimento aprovado, a intervenção de uma entidade que possa levar a cabo uma efectiva hetero-regulação.

No entanto, o novo regime é fraco quanto aos mecanismos que garantam um controlo eficaz dos auxílios. Por um lado, continua a não existir na lei geral qualquer obrigatoriedade de notificar a Autoridade relativamente aos auxílios que o Estado ou outros entes públicos outorguem. O acto que desencadeia a intervenção da Autoridade é, segundo a lei, o pedido de qualquer interessado. A noção de interessado não é precisada, mas a lei ao referir a expressão “qualquer” parece ter querido dar-lhe um sentido bastante amplo (englobando, nomeadamente, os concorrentes, os fornecedores, os trabalhadores e seus representantes, as associações de defesa de consumidores). No entanto, vê-se mal como, na prática, os interessados não se cinjam a entidades de natureza privada.

Por outro lado, a nova Autoridade não dispõe de verdadeiros poderes vinculativos em sede de controlo de auxílios de Estado. Limita-se a poder analisar “qualquer auxílio ou projecto de auxílio” (ao contrário do direito comunitário, não se exige que o conhecimento da Autoridade se verifique antes do auxílio se ter tornado efectivo) e a formular “recomendações que entenda necessárias para eliminar os efeitos negativos desse auxílio sobre a concorrência”. Ora estas recomendações não são, por definição, actos vinculativos. Ao Governo competirá assim a decisão final quanto à erradicação ou alteração, directa ou indirecta, dos auxílios ou regime de auxílios. Ele é a autoridade em última instância, ou seja, a ele compete decidir sobre a eliminação, ou não, dos efeitos negativos da acção pública.

Por fim, a lei é omissa quanto aos efeitos de uma eventual decisão negativa (parcial ou total) que venha a ser tomada relativamente a um auxílio entretanto já atribuído. Note-se que, ao contrário do direito comunitário, como não há obrigação de prévia notificação, não se pode falar neste caso de ilegalidade do auxílio. O pedido de apreciação dos interessados também não funciona como causa de suspensão. Assim sendo, mesmo que o auxílio venha a ser erradicado, por ser lesivo da concorrência e incompatível com o mercado nacional, dificilmente se poderá sustentar que haja fundamento jurídico bastante na nova lei da concorrência para a sua recuperação junto dos beneficiários, com eventual acréscimo de juros, como ocorre no direito comunitário. Esta solução será porventura conforme à segurança jurídica e à protecção da confiança dos beneficiários. Mas ela pode produzir entorses a uma sã concorrência, uma vez que a situação anterior à concessão do benefício não será susceptível de reposição.<sup>5</sup>

#### 4. Auxílios públicos e legislação complementar específica

##### 4.1. *Uma questão específica: a publicidade de certos auxílios*

A obrigatoriedade de publicação dos benefícios concedidos pela Administração Pública (ministérios, instituições de segurança social, fundos e serviços autónomos, institutos públicos, executivos municipais) a particulares, sob a forma de transferências correntes e de capital, efectuadas a título de subsídio, subvenção, bonificação, ajuda, donativo ou incentivo foi instituída pela Lei n.º 26/94, de 19 de Agosto.

A mesma publicidade deve ser dada às dilações, por acto administrativo, de dívidas de impostos e de contribuições à segurança social quando

<sup>5</sup> Note-se que, apesar da insuficiência do regime geral, a Autoridade da Concorrência, segundo palavras do seu presidente, abriu já, relativamente aos mercados regulados e auxílios de Estado, vários inquéritos nos sectores financeiro, das telecomunicações e dos transportes aéreos, e iniciou vários processos contra-ordenacionais em importantes áreas. Ela tem ainda sido chamada a pronunciar-se sobre regimes jurídicos de auxílios, tendo elaborado vários pareceres e emitido respostas a queixas e exposições relativas a possíveis infracções das regras da concorrência (Abel Mateus, “A Autoridade da Concorrência e os Advogados da Concorrência”, seminário *Direito da Concorrência* organizado pela CIP e PLMJ, Lisboa, Novembro de 2004).

superiores a 90 dias, bem como a concessão por contrato ou acto administrativo de competência governamental de isenções e outros benefícios fiscais não automáticos cujo acto de reconhecimento implique margem de livre apreciação. A lei exige para a publicação que os montantes dos auxílios atribuídos excedam o valor equivalente a três anualizações do salário mínimo nacional, salvo nos casos das dilações de dívidas tributárias, onde esse valor é elevado para o dobro.

A publicitação destas medidas efectua-se, em regra, através de publicação semestral no Diário da República, com indicação da entidade decisória, do beneficiário, do montante transferido ou do benefício auferido e da data da decisão. No caso de auxílios municipais, em jornal local e em boletim municipal ou, na sua falta, em editais.

Dúvida-se, no entanto, que esta lei esteja a ser cumprida por todos os destinatários.

#### *4.2. O regime da transparência das relações financeiras entre as entidades públicas e certas empresas*

A Directiva n.º 80/723, de 25 de Junho de 1980 (alterada em 1985 e em 2000) estabeleceu um regime de transparência das relações financeiras entre os Estados membros e as empresas públicas (conceito que o direito comunitário recebe de forma muito ampla) que visa determinar se as transferências de fundos públicos de que estas empresas beneficiam devem ser ou não considerados como auxílios de Estado. Este regime implica que os Estados membros disponham de informações pormenorizadas sobre a estrutura interna dessas empresas, nomeadamente no plano financeiro e organizacional, e as disponibilizem à Comissão.

O Decreto-Lei n.º 148/2003, de 11 de Julho, que procurou transpor para a legislação portuguesa a Directiva n.º 2000/52/CE, da Comissão, de 26 de Julho (a qual havia alargado o regime da transparência às empresas que prestam serviços de interesse económico geral), estabelece que as empresas públicas, independentemente da sua forma, que não sejam excluídas do regime da transparência financeira ao abrigo de uma regra *de minimis*, são, pelo menos, obrigadas a prestar informações sobre a compensação de perdas de exploração, as entradas de capital, dotações ou liberalidades e respectivas condições, os subsídios não reembolsáveis ou empréstimos em condições privilegiadas, a concessão de vantagens financeiras sob a forma de não percepção de benefícios ou de não cobrança de

créditos, a renúncia a uma remuneração normal dos recursos públicos utilizados e a compensação de encargos impostos por qualquer entidade pública. Para o efeito, o diploma prevê a apresentação por estas empresas de contas de exploração separadas.

A Comissão, após análise da lei portuguesa, concluiu que a transposição efectuada não era conforme à Directiva de 2000, tendo solicitado formalmente a Portugal a sua transposição integral. O recente Decreto-Lei n.º 120/2005, de 26 de Julho, veio dar satisfação a essa posição, acolhendo de forma expressa os objectivos da directiva, clarificando certas situações de exclusão, completando o elenco da informação a transmitir com a menção das convocatórias das assembleias de sócios e outras informações pertinentes, e alargando o âmbito de exigência de contas de exploração separadas.

#### *4.3. O regime das garantias pessoais do Estado*

Em 1997, na sequência do projecto de diploma legislativo apresentado pelo Grupo de Trabalho constituído pelo despacho do Ministro das Finanças n.º 447/96-XIII, de 8 de Outubro, foi publicada a Lei n.º 112/97, de 16 de Setembro, a qual estabelece o regime jurídico da concessão de garantias pessoais pelo Estado ou por outras pessoas colectivas de direito público.<sup>6</sup>

As garantias pessoais destinam-se a assegurar a realização de operações de crédito ou de outras operações financeiras, nacionais ou internacionais, de que sejam beneficiárias entidades públicas, empresas nacionais ou outras empresas que legalmente gozem de igualdade de tratamento (art. 6.º) e podem ter a forma de fiança ou aval (art. 7.º), apenas podendo ser prestadas relativamente a empreendimentos ou projectos de manifesto interesse nacional.

A sua concessão reveste-se de carácter excepcional e fundamenta-se em motivo de manifesto interesse para a economia nacional (a proposta de lei referia-se, de forma mais correcta, a interesse público constitucionalmente protegido) e faz-se com respeito pelo princípio da igualdade e pelas regras da concorrência nacionais e comunitárias (n.º 2 do art. 1.º).

<sup>6</sup> A Lei 112/97 revoga expressamente o Decreto-Lei n.º 45337, de 4 de Novembro de 1963 e a Lei n.º 1/73, de 2 de Janeiro, bem como os diplomas que contrariem as suas disposições.

A Exposição de Motivos da proposta de lei (segundo a filosofia do relatório final do referido Grupo de Trabalho) refere, a propósito, que se trata de compatibilizar os princípios da igualdade e da defesa da concorrência com a existência de um interesse público relevante que justifique o tratamento discriminatório dos beneficiários do auxílio face a outros cidadãos (contribuintes).

A assunção de garantias pessoais pelo Estado em violação do disposto na Lei n.º 112/97 é ferida de nulidade, incorrendo os membros do Governo responsáveis por tal acto em crime de responsabilidade, punível nos termos do artigo 14.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho.

A Lei n.º 112/97 define ainda os critérios de autorização (cap. III), o processo de concessão e de execução (cap. IV) e as garantias de que o Estado usufrui pela atribuição desta forma de auxílio (cap. V).

#### *4.4. O controlo dos auxílios tributários*

O controlo específico dos auxílios de natureza fiscal e parafiscal (auxílios tributários) é feito, essencialmente, por razões de disciplina orçamental: visa controlar a despesa fiscal, importante elemento da despesa pública. No entanto, as preocupações de defesa da concorrência não estão arredadas deste controlo.

Vários dispositivos legais concorrem para estes objectivos. Muitos auxílios tributários assumem a forma de benefícios fiscais. E a expressão financeira destes benefícios é dada pelo conceito de despesa fiscal.

Quanto ao controlo das despesas fiscais, veja-se, antes de tudo, a Constituição da República Portuguesa, onde se prevê a obrigatoriedade de a proposta de Orçamento de Estado ser acompanhada de relatórios sobre os benefícios fiscais e da estimativa da receita cessante” (al. g) do art. 106.º da CRP). Estes documentos respondem a exigências de transparência e são importantes auxiliares do controlo político. A Lei do Enquadramento Orçamental (cf. Artigos 6.º, n.º 2, 8.º, n.º 4, 12.º, n.º 1 e 34.º, n.º 1, al. r), da Lei n.º 91/2001, de 20 de Agosto) vem reforçar esta exigência, em termos mais concretos do que os contidos no Estatuto dos Benefícios Fiscais (cf. o art. 2.º, n.º 3 e o art. 3.º, n.ºs 1 e 2 do EBF). Em qualquer dos casos, estamos perante a necessidade de dar satisfação ao princípio da transparência e criar instrumentos que permitam, a nível macro, poder realizar uma avaliação do destino de dinheiros públicos (controlo político e de mérito).

Noutro plano, a Lei Geral Tributária (LGT), na esteira da CRP, estabelece a sujeição ao princípio da legalidade da matéria dos benefícios fiscais e a obrigatoriedade da sua criação depender da clara definição dos seus objectivos, e da prévia quantificação da despesa fiscal. Para além disso, a LGT determina que, sem prejuízo dos direitos adquiridos ou de prazo distinto previsto em lei, as normas que prevêem benefícios fiscais (que, por natureza, não tenham carácter estrutural) vigoram durante um período de cinco anos (art. 12.º, n.º 1). E, ainda, que “os titulares de benefícios fiscais de qualquer natureza são sempre obrigados a revelar ou a autorizar a revelação à Administração Tributária dos pressupostos da sua concessão, ou a cumprir outras obrigações previstas na lei, sob pena de os referidos benefícios ficarem sem efeito” (art. 12.º, n.º 4).

Quanto à relação entre o regime de benefícios e a concorrência, o n.º 5 do EBF estipula que “a formulação genérica dos benefícios fiscais deve obedecer ao princípio da igualdade, de modo a não falsear ou ameaçar falsear a concorrência”.

A violação dos princípios da legalidade e da igualdade é susceptível de controlo judicial. O volume da despesa fiscal e a sua adequação aos objectivos é essencialmente objecto de controlo político. Em qualquer caso, a redacção do n.º 3 do art. 11.º da nova Lei da Concorrência permite a aplicação do regime preventivo nela contido aos benefícios fiscais a empresas que revistam forma de auxílio tributário.

## 5. Conclusão

Do exposto decorre que não existe na ordem jurídica interna um regime único relativo a auxílios de Estado, que dê resposta simultaneamente a exigências de disciplina financeira e de defesa da concorrência, que se preocupe com o controlo da legalidade e do mérito dos auxílios.

O regime instituído pela Lei n.º 18/2003, na realidade em pouco se distingue do regime anterior, sendo mesmo, no plano técnico, em certos aspectos mais deficiente. Para lá das diversas insuficiências que apresenta, não pretende, como vimos, regular a criação dos regimes particulares, a autorização e concessão, a fiscalização e controlo sistemáticos dos auxílios, as obrigações genéricas dos beneficiários. Existe, assim, uma clara omissão a este respeito. Essa omissão de regulamentação genérica em relação à grande maioria dos auxílios torna ainda mais patente o desequilíbrio existente, uma vez que dois tipos de auxílios – os relativos às garan-

tias pessoais do Estado e aos benefícios e incentivos fiscais e parafiscais – dispõem de regulamentação específica, embora a relativa aos benefícios e incentivos fiscais se mostre bastante desajustada. A concessão da generalidade das medidas susceptíveis de constituir auxílios de Estado está actualmente sujeita a várias centenas de diplomas heterogéneos, a uma dispersão e diversidade legislativa e a uma ausência de transparência tais que o seu controlo e fiscalização, quer no plano financeiro, quer no plano da concorrência, é tarefa votada ao insucesso.

A via para uma clarificação desta selva havia sido delineada pelo Grupo de Trabalho constituído pelo XIII Governo Constitucional, mas até à data sem qualquer seguimento. Quando a disciplina da concorrência e a disciplina orçamental são, entre nós, graves problemas, talvez fosse boa ideia retomar o caminho anteriormente traçado. Em meu entender, seria extremamente útil a instituição de um regime geral unificado que regulasse as diversas dimensões da problemática dos auxílios de Estado.

## BIBLIOGRAFIA

A literatura sobre auxílios de Estado, nacional ou estrangeira, não se tem debruçado, de forma sistemática, sobre os regimes internos dos Estados membros da União Europeia (quando existam), mas sobre o regime comunitário. Da bibliografia mais recente, merecem referência os livros de natureza geral e as monografias ou artigos seguintes:

- ALMEIDA, J. J. Nogueira, *A Restituição das Ajudas de Estado Concedidas em Violação do Direito Comunitário*, Coimbra: Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1997
- CHÉROT, J-Y., *Les Aides d'État dans les Communautés Européennes*, Paris: Economica, 1998
- COMISSÃO EUROPEIA, *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias* (vol II A, *Regras aplicáveis aos auxílios estatais*, e vol. II B, *Explicação das regras aplicáveis aos auxílios estatais*), Luxemburgo: SPOCE, respectivamente, 1999 e 1996
- COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, *Les Aides d'État en droit communautaire et en droit national* (Actes du séminaire organisé à Liège en mai 1998), Bruxelles: Bruylant, 1999
- COMMUNIER, J-M., *Le droit communautaire des aides d'État*, Paris: LGDJ, 2000
- DONY, M./SMITS, C. (ed.), *Aides d'État*, Bruxelles: IEE, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005
- D'SA, Rose, *European Community Law on State Aid*, London: Sweet & Maxwell, 1998

- EVANS, Andrew, *European Community Law of State Aid*, Oxford: Clarendon Press, 1997
- FERREIRA, Eduardo Paz, “O Controlo das Subvenções Financeiras e dos Benefícios Fiscais”, *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 1, Janeiro-Março de 1989
- HANCHER/OTTERVANGER/SLOT, *EC State Aids*, London: Sweet & Maxwell, 1999
- KEPPENNE, J.-P., *Guide des aides d’État en droit communautaire (réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission)*, Bruxelles: Bruylant, 1999
- MARTINS, M., *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, Lisboa: Principia, 2002
- MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Regime Jurídico das Garantias Pessoais do Estado*, Relatório do Grupo de trabalho coordenado por Albuquerque Calheiros, Lisboa: Maio de 1997
- MINISTÉRIO DAS FINANÇAS, *Regime Jurídico Relativo aos Auxílios Públicos*, Relatório do Grupo de Trabalho coordenado por Albuquerque Calheiros, Lisboa: Dezembro de 1998
- PINOTTI, Cinthia, *Gli Aiuti di Stato alle Imprese nel Diritto Comunitario della Concorrenza*, Padova: Cedam, 2000
- QUIGLEY, C./COLLINS, A., *EC State Aid Law and Policy*, Oxford: Hart Publishing, 2003
- ROBERTI, G. M., *Gli Aiuti di Stato nel Diritto Comunitario*, Padova: CEDAM, 1997
- RYDELSKY, M., *Handbuch EU Beihilferecht*, Baden-Baden: Nomos Verlagsge-sellschaft, 2003
- SANTACRUZ, J. A., *Las Ayudas Pùblicas ante el Derecho Europeo de la Competencia*, Elcano: Arandazi Editorial, 2000
- SANTOS, A. Carlos, *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra: Almedina, 2003
- SANTOS, A. Carlos, *La régulation communautaire de la concurrence fiscale: une approche institutionnelle*, Louvain-la-Neuve: UCL, 2005