

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ESCOLA DE DIREITO DO PORTO

MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO, INTERNACIONAL E EUROPEU



*A Recuperação de Auxílios de Estado no Direito
da União Europeia*

Ana Priscila Santos Carvalho

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO | PORTO, JUNHO 2015

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

ESCOLA DE DIREITO DO PORTO

MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO, INTERNACIONAL E EUROPEU

*A Recuperação de Auxílios de Estado no Direito da
União Europeia*

Ana Priscila Santos Carvalho

Trabalho realizado sob a orientação científica do

Professor Doutor Manuel Fontaine Campos

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO | PORTO, JUNHO 2015

*Aos meus pais por sempre me permitirem
ver o mundo colorido.*

*À minha irmã, o meu grande orgulho e
inspiração.*

*Às minhas meninas, por toda uma vida de
sorrisos.*

*Ao meu orientador, por toda a paciência e
apoio.*

Abreviaturas

A.G. – Advogado Geral.

Ac. – Acórdão.

Al. – Alínea.

Art./arts. – Artigo(s).

Cap. – Capítulo.

CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.

Cf. – Confira.

CIRE – Código de Insolvência e Recuperação de Empresas.

DUE – Direito da União Europeia.

JO – Jornal Oficial da União Europeia.

N.º – Número.

OMC – Organização Mundial do Comércio.

PME – Pequenas e Médias Empresas.

Reg. – Regulamento.

TFUE/Tratado – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

TG – Tribunal Geral.

TJ – Tribunal de Justiça.

TJUE – Tribunais de Justiça da União Europeia.

TPI – Tribunal de Primeira Instância.

TUE – Tratado da União Europeia.

UE/União – União Europeia.

Índice

Abreviaturas.....	5
Introdução.....	8
I – Regime dos Auxílios de Estado	10
1. O ARTIGO 107º	10
A. Origem Pública dos Auxílios	12
B. Vantagem	12
C. Seletividade	13
D. Afetação das Trocas Comerciais e Falseamento da Concorrência	14
2. O ARTIGO 108º E O REGULAMENTO N.º 659/1999	15
A. Procedimentos Sucessivos – Auxílios Existentes	17
B. Procedimentos Sucessivos – Auxílios Ilegais e Auxílios Utilizados de Forma Abusiva	18
II – A Recuperação	21
1. EFEITO DIRETO DAS NORMAS DO TRATADO.....	21
2. A DECISÃO DE RESTITUIÇÃO	23
A. Enquadramento: Antecedentes.....	23
B. Fundamento e Conteúdo	25
C. O Beneficiário	26
D. Destinatário: Os Estados-Membro	28
E. Incumprimento da Decisão.....	29
F. Prescrição.....	30
III – Meios de Defesa?.....	32
1. OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO COMUNITÁRIO	32

2. DO LADO DO BENEFICIÁRIO: EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS	33
A. Ato ou Conduta de um Órgão da UE	36
B. Operador Económico Diligente.....	37
C. Interesse Público	38
3. DO LADO DO ESTADO-MEMBRO: IMPOSSIBILIDADE ABSOLUTA.....	40
A. Dificuldades Económicas do Beneficiário.....	42
B. Impossibilidade Jurídica Absoluta	45
Conclusões.....	47
Referências Bibliográficas.....	50

Introdução

A inclusão do controlo dos Auxílios de Estado¹ no DUE é um traço único e caracterizador da Comunidade. Em mais nenhuma jurisdição, e mesmo quanto ao direito da OMC, podemos encontrar um regime tão abrangente quanto à incompatibilidade de auxílios concedidos pelos Estados às suas empresas.

Se, num mercado perfeito, nunca se levantaria esta questão de controlo, num mercado real, em que as condições de concorrência são facilmente perturbadas, este “*direito dos auxílios de Estado*”² é essencial para preservar um dos grandes objetivos da integração europeia: o mercado comum, que seria sempre prejudicado se aos Estados fosse permitido intervir indiscriminadamente.

De forma a proteger a concorrência e o mercado não basta, como é geral a qualquer ramo do Direito, a previsão. Adquire aqui extrema importância a existência de consequências efetivas na presença de violações do DUE, bem como a aplicação cuidadosa das exceções permitidas, que levem ao reforço do efeito útil do regime³.

Uma destas consequências é a obrigação do Estado-Membro recuperar auxílios que tenha ilegalmente prestado, a qual apenas não deve ser exigida pela Comissão Europeia⁴ quando contrária a um princípio geral de direito comunitário.

Por outro lado, ao mesmo tempo que o Estado-Membro é forçado a recuperar, há um beneficiário que é forçado a restituir. Assim, este dever que incumbe ao Estado violador do DUE vai-se refletir em várias esferas jurídicas, e, sendo a recuperação a consequência automática da ilegalidade de um auxílio, não há uma verdadeira observação dos seus efeitos, apesar de, da noção de auxílio, fazer parte o falseamento da concorrência e a afetação do mercado.

A análise que pretendemos fazer da obrigação de recuperação de um auxílio ilegalmente prestado pretende focar estas duas frentes: o Estado-Membro e o

¹ Doravante apenas “auxílios”.

² Porto *et al* (2010:180).

³ Eloffsson (2010:1).

⁴ Doravante apenas “Comissão”.

beneficiário. A nossa grande questão, e que nos acompanhou durante estes meses, foi se a recuperação é verdadeiramente uma consequência inevitável da concessão de um auxílio fora dos trâmites permitidos pelo DUE ou se, pelo contrário, situações excepcionais podem levar à sua inexigibilidade.

A presente dissertação de mestrado pretende assim abordar duas questões: a invocação do princípio das expectativas legítimas e a impossibilidade absoluta de execução da decisão de recuperação. Estas foram, ao longo da jurisprudência europeia, evoluindo no sentido de permitir o não cumprimento da decisão de recuperar; todavia, como se pretende demonstrar, acabam por não cumprir a sua missão.

Divide-se este trabalho em três partes principais: na primeira parte traçamos, em linhas gerais, o regime de auxílios de Estado no DUE, por referência às normas dos Tratados e a Reg. centrais; na segunda parte, é feita a análise da decisão de recuperação proveniente da Comissão, com todas as suas consequências; por fim, na terceira parte, abordamos as acima referidas situações excepcionais – expectativas legítimas e impossibilidade absoluta de execução.

I – Regime dos Auxílios de Estado

1. O ARTIGO 107º

O n.º1 do art. 107º do TFUE é tradicionalmente entendido como contendo um princípio geral de incompatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado comum. Este não é todavia extensível a todos e quaisquer auxílios⁵, o que na ótica de Martins “*significaria uma completa revolução económica e social, impensável e impossível numa época de reconstrução da Europa*”.⁶

É o próprio Tratado que mitiga o princípio, ao não só impor um conjunto de exceções (derrogações constantes do n.º2 do art. 107º), bem como ao abrir a possibilidade de auxílios em determinados sectores serem considerados compatíveis com o mercado (n.º3 do art. 107º).

Assim, a previsão de que “*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*”, não estabelece uma proibição absoluta e incondicional⁷, antes presume uma incompatibilidade *iuris tantum*, estando no poder da Comissão, e excecionalmente do Conselho, considerar certo auxilio compatível ou não com o mercado.

⁵ Pelo contrário, o Tratado CECA previa uma proibição total de auxílios nacionais as empresas dos sectores regulados pela Comunidade, uma vez 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*”. Cf. MARTINS (2002:26). Atualmente, uma proibição absoluta nunca seria razoável, uma vez que os auxílios “*tanto podem ser iníquos e distorçores da concorrência como as formas mais adequadas de intervenção nos mercados*”; cf. PORTO *et al* (2010:177).

⁶ MARTINS (2002:25).

⁷ ALMEIDA (1997:15-16).

O Tratado de Lisboa, tal como os seus predecessores, não define o que se entende por auxílio para lá dos elementos indicados no art. 107, n.º1. A questão da definição de auxílio é um ponto pertinente no tema aqui explorado; se, por um lado, um auxílio pode ser compatível com o mercado porque notificado à Comissão e objeto de uma decisão favorável, por outro, um auxílio não notificado, por o Estado-Membro em causa o não considerar como tal (não existindo a obrigação de notificação prévia), facilmente será alvo de uma investigação pelo órgão da UE responsável, e culminará numa decisão de recuperação de auxílios ilegalmente prestados.

O conceito recebeu, ao longo do tempo, por parte da jurisprudência, doutrina e prática administrativa (Comissão), uma interpretação bastante lata; ao referir a jurisprudência que “*o conceito de auxílio [no Tratado] reveste carácter jurídico e deve ser interpretado com base em elementos objetivos*”, não deixa de acrescentar que este tem “*um âmbito de aplicação muito amplo*”.⁸

O art. 107º, na sua generalidade, abarca “*não só prestações positivas como subsídios, mas também intervenções que, de formas diversas, aliviam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa, e que, dessa forma, não sendo subsídios na aceção estrita da palavra, têm a mesma natureza e efeitos idênticos*”⁹.

Somente a uma ajuda que preencha os elementos do art. 107º, n.º1, se aplica o princípio geral de incompatibilidade. Também a sua (i)legalidade (no sentido em que veremos *infra*) é necessariamente reconduzida à existência, ou não, de um auxílio de Estado nos termos art. 107º. Por tanto, entendemos ser necessário proceder a uma breve clarificação do conceito, não perdendo de vista, como refere Martins, que este “*se acha em construção, resultando das necessidades e das respostas dos Estados e das economias aos estádios sucessivos da integração europeia*”.¹⁰

⁸ TPI (613/97 UFEEX:158).

⁹ TPI (613/97 UFEEX:158). O conceito de “*auxílio*” na UE difere daquele de “*subvenção*” no direito da OMC, ao abranger qualquer forma de intervenção que diminua os encargos do beneficiário, não se restringindo aos casos taxativamente definidos *Acordo sobre Subvenções e Medidas de Compensação*.

¹⁰ MARTINS (2002:50).

A. Origem Pública dos Auxílios

Discute-se se os elementos “*concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais*” serão cumulativos ou alternativos¹¹, à revelia do elemento literal do Tratado.

A Comissão defende serem duas condições distintas mas cumulativas para a existência de um auxílio¹². A noção de fundos estatais é contudo abrangente¹³, ao incluir “*todos os recursos do sector público, incluindo os recursos das entidades infraestatais (...) e, em determinadas circunstâncias, os recursos de organismos privados*”¹⁴.

Também a jurisprudência segue maioritariamente a perspetiva da Comissão. No ac. *Preussen-Elektra*¹⁵, o Tribunal diminuiu o alcance do art. 107º, n.º1, ao decidir que determinada ajuda não era considerada auxílio por não envolver a transferência de recursos do Estado. A distinção entre os dois elementos “*destina-se a incluir neste conceito não só os auxílios atribuídos diretamente pelo Estado como os atribuídos por organismos públicos ou privados, designados ou instituídos pelo Estado*”.

A cumulatividade vem defendida também no ac. *Stardust Marine*, onde se afirma que as vantagens devem “*por um lado, ser concedidas direta ou indiretamente através de recursos estatais (...) e, por outro lado, ser imputáveis ao Estado*”, todavia aqui se inserindo “*todos os meios pecuniários que as autoridades públicas podem efetivamente utilizar*”, desde que sob o controlo público e à disposição das autoridades nacionais.¹⁶

B. Vantagem

Esta, condição *sine qua non* para a qualificação como auxílio, configura uma vantagem que não poderia ter sido obtida no normal decurso da atividade.¹⁷

¹¹ Isto é, se apenas estamos perante auxílios quando a ajuda não só é resultado de um comportamento do Estado, como provém de recursos públicos ou, por outro lado, se está abrangido qualquer benefício que o Estado conceda, proveniente ou não dos seus cofres, sendo suficiente que seja “*pago por ordem do Estado ou por ordem de um organismo habilitado para este efeito pelo Estado*”. SLYNN, apud SANTOS (2003:181).

¹² Projeto de Comunicação da Comissão (2014:13).

¹³ Regra geral, um auxílio financiado por fundos da UE, e não por fundos próprios do Estado-Membro, não é considerado de origem estatal, uma vez que os Estados-Membros não têm qualquer poder discricionário na distribuição estrutural desses fundos.

¹⁴ Projeto de Comunicação (...) (2014:15).

¹⁵ TJ (379/98).

¹⁶ TJ (482/99:24-37).

¹⁷ Uma ajuda que “*garanta a uma empresa uma determinada vantagem sem que esta seja obrigada a dar ou fazer algo em troca*” preenche o conceito. Cf. SANTOS (2003:177).

Sendo um aspeto essencial da noção de auxílio, o Tribunal de Justiça afirma que não avalia a existência de um auxílio pela forma ou objetivos, mas pelos seus efeitos.¹⁸ Ao não dar importância à forma como o auxílio é atribuído, abrange-se não só os casos em que há transferência de fundos para as empresas, como a omissão pelo Estado da cobrança, por exemplo, de receitas fiscais, ou a venda de bens a preços inferiores ao custo de mercado.¹⁹

A vantagem é, em princípio, gratuita; contudo, mesmo quando são fixadas contrapartidas, poderá estar em causa um auxílio se, por exemplo, existir um desequilíbrio a favor do interessado, tendo como consequência uma melhoria da sua posição económica ou o seu enriquecimento.²⁰

Concluindo, a vantagem traduz um benefício para determinada empresa, económico mas não necessariamente em capital, importando os seus efeitos e não a sua forma, tendo esse benefício uma raiz de gratuidade, aqui se entendendo não só os casos em que não há contraprestação por parte da beneficiária, mas também quando esta é meramente simbólica.

C. Seletividade

Por outro lado, a vantagem é atribuída a *certas empresas ou certas produções* – só serão assim proibidos auxílios que sejam seletivos, sendo seletiva uma medida que tenha como destinatária uma ou algumas empresas individualizadas.²¹ O conceito é preenchido quando a ajuda introduza “*uma diferença de tratamento a favor de um ou vários sectores de atividade, sem que tal diferença se justifique pela natureza ou pela economia do sistema*”.²²

As medidas de carácter geral, ou seja, medidas que beneficiem a globalidade do mercado numa base de igualdade, escapam ao critério da seletividade.²³

A jurisprudência afirma que uma medida estatal favorecerá certas empresas ou produções em relação a outras que se encontrem “*numa situação factual e jurídica*

¹⁸ CAMPOS (2011:384).

¹⁹ MARTINS (2002:53).

²⁰ TG (425/04:231).

²¹ CAMPOS (2011:403).

²² MARTINS (2002:68).

²³ Projeto de Comunicação (...) (2014:36).

comparável”, centrando assim a sua apreciação na teoria dos efeitos, e não consoante as causas ou objetivos das intervenções estatais.²⁴

D. Afetação das Trocas Comerciais e Falseamento da Concorrência

Estes dois critérios são normalmente analisados em conjunto pela jurisprudência, Comissão e mesmo doutrina, e frequentemente considerados de preenchimento quase automático na presença de certos fatores.²⁵

No ac. *Casa di Risparmio di Firenze* refere o Tribunal que “*não é necessário demonstrar uma incidência real do auxílio sobre as trocas comerciais (...) e uma distorção efetiva da concorrência, mas apenas examinar se o auxílio é suscetível de afetar essas trocas e de falsear a concorrência*”. Diz o ac. ser suficiente para demonstrar uma incidência real ou potencial dos auxílios na concorrência, e o seu efeito nas trocas comerciais entre Estados-Membros, o facto de um sector económico ter sido liberalizado a nível da União.²⁶

Por outro lado, segundo a doutrina, na maioria dos casos ambos os critérios se encontram preenchidos pelo simples facto de a medida ser seletiva, uma vez que ao beneficiarem certas empresas ou produções, em detrimento de outras, um auxílio desequilibra necessariamente a concorrência, tendo consequências no mercado interno.²⁷

Devido ao controlo dos auxílios ser preferencialmente preventivo, a avaliação da afetação das trocas comerciais nada mais pode ser que um “*juízo de prognose*”, “*referindo-se a uma previsão (...) por parte da entidade administrativa (a Comissão) chamada a verificar do seu cumprimento*”.²⁸ No mesmo sentido, o falseamento ou ameaça de falseamento da concorrência é também de preenchimento apenas previsível, não sendo exigível a respetiva verificação em concreto.

Também a Comissão, no seu *Projeto de Comunicação sobre a Noção de Auxílio*, enquadra a distorção da concorrência e o impacto nas trocas comerciais sob o mesmo

²⁴ TJ (409/00:46-47); TG (499/10:54).

²⁵ AMARO (2012:27), SANTOS (2003:213-214).

²⁶ Não há sequer a necessidade da beneficiária participar nas trocas intracomunitárias, bastando que o auxílio mantenha ou aumente a produção no mercado interno; se a empresa participa nas trocas intracomunitárias, estas são influenciadas pelo auxílio quando a sua posição é reforçada em relação às concorrentes. TJ (222/04 *Casa di Risparmio*:140-143).

²⁷ FRIEDERISZICK *et al* (2006:5); MARTINS (2002:82).

²⁸ CAMPOS (2011:419-421).

ponto²⁹, e, apesar de os considerar “*dois elementos distintos e necessários*”, conclui que na prática “*estes critérios são muitas vezes tratados em conjunto na avaliação dos auxílios estatais uma vez que, regra geral, são considerados indissociáveis*”.³⁰

Para a Comissão, existe falseamento da concorrência quando uma medida é suscetível de melhorar a posição concorrencial do beneficiário em relação a outras empresas no mercado, presumindo-se quando há ajudas num mercado liberalizado. Assim, “*uma vantagem concedida a uma empresa que opera num mercado aberto à concorrência falseará a concorrência e será também suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-Membros*”.³¹

Por fim, uma ajuda que preencha estes elementos constitui um auxílio de Estado e, como tal, é incompatível com o mercado interno. Podem, contudo, ser considerado compatível quando se enquadre numa das alíneas do art. 107, n.º3, por decisão da Comissão nos termos do art. 108, n.º3.

2. O ARTIGO 108º E O REGULAMENTO N.º 659/1999

Frequentemente chamada “*guardiã dos tratados*”, a Comissão tem um papel central quanto à política de auxílios e a sua compatibilidade com o mercado comum, bem como na garantia de respeito dos Tratados no seu todo pelos Estados-Membros.³²

Por força do art. 108º, é a Comissão responsável por garantir a aplicação do art. 107º, ambos do TFUE. Se, do ponto de vista económico, e tendo em mente que não existem mercados perfeitos, a atribuição de auxílios pode ser entendida pela necessidade de colmatar falhas de mercado, por outro lado, qualquer interferência estatal tem o potencial de modificar as condições concorrenciais, sendo essa uma das razões que levaram o regime de controlo dos auxílios de Estado no direito comunitário a evoluir no sentido de restringir a sua concessão.

²⁹ Projeto de comunicação (...) (2014:186-197).

³⁰ *Ibid* (2014:187)

³¹ *Ibid* (2014:191).

³² De facto, “[d]eve em seguida recordar-se que o Tratado CE, ao organizar (...) o exame permanente e o controlo dos auxílios (...), considera que a declaração da eventual incompatibilidade de um auxílio com o mercado comum resulta, sob controlo do Tribunal (...), de um procedimento adequado cuja execução é da competência da Comissão. Os artigos 87.º CE e 88.º CE reservam, assim, a esta última um papel central relativamente ao reconhecimento da eventual incompatibilidade de um auxílio”; cf. TG (443/08:202).

Durante muito tempo, o preceito do art. 108º, que atribui à Comissão o poder para proceder ao exame permanente dos regimes de auxílios, encontrava no campo procedimental um vazio legal, preenchido somente pela jurisprudência dos TJUE e pela prática da Comissão. De forma a colmatar essa lacuna, e sob proposta da Comissão, surge o Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho³³, que define as bases de supervisão da proibição de auxílios.

Este Reg. veio, como refere Santos³⁴, pôr fim à «*mistura de case law e de soft law que caracterizava a situação anterior*», clarificando alguns conceitos (apesar de ainda assim não definir auxílio de Estado), e impondo os procedimentos a seguir pela Comissão na avaliação da compatibilidade de um auxílio.

Dependendo do auxílio em causa, o Reg. de Processo prevê vários tipos de processos: os auxílios notificados ou novos³⁵ (cap.II), ilegais (cap.III), utilizados de forma abusiva³⁶ (cap.IV) e existentes³⁷ (cap.V). A inserção do auxílio numa destas categorias é essencial à determinação do processo a aplicar.

Qualquer projeto relativo à instituição ou alteração de ajudas³⁸, tem de, obrigatoriamente e nos termos do n.º3 do art. 108º do TFUE, ser informado à Comissão – a obrigação de notificar previamente, base de todo o regime de auxílios, e com a qual vem associada a chamada obrigação de *standstill*, como veremos adiante.

Desta obrigação de notificar podem ficar isentas certas categorias de auxílios. O art. 109º do TFUE dá ao Conselho o poder de aprovar regulamentos que fixem as condições de aplicação do n.º3 do art. 108º, inclusive dispensando certas categorias de auxílios da obrigação. Foi com base neste art. que o Reg. de Processo foi aprovado, aqui

³³ Doravante “*Reg. de Processo*” ou “*Reg.*”. A este seguiu-se o Reg. (CE) n.º 794/2004 da Comissão (“*Reg. de Execução*”), que implementa detalhadamente do Reg. de Processo.

³⁴ SANTOS (2003:256).

³⁵ Um *auxílio novo* será qualquer auxílio que não seja considerado um auxílio existente (incluindo alterações a um auxílio existente); cf. art. 1º/c) do Reg. de Processo.

³⁶ *Auxílio utilizado de forma abusiva* será um auxílio utilizado pelo beneficiário em violação de uma decisão da Comissão de compatibilidade, ou em violação de uma decisão condicional de compatibilidade. Cf. art. 1º/g) do Reg. de Processo.

³⁷ No âmbito da designação de *auxílios existentes* é possível distinguir quatro tipos de auxílios: regimes de auxílios em vigor num determinado Estado-Membro antes da sua entrada na União; auxílios que tenham sido autorizados; auxílios cujo prazo de prescrição para a restituição tenha terminado; ajudas que, não sendo auxílios inicialmente, nisso se transformaram devido à evolução do mercado; cf. art. 1º/b) do Reg. de Processo.

³⁸ O Reg. de Execução considera como alteração de um auxílio existente qualquer modificação que não seja de natureza puramente formal ou administrativa destinada a não afetar a apreciação da compatibilidade da medida de auxílio com o mercado comum (art. 4º, n.º1).

se incluindo também o Reg. n.º 994/98³⁹ (*enabling regulation*) que autorizou a Comissão a isentar certas categorias de auxílios da notificação⁴⁰.

Regra geral, todavia, qualquer auxílio é objeto da obrigação de notificar (art. 2º do Reg. de Processo), dando início a um procedimento de duas fases (análise preliminar e procedimento formal de investigação⁴¹). Durante a segunda fase, são as partes interessadas convidadas a apresentar observações⁴², não podendo a Comissão tomar uma decisão com base em informação sobre a qual o Estado-Membro não se tenha pronunciado.⁴³

Aqui, na sua decisão final, a Comissão pode impor condições e obrigações (decisão condicional) à aprovação do auxílio, tendo o seu não cumprimento como consequência a presunção de que as subseqüentes frações do auxílio são incompatíveis com o mercado.⁴⁴ Todavia, se considerar que determinada medida configura um auxílio incompatível com o mercado comum, toma uma decisão negativa, ficando o Estado-Membro fica impossibilitado de a executar.

O procedimento brevemente explanado nestes últimos parágrafos constitui o procedimento preventivo (*a priori*). Nos pontos seguintes vamos explorar, com mais pormenor, os procedimentos sucessivos, e de que forma podem estes dar lugar a uma decisão de restituição de auxílios ilegais.

A. Procedimentos Sucessivos – Auxílios Existentes

O controlo dos auxílios existentes funda-se no art. 108, n.º1º, ao prever que a “Comissão procederá, em cooperação com os Estados-Membros, ao exame permanente dos regimes de auxílios”. A expressão utilizada no Tratado, repetida no Reg. de

³⁹ Reg. (CE) n.º 994/98 do Conselho, de 7 de Maio.

⁴⁰ A Comissão aprovou o Reg. n.º 800/2008 (Reg. de isenção por categoria) que autoriza a não notificação de certas categorias de auxílios horizontais, abrangendo, entre outros, auxílios a favor de finalidades regionais ou das PME, e o Reg. n.º 1407/2013, referente aos chamados *auxílios de minimis*, que não se consideram auxílios por não ultrapassarem um certo limiar (valor), não existindo obrigação de notificar.

⁴¹ Cfr. art. 4º do Reg. de Processo.

⁴² A Comissão é obrigada a analisar qualquer observação de uma parte interessada, sob pena de a decisão a tomar poder ser anulada. Cf. HANCHER *et al* (2012:969). O Reg. define parte interessada como “qualquer Estado-Membro ou qualquer pessoa, empresa ou associação de empresas cujos interesses possam ser afectados pela concessão de um auxílio” (al. h) do art. 1º).

⁴³ TJ (400/99:31).

⁴⁴ TPI (140/95:86).

Processo, torna claro que apenas poderá existir exame a regimes de auxílios⁴⁵, e já não a auxílios individuais.

Caso a Comissão tenha dúvidas de que determinado regime de auxílios é compatível com o mercado comum, deve pedir ao Estado-Membro em questão que preste as informações necessárias ao exame do mesmo. Posteriormente, este é informado da decisão preliminar, de forma a que se possa pronunciar no prazo de um mês (art. 17º do Reg.).

Se, após o Estado-Membro se pronunciar, a Comissão concluir igualmente que o auxílio não é compatível com o mercado comum, deverá formular uma recomendação, podendo esta consistir na alteração do conteúdo do regime de auxílios, na introdução de requisitos processuais ou na supressão do regime de auxílios (art. 18º do Reg.). Aceitando as medidas propostas, o Estado-Membro fica obrigado a aplicá-las; todavia, se não as aceitar, a Comissão poderá dar início a um procedimento formal de investigação (art. 6º do Reg., *ex vi* art. 19º).

B. Procedimentos Sucessivos – Auxílios Ilegais e Auxílios Utilizados de Forma Abusiva

Uma vez que o procedimento de controlo previsto para os auxílios utilizados de forma abusiva é estabelecido por remissão do art. 16º do Reg. de Processo para vários arts. do mesmo, cumpre agora focar nos auxílios ilegais, mas tendo sempre em mente que também em relação aos auxílios utilizados de forma abusiva pode a Comissão ordenar a restituição.

O termo *auxílios ilegais* refere-se a auxílios executados em violação da obrigação de notificar a Comissão, contrariando o n.º3 do art. 108º, bem como aos casos em que tenham sido concedidos antes de obtida a autorização da Comissão⁴⁶, quando são atribuídos em violação de uma decisão negativa e quando excedem o montante autorizado.⁴⁷

⁴⁵ A noção de *regime de auxílio* é dada no art. 1º/d) do Reg. de Processo, tratando-se de “*qualquer acto com base no qual, sem que sejam necessárias outras medidas de execução, podem ser concedidos auxílios individuais a empresas nele definidas de forma geral e abstracta e qualquer diploma com base no qual pode ser concedido a uma ou mais empresas um auxílio não ligado a um projecto específico, por um período de tempo indefinido e/ou com um montante indefinido*”.

⁴⁶ Santos (2003:260); art. 1º/f) do Reg. n.º659/1999. Trata-se aqui de uma violação da chamada obrigação de “*stand-still*”, como descrita na Parte II.

⁴⁷ Aqui se inserem os casos em que um Estado-Membro não considera estar em causa um auxílio de Estado para efeitos do art. 107º, não notificando a Comissão, bem como os casos em que o Estado-

Em primeiro lugar, é necessário distinguir um auxílio ilegal de um auxílio incompatível. Seguindo a ótica de Santos⁴⁸, quando falamos de um *auxílio ilegal* é em referência a uma noção processual, o que o distingue de um *auxílio incompatível*, uma noção substancial. Um auxílio é ilegalmente prestado quando viola o art. 108º, mas tal não significa necessariamente a sua incompatibilidade. A (in)compatibilidade de um auxílio com o mercado interno impõe a análise dos efeitos do mesmo sobre a concorrência, função exclusiva da Comissão. Um e outro não se pressupõe nem se confundem.

Assim, uma medida que seja ilegal, por não obedecer às regras previstas para a concessão de auxílios no DUE, não é necessariamente incompatível. De facto, pode acontecer que um ajuda ilegal sujeita ao procedimento de controlo sucessivo venha, no final dessa avaliação, a ser declarada compatível com o mercado comum.

Em relação ao controlo em si, o art. 10º do Reg. de Processo prevê que a Comissão pode, por sua própria iniciativa, examinar informações relativamente a um auxílio alegadamente ilegal, independentemente da fonte. Qualquer denúncia⁴⁹ deve ser examinada sem “*demora injustificada*”, pedindo a Comissão, se necessário, informações ao Estado-Membro em causa. Está inclusive no poder da Comissão ordenar uma *injunção para prestação de informações*, quando estas não forem fornecidas ou estejam incompletas.

Ouvido que seja o Estado-Membro sobre a ajuda em causa, pode também a Comissão tomar uma decisão que ordene a suspensão do auxílio até à decisão de compatibilidade (*injunção de suspensão*) e mesmo ordenar o Estado-Membro a recuperar provisoriamente o auxílio prestado (*injunção de recuperação*). Esta última apenas pode ser ordenada quando reunidos três critérios: não existam dúvidas sobre o carácter de auxílio da medida, segundo a prática estabelecida; a existência de urgência na ação; e, por fim, sério risco de prejuízos substanciais e irreparáveis a um concorrente (n.º2 do art. 11º do Reg. de Processo).

Membro não notifica por entender que determinado auxílio individual foi aprovado como parte de um regime de auxílios. Cf. RENI (2007:148), HANCHER *et al* (2012:1001).

⁴⁸ SANTOS (2003:260).

⁴⁹ Nesse sentido, prevê o art. 20º, n.º2 do Reg. de Processo que qualquer parte interessada pode apresentar denúncias sobre “*qualquer alegado auxílio ilegal ou qualquer utilização abusiva de um auxílio*”.

O exame do auxílio alegadamente ilegal termina com uma decisão nos mesmos termos da análise preliminar prevista no art. 4º do Reg., isto é, não constitui auxílio, constitui auxílio mas é compatível (decisão de não levantar objeções) ou, por fim, com a abertura do procedimento formal de investigação conforme os arts. 6º e 7º (*ex vi* art. 13º do Reg.). Ao contrário do procedimento para controlo de auxílios novos, a Comissão não se encontra restringida aos prazos de 2 e 18 meses nas diversas fases do procedimento.

Finalmente, caso a decisão final seja negativa, isto é, o auxílio seja declarado incompatível com o mercado interno, “*a Comissão decidirá que o Estado-Membro em causa deve tomar todas as medidas necessárias para recuperar o auxílio do beneficiário*”, não o devendo exigir, todavia, quando tal seja contrário a um princípio geral de direito comunitário (art. 14º do Reg. de Processo). E é esta “*decisão de recuperação*” o ponto de partida para a parte II da dissertação.

II – A Recuperação

1. EFEITO DIRETO DAS NORMAS DO TRATADO

Não podemos iniciar esta segunda parte sem abordar a questão do efeito direto das normas do Tratado relativas ao regime dos auxílios de Estado, bem como a sua aplicação pelos tribunais nacionais.

O art. 107º, ao não implicar uma proibição total dos auxílios, abrindo espaço à discricionariedade da Comissão, não produz efeito direto, o que desde sempre foi ponto assente na jurisprudência europeia. No ac. *Capolongo/Maya*⁵⁰, o Tribunal veio afirmar que o n.º1 do art. 107º apenas produz efeitos na ordem jurídica dos Estados quando concretizado por regulamentos ou por decisões da Comissão.

Consequentemente, não pode a um tribunal nacional ser pedido que imponha o seu cumprimento (apenas que avalie a sua legalidade), dado que, regra geral, compete exclusivamente à Comissão avaliar a compatibilidade de um auxílio estatal com o mercado interno.

A avaliação em relação ao n.º3 do art. 108º é forçosamente diferente, devido à chamada “*standstill obligation*”, prevista no final do art.. Ao proceder à notificação de um projeto de auxílio à Comissão, fica o Estado-Membro em causa proibido de executar a medida antes da tomada de uma decisão final, de forma a conservar o seu efeito útil.⁵¹ Na medida em que a autorização da Comissão é condição de execução do auxílio, a sua falta pode ser invocada perante um tribunal nacional (produzindo efeito direto).

Este entendimento ficou claro no ac. *Costa/ENEL*; afirma o Tribunal que os Estados, ao aceitarem informar previamente a Comissão de qualquer ajuda a conceder,

⁵⁰ Cf. TJ (77/72 *Capolongo/Maya*:6).

⁵¹ Evitando, desta forma, que os efeitos do auxílio se produzam antes de decorrido o tempo razoável para avaliação do projeto pormenorizadamente pela Comissão. O art. 3º do Regulamento de processo chama-lhe “cláusula suspensiva”, clarificando que um auxílio não pode ser executado sem uma decisão que o autorize.

contraíram um obrigação que os vincula, e que cria efeitos na esfera jurídica dos particulares no que diz respeito à parte final do art. 108º, n.º 3.⁵²

Verdadeiramente, os tribunais nacionais, pela sua inerente proximidade, encontram-se melhor posicionados para proteger o direito dos particulares afetados pela inobservância da regras europeias de auxílios pelos Estados⁵³, oferecendo, mais do que a Comissão, uma rápida e efetiva solução.⁵⁴

A diferença que referimos no ponto anterior entre auxílio ilegal e auxílio incompatível reflete-se aqui. Isto pois, enquanto a decisão sobre a compatibilidade de um auxílio é competência exclusiva da Comissão (salvo competências do Conselho⁵⁵), a verificação da legalidade encontra-se ligada tanto à Comissão como aos tribunais nacionais, de forma a salvaguardar os interesses de terceiros prejudicados pelo Estado-Membro, através do efeito direto atribuído ao art. 108º, n.º3 TFUE.⁵⁶

Nesse sentido, são os órgãos jurisdicionais nacionais encarregados de decretar *“as medidas adequadas a remediar a ilegalidade da execução dos auxílios, a fim de que o beneficiário não conserve o poder de livre disposição sobre estes durante o restante período de tempo até à decisão da Comissão”*.⁵⁷

Estas *“medidas adequadas”* podem passar pela suspensão do auxílio, bem como pela sua restituição. Um tribunal nacional pode também ser chamado a impor o art. 108º, n.º3, mesmos nos casos em que, subsequentemente, a Comissão venha a decidir pela compatibilidade do auxílio com o mercado interno. A decisão da Comissão não tem efeitos retroativos, e como tal não produz qualquer efeito de sanção dos defeitos processuais da ajuda.⁵⁸

⁵² Cf. TJ (6/64 *Costa/ENEL*).

⁵³ Como refere Campos, há uma *“divisão fundamental de tarefas entre a Comissão e os tribunais nacionais na execução do sistema de controlo dos auxílios estatais. Os tribunais nacionais garantem a efetividade do procedimento de controlo dos auxílios, através da aplicação da proibição contida na última frase do número 3 do artigo 108º”*. Cf. CAMPOS (2011:302).

⁵⁴ Cf. KNADE-PLASKACZ (2013:116-117), SINNAEVE (2005:1).

⁵⁵ Pode também o Conselho, ao abrigo do disposto no art. 108º, n.º2, terceiro parágrafo, a pedido de um Estado-Membro, *“decidir que um auxílio, instituído ou a instituir por esse Estado, deve considerar-se compatível com o mercado interno”*, em derrogação do previsto no art. 107º ou dos regulamentos do art. 109º, se circunstâncias excecionais justificarem tal decisão. O Conselho não poderá, todavia, usar essa competência após um período de três meses sem se ter pronunciado ou quando a Comissão já tenha declarado o auxílio incompatível com o mercado. Cf. HANCHER *et al* (2012:972).

⁵⁶ SIMPLICEAN-STROIA (1997:103).

⁵⁷ TJ (C-1/09:30-31).

⁵⁸ HANCHER *et al* (2012:958)

Particularmente quanto à possibilidade de um tribunal nacional ordenar a restituição de um auxílio após uma decisão positiva da Comissão, o ac. *Freistaat Sachsen*⁵⁹, no seguimento da jurisprudência *CELF*⁶⁰, vem reiterar que o DUE não cria qualquer obrigação para juiz nacional nesse sentido. Este pode assim decidir se, no caso em concreto, se impõe a necessidade de restituir.⁶¹

Concluindo, deve o tribunal nacional chamado a pronunciar-se sobre determinada ajuda concedida, quando não surjam dúvidas quanto à qualificação do mesmo como auxílio, quando este não tenha sido notificado ou, tendo-o sido, seja ilegalmente prestado (viole a obrigação de *standstill* ou uma decisão de incompatibilidade), decidir pela sua suspensão ou outras medidas que ache necessárias, podendo, inclusive, ordenar a restituição do auxílio e os juros a ele associados.⁶²

Como refere a Comissão, os tribunais desempenham aqui um papel essencial na proteção dos concorrentes e outras partes interessadas, uma vez que a própria Comissão está sujeita a requisitos legais muito rigorosos na adoção de injunções preliminares de recuperação⁶³ (como referido em relação à injunção de recuperação).⁶⁴

2. A DECISÃO DE RESTITUIÇÃO

A. Enquadramento: Antecedentes

Retomando o conceito de auxílio ilegal, isto é, uma ajuda concedida em violação da obrigação prevista no art. 108º, n.º3, a sua ilegalidade verifica-se desde o momento

⁵⁹ TJ (442/08 *Freistaat Sachsen*:60).

⁶⁰ TJ (C-199/06 *CELF*).

⁶¹ Isto apesar de o juiz nacional estar obrigado a exigir do beneficiário o pagamento dos juros relativos ao período da duração da ilegalidade. Uma vez que este procedimento depende da lei nacional, os tribunais nacionais podem também ser obrigados a exigir a restituição se a sua lei interna assim o prever (mesmo nos casos em que o auxílio foi declarado compatível com o mercado comum). Cf. ADRIAANSE (2009:82-83).

No ac. *Freistaat Sachsen*, o Tribunal, nesta linha, conclui que “em aplicação do direito comunitário, o juiz nacional está obrigado a ordenar ao beneficiário do auxílio o pagamento dos juros relativos ao período de duração da ilegalidade. No âmbito do seu direito nacional, o juiz nacional pode eventualmente ordenar ainda a recuperação do auxílio ilegal, sem prejuízo do direito do Estado-Membro de voltar a dar-lhe execução ulteriormente”, cf. TG (443/08:60).

⁶² TJ (C-1/09:36-37).

⁶³ A Comissão não pode exigir a devolução de um auxílio ou proibir a sua concessão com base na simples violação da obrigação de *standstill*, devendo sempre analisar a compatibilidade do auxílio com o mercado. Cf. CAMPOS (2011:304).

⁶⁴ Comunicação da Comissão (C 85/01:25).

em que é concedido, e deve nesse sentido ser apreciado à luz das regras em vigor no momento da sua concessão.⁶⁵

A obrigação de restituição de um auxílio ilegalmente prestado, que impõe a um Estado-Membro a recuperação de um determinado montante junto de um ou vários beneficiários, dentro de um prazo estabelecido, não se encontra expressamente prevista nos Tratados.

De facto, até à sua consagração no Reg. de Processo, era fruto da prática da Comissão e da jurisprudência que, em 1973, no ac. *Kohlengesetz*⁶⁶, confirma pela primeira vez que a Comissão dispõe de poderes para ordenar a recuperação.

O caso refere-se a uma ação por incumprimento em que o Estado-Membro vem, além de contestar a decisão em si da Comissão quanto ao auxílio, levantar a questão da obrigação de recuperar os auxílios entretanto concedidos. Neste ponto, diz o Tribunal de Justiça que “*ao verificar a incompatibilidade de um auxílio com o mercado comum, a Comissão é competente para decidir se o Estado interessado deve suprimi-la ou modificá-la*”, concluindo que, de forma a produzir efeito útil, a “*supressão ou modificação deve incluir a obrigação de exigir o reembolso de auxílios concedidos em violação do Tratado*”.⁶⁷

A expressão usada pelo Tribunal neste ac. deixou margem de manobra à Comissão; apesar de a versão em português usar a palavra “*deve*”, a versão inglesa utiliza “*may*” e a versão original alemã “*kann*”, ambas no sentido de se encontrar no poder da Comissão decidir usar ou não essa faculdade.⁶⁸

Consequentemente, apenas alguns anos após o ac. *Kohlengesetz*, devido ao aumento de casos de auxílios ilegalmente prestados⁶⁹, a Comissão emite uma Comunicação⁷⁰ onde informa os Estados-Membros da decisão de “*utilizar todos os meios à sua disposição*” de forma a garantir que os Estados-Membros cumpram as

⁶⁵ Comunicação da Comissão (C 119).

⁶⁶ TJ (70/72).

⁶⁷ TJ (*ibid*:13).

⁶⁸ A Comissão está obrigada a exigir a restituição do auxílio, não tendo aqui qualquer margem de apreciação. O poder discricionário da Comissão restringe-se a ordenar a restituição total ou parcial do auxílio (excecionando, como previsto no art. 14º, n.º1 do Reg., os casos em que seja contrário a um princípio geral de direito comunitário). Cf. HANCHER *et al* (2012:1003); SANTOS (2003:292-293); TG (394/08:152).

⁶⁹ GAMBARO *et al* (2007:184).

⁷⁰ Cf. Comunicação da Comissão (C318/3).

obrigações que lhes incumbem por força do art. 108º, n.º3, incluindo a obrigação de recuperar, junto do beneficiário, os auxílios incompatíveis concedidos ilegalmente.⁷¹

A consagração, no art. 14º n.º1 do Reg. de Processo, de uma “*decisão de recuperação*” a tomar pela Comissão foi o culminar de uma prática consistente, quer por parte da Comissão, quer dos TJUE. Os Estados-Membros são agora obrigados a tomar todas as medidas necessárias à recuperação, com a inclusão no auxílio a recuperar de uma taxa de juros a fixar pela Comissão.⁷² Estabelece ainda o n.º3 do art. 14º que a recuperação deverá ser levada a cabo segundo o direito nacional do Estado-Membro em causa, desde que este permita uma execução imediata e efetiva da decisão.

Logicamente, a decisão afeta não só o Estado-Membro a quem a recuperação foi ordenada, mas também o beneficiário do auxílio. Na sua Comunicação de 1983 acima referida, a Comissão refere essa questão, informando os beneficiários do carácter precário dos auxílios que lhes sejam ilegalmente concedidos, podendo a estes ser imposta a sua devolução.

B. Fundamento e Conteúdo

A restituição é considerada a consequência lógica do reconhecimento da ilegalidade de um auxílio. Esta perspetiva foi afirmada expressamente, e inferida da jurisprudência anterior, no início dos anos 90 pelo ac. *Tubemeuse*⁷³, contrariando a afirmação do Estado belga de que a recuperação seria desproporcionada aos objetivos do Tratado, na medida em que causaria grave prejuízo a terceiros credores. Como vinha já sendo defendido na praça europeia, através da supressão pela recuperação, visa-se o restabelecimento da situação existente antes da concessão, de forma a que o beneficiário perca a vantagem adquirida no mercado em relação aos seus concorrentes.⁷⁴

A jurisprudência comunitária é consistente ao afirmar que, uma vez que apenas visa o restabelecimento de uma situação de legalidade, a recuperação de um auxílio não é uma sanção. Mesmo quando é ordenada a restituição da totalidade do auxílio, esta não

⁷¹ Comunicação da Comissão (C272:9).

⁷² Art. 14º, n.º2 do Reg. de processo em conjugação com o Reg. de execução.

⁷³ TJ (142/87 *Tubemeuse*:65-66).

⁷⁴ Cf. TJ (75/97:64-65). Segundo Gambaro, “*The rationale behind the requirement to refund is to restore the status quo ante, thus to endeavour to remedy the competition-distorting effect of granting an unlawful aid*”; cf. GAMBARO *et al* (2007:184).

configura uma medida desproporcionada relativamente aos objetivos do Tratado⁷⁵, antes ajustada à seriedade e escala da violação.

De forma a plenamente executar a decisão de recuperação da Comissão, as medidas tomadas pelo Estado-Membro devem produzir efeitos concretos em termos de recuperação, devendo esta ser imediata e efectiva. Como refere a Comissão, para “*que a recuperação atinja o seu objetivo, é com efeito essencial que o reembolso do auxílio seja efetuado imediatamente*”.⁷⁶

Outro pormenor interessante refere-se ao montante a recuperar. A Comissão não está obrigada a calcular o montante a restituir na decisão de restituição.⁷⁷ Na sua Comunicação, a Comissão compromete-se a, sempre que “*dispuser dos dados necessários*” tentar “*quantificar de forma precisa o montante do auxílio a recuperar*”, concluindo todavia que não pode fixar o montante exato a recuperar, bastando que a decisão “*contenha indicações que permitam ao Estado-Membro determinar por si próprio, sem dificuldades excessivas, este montante*”.⁷⁸

A restituição desta taxa em conjunto com o auxílio não é vista como sendo consequência do pagamento tardio, tendo antes uma natureza compensatória equivalente à vantagem financeira usufruída pelo beneficiário. Nesse sentido, a taxa aplicável não é a taxa legal em vigor no Estado-Membro, mas sim uma taxa ajustada ao mercado, isto é, uma taxa que se assemelhe ao que um particular estaria obrigado caso tivesse obtido um empréstimo no mercado.⁷⁹

C. O Beneficiário

Uma decisão de recuperação tem como destinatário o Estado-Membro. Todavia, tal não significa que não possa ser oponível a terceiros. É assente desde o ac. *Plaumann*⁸⁰ que qualquer particular, que não o destinatário de uma decisão, pode ser

⁷⁵ TJ (278/92:75); Comunicação da Comissão (C272:13).

⁷⁶ Comunicação da Comissão (C272:15).

⁷⁷ GAMBARO *et al* (2007:185). Esta tarefa pertence ao Estado-Membro em questão, principalmente tendo em conta que o cálculo pode depender de informações que apenas se encontrem na sua posse.

⁷⁸ Por outro lado, a taxa de juro aplicável ao auxílio é definida pela Comissão, contando desde a data em que o auxílio foi colocado à disposição do beneficiário até à sua recuperação. Cf. Comunicação da Comissão (C272:37-39).

⁷⁹ GAMBARO *et al* (2007:186).

⁸⁰ TJ (25/62 *Plaumann*:p.284).

individualmente atingido por esta⁸¹ – tal é o caso do particular obrigado a restituir um auxílio que lhe tenha sido ilegalmente concedido, isto é, o beneficiário.

Este beneficiário será aquele que desfruta do efetivo gozo da vantagem (o beneficiário real)⁸²; em circunstâncias normais, trata-se do destinatário original do auxílio, isto é, a entidade que recebeu os fundos/benefícios. Mais complicado serão os casos em que, por exemplo, se deu a transferência ou venda da entidade beneficiária ou dos seus bens.

A premissa de que o destinatário original do auxílio é também o beneficiário real aplica-se aos casos em que não existam mudanças nem na estrutura, nem na atividade do destinatário que possam ter potenciando uma transferência das vantagens adquiridas para outras entidades.⁸³

No ac. *Alemanha/Comissão*, o Tribunal sustenta que, nos casos em que uma empresa é adquirida ao preço de mercado, ou seja, ao preço mais elevado que um investidor privado estaria disposto a pagar pela sociedade na situação em que se encontrava após ter beneficiado de um auxílio, o “*elemento de auxílio foi avaliado e incluído no preço de compra*”⁸⁴. Nestes casos, não poderia a adquirente ser obrigada a devolver qualquer montante seguindo-se uma decisão de recuperação (apenas a empresa originária). *A contrario*, quando a venda se der por um preço inferior ao preço de mercado, a decisão de recuperação deve ser extensível à adquirente.⁸⁵

Gambaro, citando neste ponto a opinião do A.G. Van Gerven, nota que uma vez que a recuperação não é uma sanção, antes a responsabilidade emergente da ilegalidade do auxílio, esta deve ser consequentemente transferível.⁸⁶ Certo é que, além das situações de venda abaixo do preço de mercado⁸⁷, existindo continuidade económica

⁸¹ É afetado se a decisão lhe disser respeito em razão de determinadas qualidades que lhe são particulares ou de uma situação de facto que o caracterize em relação a qualquer outra pessoa e, por esse facto, o individualize de modo análogo ao destinatário. Cf. também LENAERTS (2014:340-341); TJ (15/98:32).

⁸² SANTOS (2003:193).

⁸³ TOPFER *et al* (2004:422).

⁸⁴ TJ (277/00:80).

⁸⁵ Nesse sentido, cf. Comunicação da Comissão (C272:68).

⁸⁶ Cf. GAMBARO *et al* (2007:189).

⁸⁷ Que a Comissão, na sua Comunicação sobre a aplicação efetiva das decisões relativas a auxílios ilegais, também refere como a condição que torna extensível a obrigação de recuperar a outras empresas para além do beneficiário inicial. Esta utiliza o critério da venda abaixo do preço de mercado quando são vendidos activos e/ou ações, considerando que tal demonstra a finalidade de contornar a ordem de recuperação. Cf. Comunicação da Comissão (C272:33-35).

entre as duas empresas, a adquirente pode ser considerada como beneficiária efetiva do auxílio atribuído, e, conseqüentemente, obrigada à restituição.⁸⁸

Ao beneficiário é por fim aberta a possibilidade de interposição de um recurso de anulação, nos termos do art. 263º do TFUE, por se tratar de um acto que lhe diz direta e individualmente respeito.

Este recurso não tem em princípio efeito suspensivo (art. 278º do TFUE); todavia, o Tribunal pode atribuir-lhe tal efeito mediante requerimento do beneficiário, precisando “*as circunstâncias que justificam a urgência*” e incluindo os “*fundamentos de direito e de facto*” que justificam a adoção “*das medidas provisórias solicitadas*”.⁸⁹

D. Destinatário: Os Estados-Membro

Não tendo a Comissão poderes de execução, cabe ao Estado-Membro dar efetividade à decisão de recuperação de auxílios ilegais.

Por força do art. 288º do TFUE, os Estados-Membros encontram-se vinculados às decisões da Comissão, e, como tal, devem zelar pelo cumprimento em específico da decisão de restituição. Também o Reg. de Processo, refletindo as exigências do princípio da efetividade⁹⁰, determina que cumpre aos Estados-Membros tomar as medidas necessárias à recuperação do auxílio, através do direito nacional, permitindo uma imediata e efetiva execução da decisão.

⁸⁸. No ac. *Grécia/Comissão*, o Tribunal aponta, como forma de constatar a existência ou não da continuidade económica entre duas sociedades, os seguintes elementos: o objeto da transferência (ativos, passivos, conservação da força de trabalho), o preço da transferência, a identidade dos preços da transferência, a identidade dos acionistas ou dos proprietários da empresa adquirente e da original, o momento em que a transferência é realizada ou ainda a lógica económica da operação. É com base nestes que o Tribunal afirma serem objetivos os critérios jurisprudenciais de identificação do beneficiário efetivo. Cf. TG (415/05:104,135,146).

Ao nível do direito da OMC fala-se da questão do “*pass-through*”; isto é, segundo Campos, no caso de subvenções atribuídas a um produtor, situado a montante na cadeia produtiva, não se pode presumir que “*beneficia automaticamente outro produtor não relacionado situado a jusante (...). Só se existir uma identidade completa entre um e outro produtores é que é possível fazer essa assunção. Quando essa identidade não existir, é preciso demonstrar (...) que a vantagem resultante da subvenção passou (...) da empresa fornecedora para a empresa compradora*”; cf. CAMPOS (2011:377).

⁸⁹ Comunicação da Comissão (C272:25).

⁹⁰ TJ (210/09:20), LENAERTS (2014:137).

O princípio da efetividade é de importância extrema, enformando todo o direito da União; por força do mesmo, devem os Estados-Membros garantir a plena aplicação do DUE, quer através da adequação das legislações nacionais, quer “*adotando disposições jurídicas suscetíveis de criar uma situação suficientemente precisa, clara e transparente que permita aos particulares conhecer todos os seus direitos e invocá-los perante os órgãos nacionais*” (princípio da segurança jurídica); cf. GORJÃO-HENRIQUES (2014:344).

O Estado-Membro obrigado a recuperar um auxílio ilegal pode escolher os meios a usar no cumprimento da obrigação, desde que as medidas escolhidas não coloquem em causa o alcance e eficácia do DUE (quer isto dizer que o Estado-Membro tem de considerar os vários mecanismos tendentes à recuperação e selecionar aquele que certamente levará à imediata execução da decisão).

Parafraseando o Tribunal de Justiça, um “*Estado-Membro só cumpre essa obrigação de recuperação se as medidas que adotar forem adequadas ao estabelecimento das condições normais de concorrência, falseadas pela concessão do auxílio ilegal cuja recuperação foi ordenada*”.⁹¹ Nesse sentido, as disposições de direito interno que disciplinam a recuperação não podem ser aplicadas de maneira a tornar praticamente impossível a restituição exigida pelo DUE, devendo respeitar “*em toda a sua extensão*” o interesse da União.⁹²

De forma a serem efetivas, as medidas tomadas pelo Estado-Membro devem produzir efeitos concretos, isto é, devem resultar na recuperação real dos montantes devidos pelo beneficiário.⁹³ A recuperação deve também ser levada a cabo no prazo estabelecido pela Comissão⁹⁴; uma recuperação tardia, que ultrapasse esse prazo, prolongando a vantagem concorrencial indevida, não cumpre as exigências do Tratado.⁹⁵

Os meios destinados à recuperação de um auxílio ilegal usados pelo Estado-Membro podem ainda ser objeto de impugnação e anulação junto dos tribunais nacionais, como corolário do princípio da proteção jurisdicional efetiva, reconhecido a nível comunitário.

E. Incumprimento da Decisão

Segundo a Comissão, considera-se “*que um Estado-Membro deu cumprimento à decisão de recuperação quando o auxílio tiver sido reembolsado na íntegra dentro do prazo estabelecido ou, no caso de um beneficiário insolvente, quando a empresa tiver sido liquidada em condições de mercado*”.⁹⁶ Não cumprindo o Estado-Membro a

⁹¹ TJ (210/09:21).

⁹² TJ (404/97:55).

⁹³ Comunicação da Comissão (C272:23).

⁹⁴ A Comissão estabelece, nesse sentido, dois prazos: o primeiro, de dois meses, para os Estados-Membros informarem a Comissão das medidas previstas; o segundo, de quatro meses, dentro do qual a decisão deve ser executada. Cf. Comunicação da Comissão (C272:42).

⁹⁵ TJ (304/09:31).

⁹⁶ Cf. Comunicação da Comissão (C272:69).

decisão no prazo fixado, o n.º2 do art. 108º permite à Comissão recorrer diretamente para o TJUE.⁹⁷

Esta previsão configura uma ação por incumprimento especial que, em derrogação do previsto nos arts. 258º e 259º do TFUE, não tem de ser precedida por uma fase pré-contenciosa (de facto, existindo já um decisão da Comissão, onde o Estado-Membro foi consultado, seria meramente dilatatório exigir um parecer fundamentado para avançar para o TJUE). Esta previsão encontra também lugar no art. 23º do Reg. de Processo.

É de notar que a Comissão tem também aqui poder para, preenchidas que se encontrem certas condições, ordenar que o Estado-Membro suspenda o pagamento de um novo auxílio compatível ao beneficiário em questão.⁹⁸

Nem a Comissão, nem a jurisprudência do TJUE são (logicamente) favoráveis aos Estados que não cumpram a obrigação que lhes é imposta de recuperar um auxílio ilegalmente prestado. É comum a referência à impossibilidade absoluta de execução da decisão como a única defesa invocável pelo Estado-Membro. Este conceito, como veremos, é todavia de difícil preenchimento.

F. Prescrição

O art. 15º do Reg. de Processo prevê como prazo geral de prescrição dos poderes da Comissão para recuperar um auxílio o período de dez anos, começando a contar a partir da data em que o auxílio ilegal tenha sido concedido ao beneficiário (sendo assim a concessão efetiva do auxílio o elemento decisivo para determinar o prazo de prescrição).

⁹⁷ Não apenas a Comissão, mas qualquer outro Estado interessado pode recorrer a esta possibilidade. Cf. Comunicação da Comissão (C272:72). Já um particular não pode recorrer ao TJUE com base no não cumprimento pelo Estado-Membro de obrigações a que estava adstrito. Se disso tiver necessidade, deve contestar o comportamento do Estado nos tribunais nacionais. Não se mostrando tal suficiente, pode também apresentar uma queixa junto da Comissão (apesar de esta não ter qualquer obrigação de agir). Cf. LENAERTS (2014:181).

⁹⁸ No ac. *Deggendorf*, o tribunal pronunciou-se no sentido de que “quando a Comissão examina a compatibilidade de um auxílio de Estado com o mercado comum deve tomar em consideração todos os elementos pertinentes, inclusivamente, se for caso disso, o contexto já apreciado numa decisão anterior, bem como as obrigações que essa decisão anterior impôs a um Estado-Membro. Daqui resulta que a Comissão era competente para tomar em consideração, por um lado, o eventual efeito cumulativo dos antigos auxílios (...) e dos novos auxílios (...) e, por outro, o facto de os auxílios (...) declarados ilícitos pela decisão *TWD I*, não terem sido restituídos”; cf. TPI (244/93:56) e Comunicação da Comissão (C272:75-78).

A este respeito, no ac. *France Télécom*⁹⁹, confrontado com um regime de tributação anual que concedia à empresa em causa condições especiais, objeto de uma decisão de recuperação por parte da Comissão, o Tribunal sublinha que “*a determinação da data da concessão de um auxílio é suscetível de variar em função da natureza do auxílio em causa*”.

Continua dizendo que, num regime que se traduza na concessão periódica de vantagens, o período entre a data de adoção do ato que constitui o fundamento jurídico do auxílio e a data em este é efetivamente atribuído pode ser significativo. Nesse sentido, para efeitos prescricionais, deve considerar-se que o auxílio foi atribuído na data em que efetivamente foi concedido.

A interrupção do prazo de prescrição dá-se através de qualquer ato praticado pela Comissão (ou pelo Estado-Membro a pedido desta) relativamente a determinado auxílio, iniciando um novo prazo.¹⁰⁰

⁹⁹ TJ (81/10P:52).

¹⁰⁰ Ainda de acordo com o n.º 1 do art. 15º, o prazo de prescrição é suspenso enquanto a decisão da Comissão for objecto de um processo no TJUE.

III – Meios de Defesa?

1. OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO COMUNITÁRIO

Desde os seus primórdios que a UE se concebeu como uma comunidade baseada numa “*rule of law*”¹⁰¹, entendida no sentido de limitar, processual e substancialmente, o poder exercido pelos órgãos e instituições no confronto com os particulares. A esta se associam importantes princípios assimilados pelo DUE, como o princípio da certeza legal, das expectativas legítimas, da proporcionalidade ou da transparência.¹⁰²

De facto, a “*rule of law*” da União é constituída por princípios gerais de direito, sendo reconhecida a necessidade de a estes recorrer de maneira a evitar uma negação de justiça¹⁰³. Inicialmente referente a princípios base, como o princípio da não discriminação, da proporcionalidade, do direito à defesa e do efeito direto, a concretização dos princípios do DUE foi eventualmente alargada, abarcando questões de direitos fundamentais e o reconhecimento das tradições constitucionais comuns aos vários Estados-Membros.¹⁰⁴

Atualmente estes princípios configuram, inegavelmente, além de uma fonte não escrita de direito europeu, direito originário, tendo sido incluídos no Tratado¹⁰⁵. Consequentemente, um ato de direito derivado contrário a um princípio geral de direito comunitário pode ser impugnado por um particular junto dos TJUE (nos termos do art. 263º do TFUE) ou através do reenvio prejudicial pelo órgão jurisdicional nacional (art. 267º do TFUE).

¹⁰¹ Entendemos que a aplicação aqui do termo português “Estado de Direito” não se adequa, motivo pelo qual utilizaremos a expressão inglesa.

¹⁰² BERNITZ *et al* (2000:3).

¹⁰³ BERNITZ *et al* (2000:5).

¹⁰⁴ RZOTKIEWICZ (2013:466).

¹⁰⁵ Veja-se o art. 6º, n.º3 do TUE, em relação a direitos fundamentais, ou o art. 340º do TFUE relativamente à responsabilidade extracontratual da União.

É neste contexto que deve ser apreciado o art. 14º, n.º1, do Reg. de Processo, ao prever que a recuperação de um auxílio não é exigível (não deve ser ordenada) quando contrária a um princípio geral de direito comunitário. Deste modo, um auxílio ilegalmente concedido não é necessariamente objeto de uma decisão de recuperação, o que implica uma exceção à noção do Tribunal de que a restituição é a consequência lógica da concessão do auxílio em violação do art. 108º, n.º3.¹⁰⁶

Uma questão interessante é saber se, desta norma, nasce para a Comissão (bem como para os tribunais) o dever de confrontar a sua decisão de recuperação com possíveis violações de princípios gerais de DUE. Encontramos posições nos dois sentidos; apesar de a Comissão ter anteriormente afirmado que não estava obrigada a esse exame, no ac. *France Télécom* afirmou que não só a isso estava obrigada, como a comparação entre decisão e princípios deveria ser feita oficiosamente.¹⁰⁷ Seguindo o art. 14º, n.º1 do Reg. de Processo, que expressamente refere que “a Comissão não deve exigir a recuperação”, acreditamos, no mesmo sentido que Jaros¹⁰⁸, ser a última posição a que melhor se adequa.

No âmbito dos auxílios de Estado, nem todos os princípios invocados perante o TJUE são aceites como obstando à restituição¹⁰⁹. Quando o são, são-no com as devidas reservas e requisitos. É nesse sentido que Rzotkiewicz¹¹⁰ acaba por afirmar que os princípios gerais de direito comunitário reconhecidos pela jurisprudência, quando se fala de auxílios de Estado, se resumem a três: princípio das expectativas legítimas, princípio da proporcionalidade e princípio da segurança jurídica. Dentro destes, tem especial importância o princípio das expectativas legítimas, sendo este que vamos aqui focar.

2. DO LADO DO BENEFICIÁRIO: EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

Como resulta do ac. *Töpfer*¹¹¹, o princípio das expectativas legítimas, corolário do princípio da segurança jurídica¹¹², integra o direito comunitário e a sua inobservância constitui uma violação do Tratado.

¹⁰⁶ RZOTKIEWICZ (2013:466).

¹⁰⁷ RZOTKIEWICZ (2013:464).

¹⁰⁸ JAROS (2004:574).

¹⁰⁹ Como por exemplo o princípio *ne bis in idem*, uma vez que a restituição não é entendida como uma sanção. Cf. RZOTKIEWICZ (2013:467).

¹¹⁰ RZOTKIEWICZ (2013:467).

¹¹¹ TJ (112/77 *Töpfer*:19).

Por força deste, qualquer sujeito de direito que, devido ao comportamento da autoridade pública, sustente esperanças fundadas relativamente à futura atividade governamental, pode reclamar que essas expectativas sejam cumpridas, salvo existam razões de ordem pública que o impeçam. Protege, nesse sentido, particulares que participem no mercado de efeitos imprevisíveis e inesperados resultantes da discricionariedade dos poderes públicos ao adotarem nova legislação ou decisões.¹¹³

O DUE admite que o beneficiário de um auxílio ilegal se oponha à restituição invocando o princípio das expectativas legítimas. Os Estados-Membros, por outro lado, não gozam dessa prerrogativa; a jurisprudência atualmente não permite que o Estado invoque as expectativas legítimas do beneficiário para se subtrair à obrigação de tomar todas as medidas necessárias ao cumprimento de uma decisão da Comissão que ordene a recuperação de um auxílio.¹¹⁴

Afirma o Tribunal que eventuais esperanças indevidamente suscitadas pelos Estados-Membros, sem que a Comissão delas tenha sido informada, nunca poderão afetar a legalidade da decisão; admitir essa válvula de escape seria o mesmo que privar o regime de auxílios do seu efeito útil, permitindo aos Estados usar o seu próprio comportamento ilegal ou a sua negligência para anular a eficácia de uma decisão.¹¹⁵

Segundo Rzotkiewicz, este entendimento é problemático, uma vez que a exclusão do Estado-Membro da possibilidade de alegar o princípio das expectativas legítimas só deveria acontecer perante uma clara violação da obrigação de *standstill* ou

¹¹² O princípio da expectativas legítimas é entendido como parte integrante do princípio mais amplo da segurança jurídica. Como refere Alexandrino, o princípio da segurança jurídica liga-se às ideias de subordinação do Estado ao Direito, previsibilidade da atuação estatal, clareza e precisão das normas jurídicas, publicidade e transparência dos atos e dos procedimentos públicos e respeito pelos direitos, expectativas e interesses legítimos dignos de proteção pelo Direito. Nas palavras de Rzotkiewicz, “*it states that a person has the right to expect that his/her rights will not be violated without a valid reason*”. O princípio da segurança jurídica e o princípio das expectativas legítimas, que podemos considerar “dois lados da mesma moeda”, são frequentemente alegados em conjunto perante os TJUE, sem que seja feita uma distinção clara entre estes. Fazendo frente a esta tendência, no ac. *Salzgitter*, o Tribunal vem afirmar que “*a recorrente não invoca uma confiança legítima na regularidade do auxílio mas sim uma violação do princípio da segurança jurídica, a qual não pode ser limitada pelas condições exigidas para o nascimento de uma confiança legítima na esfera do beneficiário dos auxílios*”. Apesar de não fazer uma clarificação do princípio da segurança jurídica, o Tribunal afirma que este não se confunde com o princípio das expectativas legítimas, sendo os critérios de averiguação de um e de outro diferentes. Cf. ALEXANDRINO (2007:79), RZOTKIEWICZ (2013:470-471), TPI (308/00 *Salzgitter*:166).

¹¹³ ELOFSSON (2010:23).

¹¹⁴ Cf. TPI (116/01:202).

¹¹⁵ TPI (109/01:143).

na presença de sérias dúvidas quanto à compatibilidade do auxílio com o mercado interno. Entende o autor não se justificar negar a um Estado o direito de invocar este princípio quando, por exemplo, de acordo com jurisprudência assente, este tenha presumido não ser necessária a notificação (por não existir um auxílio), ou nos casos em que a Comissão determina, pela primeira vez, que certa ajuda constitui um auxílio.¹¹⁶

Não podemos, nesta posição, concordar com o autor, uma vez que configuraria um abuso de direito permitir a um Estado-Membro evitar a obrigação de notificar a Comissão, assente no Tratado, podendo posteriormente invocar expectativas legítimas perante uma clara violação do DUE. Mesmo nos casos em que consistentemente determinada medida não é considerada um auxílio, cada ajuda, ao preencher em abstrato os pressupostos do art. 107º, n.º1, deve ser analisada concretamente e, para tal, apenas tem a Comissão competência.

Também o conceito de “sérias dúvidas” quanto à compatibilidade com o mercado configura, no nosso entendimento, um termo perigoso, que a ser utilizado neste contexto levaria a que cada vez mais os Estados-Membros concedessem ajudas em violação do Tratado. A regra, como cada Estado-Membro já deveria ter assente, é, no caso de dúvida, notificar.¹¹⁷

De tudo o dito se retira que, na tradição europeia, não cabe ao Estado-Membro, mas sim ao beneficiário, invocar circunstâncias excepcionais que possam criar na sua esfera jurídica uma confiança legítima, de forma a opor-se à restituição de um auxílio. Porém, definir o princípio dentro do DUE complica-se devido ao seu sentido subjetivo. Também a sua prova é complexa ao ser necessário o preenchimento de requisitos rigorosos estabelecidos na jurisprudência, derivados do carácter imperativo do regime de auxílios de Estado.

De uma forma geral, não podem as empresas beneficiárias de um auxílio ter confiança legítima na sua regularidade nos casos em que este seja concedido em desrespeito do art. 108º n.º3 do TFUE¹¹⁸, bem como nos casos em que tenham agido de forma a excluir essa mesma confiança legítima.¹¹⁹

¹¹⁶ Cf. RZOTKIEWICZ (2013:468).

¹¹⁷ Como refere a jurisprudência, “*cabe recordar, a título preliminar, que a obrigação de notificação constitui um dos elementos fundamentais do sistema de controlo instituído pelo Tratado no domínio dos auxílios de Estado*”. Cf. TJ (81/10P *France Télécom*:58).

¹¹⁸ TJ (24/95:25). Todavia, no ac. *Territorio Histórico de Álava*, o Tribunal afirma que “*a jurisprudência não exclui a possibilidade de os beneficiários de um auxílio ilegal por não ter sido notificado (...) invocarem circunstâncias excepcionais, que legitimamente geraram a sua confiança*”.

Tanto Rzotkiewicz como Gambaro¹²⁰ consideram que, de forma a invocar o princípio das expectativas legítimas, é necessário a verificação de três requisitos, de igual necessidade e importância: a existência de um ato ou conduta de um órgão da UE que tenha previamente criado uma expectativa legítima; que um operador económico diligente não conseguisse prever a adoção de uma medida que afetasse os seus interesses (legitimidade das expectativas); por fim, a inexistência de interesses públicos que se sobreponham ao interesse privado do beneficiário.

A. Ato ou Conduta de um Órgão da UE

Em relação ao ato ou conduta de um órgão da UE que previamente tenha criado na esfera jurídica do beneficiário uma expectativa jurídica (a base legal da expectativa legítima) é necessário tecer alguns comentários.

O ato não pode, como logicamente se compreende, ser proveniente do Estado-Membro acusado de violar o DUE (só um ato da União é suscetível gerar expectativas legítimas), e deve configurar uma garantia de que o auxílio é compatível ou de que não constitui um auxílio. Apesar de ser aceite que esta garantia pode emergir do TJUE além da Comissão, a questão difere quando se fala do Conselho.

No caso *Forum 187*¹²¹, o Tribunal decidiu que as conclusões do Conselho, por exprimirem uma vontade política, não produziram efeitos jurídicos invocáveis perante o Tribunal ou vinculativos da Comissão no exercício de competência próprias, não se enquadrando no primeiro critério para efeitos do princípio.

Neste assunto concordamos com Rzotkiewicz¹²², ao afirmar que esta exclusão do Conselho não é justificável, uma vez que este é uma instituição da UE com competências para além das declarações políticas, nomeadamente poderes legislativos (incluindo o poder de considerar determinado auxílio compatível com o mercado

na regularidade desse auxílio, para se oporem ao respetivo reembolso”, abrindo assim uma exceção à posição de que um auxílio não notificado não é capaz de gerar expectativas legítimas; cf. TPI (30/01:282).

¹¹⁹ Quando, por exemplo, fornecem informações falsas ou incompletas à Comissão. ELOFSSON (2010:26).

¹²⁰ Cf. RZOTKIEWICZ (2013:468) e GAMBARO *et al* (2007:197).

¹²¹ TJ (182/03:151).

¹²² RZOTKIEWICZ (2013:469).

interno). Destarte, deveria ser a questão avaliada casuisticamente, e não tida como jurisprudência assente a partir do caso *Forum 187*.¹²³

O ato em si pode consistir em qualquer forma de comportamento positivo de um órgão comunitário, materializado num compromisso claro (a garantia deve fornecer informações precisas, incondicionais e concordantes)¹²⁴. Mas não só; pode também consistir numa prática administrativa reiterada, numa posição legal ou simplesmente na inação da órgão¹²⁵; no ac. *RSV*¹²⁶, a demora de 26 meses por parte da Comissão a proferir uma decisão foi entendida como geradora de expectativas legítimas de que o auxílio era compatível com o mercado.

B. Operador Económico Diligente

Relativamente ao segundo critério, a criação de expectativas legítimas depende de, no momento da concessão da ajuda, um operador económico diligente não conseguir prever a alteração da medida de forma lesiva dos seus interesses.

Como tal, deve o beneficiário estar em condições de determinar se o procedimento de notificação foi seguido e se a obrigação de *standstill* não foi violada, isto é, se foram respeitados os requisitos legais de atribuição de um auxílio (uma vez que, não o sendo, a obrigação de restituição é facilmente previsível).¹²⁷ Um operador económico diligente deve estar em condições de se certificar que esse procedimento foi respeitado, mesmo quando a ilegalidade da decisão de concessão é imputável ao Estado-Membro.¹²⁸

¹²³ Incrivelmente, no ac. *Forum 187* o Tribunal acaba por concluir pela procedência da invocação das expectativas legítimas, apesar de em relação a um ato diferente da União. No ac. em causa, a acreditação dos centros de coordenação belgas, inicialmente considerada pela Comissão como não contendo elementos de auxílio, foi reavaliada após a adoção de uma Comunicação, concluindo-se pela existência de um auxílio. Nesse âmbito surgiram as conclusões do Conselho, que foram consideradas como não sendo suscetíveis de criar expectativas legítimas. Todavia, a posição da Comissão ao permitir que as acreditações em curso se mantivessem até 2010, recusando simultaneamente qualquer regime transitório aos centros cujo pedido de renovação de acreditação estivesse pendente na data da notificação da decisão, levou o Tribunal a decidir pela existência de expectativas legítimas quanto aos últimos beneficiários. Cf. TJ (182/03:156-167).

¹²⁴ TG (487/11:125). Não se torna necessário que o acto se dirija diretamente ao beneficiário concreto, uma vez que este pode alegar similaridades do seu caso com outros onde essa garantia foi dada. RZOTKIEWICZ (2013:468).

¹²⁵ ELOFSSON (2010:24).

¹²⁶ TJ (223/85 RVS:17).

¹²⁷ JAROS (2004:574).

¹²⁸ TG (177/07:173) e (487/11:125).

O beneficiário não pode com sucesso invocar a existência de expectativas legítimas quando não conseguir estabelecer que todos os requisitos necessários à legal atribuição do auxílio foram cumpridos, sendo irrelevante a boa-fé do mesmo, que o lucro tenha entretanto cessado, o tamanho da empresa beneficiária (as PMEs não são aqui excluídas)¹²⁹, ou a duração da situação (que não resulta em qualquer direito à manutenção indefinida da mesma).¹³⁰

Nesse sentido, nasce para os beneficiários a obrigação examinar cuidadosamente as normas de DUE relevantes, não devendo para isso depender apenas da informação dada pelas autoridades públicas nacionais (uma vez que não podem invocar junto da Comissão ou do TJUE legítimas expectativas com base em atos pelas autoridades nacionais).

Aqui acrescentamos a ideia de razoabilidade das expectativas, isto é, no momento da decisão sobre a existência de expectativas legítimas não pode deixar de ser tida em conta a questão de se, naquele específico mercado, um ator experiente seria levado a pensar da mesma forma e a criar as mesmas expectativas.¹³¹

C. Interesse Público

O último requisito exige uma ponderação entre interesses públicos e privados que conclua pela precedência do interesse privado, apesar tradicionalmente a jurisprudência apenas se referir ao critério de forma passageira.¹³²

Assim, mesmo que um ato de um órgão da UE tenha previamente criado uma situação capaz de criar expectativas legítimas, pode um interesse público ser considerado superior ao interesse do privado.¹³³ Nestes casos, compete à Comissão a invocação e prova de um interesse público superior que prevaleça sobre o interesse privado¹³⁴.

No ac. *Affish*, em relação a uma Diretiva que aplicava disposições específicas no âmbito da importação de produtos de pesca provenientes de países terceiros, no seguimento da qual a Comissão adotou uma decisão que proibia a importação de produtos originários do Japão, a *Affish*, cuja atividade se baseava na importação de

¹²⁹ JAROS (2004:577). Apenas em casos excepcionais, e de maneira casuisticamente avaliada, pode existir derrogação deste requisito, cf. RZOTKIEWICZ (2013:470).

¹³⁰ ELOFSSON (2010:25).

¹³¹ ELOFSSON (2010:27).

¹³² ELOFSSON (2010:45).

¹³³ TJ (183/95:57).

¹³⁴ RZOTKIEWICZ (2013:470); TJ (152/88:18-19).

produtos ultracongelados à base de peixe do Japão, vem contestar a decisão, impugnando a violação de um acordo no âmbito da OMC aplicável, bem como o facto de não terem sido previstas medidas transitórias quanto aos lotes já expedidos.

O Tribunal vem aqui defender que não se poderia invocar o princípio das expectativas legítimas, dado que o objetivo da decisão, a protecção da saúde pública, constituía um interesse público superior.¹³⁵

Mais interessante é a conclusão do Tribunal no ac. *P&O European Ferries*, ao afirmar que, no âmbito dos auxílios de Estado, “*existe um interesse público importante e que visa evitar que o funcionamento do mercado seja falseado por auxílios de Estado prejudiciais à concorrência, o que exige (...) que os auxílios ilegais sejam restituídos a fim de a situação anterior ser restabelecida*”. O Tribunal continua dizendo que este interesse público compreende a proteção dos concorrentes, que têm interesse em contestar os atos da Comissão que lhes causem prejuízo.¹³⁶

Nesta decisão é evidente a preocupação com as distorções no mercado causadas por auxílios ilegalmente atribuídos e, nesse sentido, a restrição do princípio das expectativas legítimas pelo funcionamento do mercado em condições de normalidade estará sempre na linha da frente nesta ponderação de interesses. Como tal, apenas na presença de situações verdadeiramente excepcionais, cumpridos os restantes requisitos, prevalecerá o interesse do beneficiário sobre o interesse público que é a proteção do mercado e da concorrência.

Um beneficiário que consiga provar a cumulatividade destes requisitos, e a inexistência de um interesse público superior (o que, à luz do interesse público acima descrito poderá ser complicado), fica exonerado da obrigação de reembolsar o Estado que lhe tenha concedido um auxílio de forma ilegal. Claro que, na prática, a prova destes elementos é frequentemente difícil, o que é comprovado pelo pequeno número de casos em que esta defesa foi acolhida.¹³⁷

A adoção de uma abordagem tão restrita do princípio é vista por Jaros e Ritter¹³⁸ como um “*passo positivo*”, dado que, se assim não fosse, o controlo efetivo dos auxílios de Estado seria facilmente contornado. De facto, uma vez que tanto o Estado-Membro

¹³⁵ TJ (183/95 *Affish*:57).

¹³⁶ TPI (116/01:208-209).

¹³⁷ Cf. Eloffsson (2010:31).

¹³⁸ JAROS (2004:578).

como o beneficiário são interessados na não recuperação de um auxílio, concordamos que esta perspectiva do princípio evita que o beneficiário se “esconda” no erro do Estado-Membro ao não cumprir os procedimentos necessários à concessão de um auxílio.¹³⁹

3. DO LADO DO ESTADO-MEMBRO: IMPOSSIBILIDADE ABSOLUTA

Passado em revista a defesa mais invocada pelo beneficiário, resta-nos falar do meio de defesa dos Estados-Membros. Uma vez notificado de uma decisão da Comissão que imponha a recuperação de um auxílio ilegalmente prestado, e não contestando a validade da decisão em si¹⁴⁰, o Estado-Membro, teoricamente, pode ainda alegar como última defesa a existência de uma *impossibilidade absoluta de execução*.¹⁴¹ Dizemos “teoricamente” uma vez que, da análise da jurisprudência dos TJUE, se depreende uma sistemática recusa em aceitar argumentos baseados na impossibilidade absoluta de execução.

O conceito em si é interpretado de forma restrita. A obrigação para o Estado-Membro de executar uma decisão da Comissão que ordene a recuperação de forma eficaz e imediata, como referimos supra, não é facilmente contornada. Efetivamente, o facto de o Estado, ao tentar executar a decisão, se deparar com dificuldades imprevistas ou imprevisíveis, ou esbarrar em “*consequências não encaradas pela Comissão*”, não é o suficiente para preencher o conceito. Quando tal aconteça, e ao abrigo do princípio da cooperação leal (art. 4º, n.º3 do TUE), o Estado deve comunicar essa situação à Comissão ao mesmo tempo que propõe modificações que considere apropriadas à decisão.¹⁴²

Os requisitos não acabam aí, uma vez que não é suficiente a comunicação de dificuldades à Comissão, quer estas sejam jurídicas, políticas ou práticas. A tentativa frustrada de executar a decisão por parte do Estado-Membro tem de configurar uma “*verdadeira diligência junto das empresas em causa para recuperar o auxílio*”, tal que as propostas oferecidas à Comissão com formas alternativas de aplicação da decisão,

¹³⁹ E, por outro lado, que o Estado-Membro aproveite as expectativas legítimas do beneficiário para obstar à recuperação.

¹⁴⁰ Por, por exemplo, contrário a um princípio geral de direito comunitário.

¹⁴¹ Cf., por exemplo, TJ (C-304/09:35).

¹⁴² TJ (52/84:16).

que permitam superar as dificuldades encontradas, tenham uma efetiva aplicação prática.¹⁴³

No ac. *Alcan*, o Tribunal faz uma óbvia, mas importante observação, ao indicar que o Estado está limitado a dar execução à decisão da Comissão; isto é, quando a Comissão ordena, por uma decisão não contestada jurisdicionalmente, “*a cobrança de quantias indevidamente pagas, a autoridade nacional não tem o direito de fazer qualquer outra constatação*”.¹⁴⁴

Isto leva à conclusão de que o Estado não pode fazer uso, por exemplo, de medidas internas para recusar a recuperação. Nesse sentido, um prazo prescricional nacional não pode ser alegado, uma vez que, caso contrário, a recuperação “*tornar-se-ia praticamente impossível*”, sendo as normas relativas aos auxílios “*privadas de qualquer efeito útil*”.¹⁴⁵ Também a inexistência no direito interno de uma forma específica de recuperar não configura uma impossibilidade absoluta.¹⁴⁶

Dificuldades técnicas e administrativas também não são o suficiente para invocar uma impossibilidade absoluta. No ac. *Comissão/Itália*, perante a invocação pelo Governo Italiano da necessidade de “*determinação dos beneficiários em abstrato (cerca de 100 000), a análise de cada situação individual (...), a verificação do crédito de imposto efetivamente utilizado, a repartição do crédito total (...), a preparação dos documentos para instruir cada pedido de restituição e o pedido de restituição*”, o Tribunal conclui simplesmente que, mesmo que de facto a recuperação do crédito em causa causasse dificuldades no plano administrativo, tal não significaria que a recuperação era tecnicamente impossível.¹⁴⁷

¹⁴³ Cf. TJ (304/09:36). A Comissão refere que a impossibilidade não pode ser meramente presumida, devendo o Estado demonstrar que tentou, “*de boa-fé*”, recuperar o auxílio; cf. Comunicação (C272:19).

¹⁴⁴ TJ (24/95 *Alcan*:34).

¹⁴⁵ No ac. *Alcan*, diz o Tribunal que, quando “*a autoridade nacional deixa expirar o prazo de preclusão previsto no direito nacional para a revogação da decisão de concessão, tal situação não pode ser equiparada à de um operador económico que ignora se a administração competente se vai pronunciar, caso em que o princípio da segurança jurídica exige que seja posto termo a esta incerteza*”. Nestes casos, o Tribunal considera que a incerteza acaba no momento em que a Comissão adota uma decisão. Cf. *Ibid*:35-37.

¹⁴⁶ No já antigo ac. *Itália/Comissão*, o tribunal afirmou que “*mesmo que, nos termos do direito italiano, o ENI não possa recuperar os montantes (...), este facto não obsta à plena aplicação do direito comunitário e, por isso, não tem qualquer influência na obrigação de proceder à recuperação dos auxílios em questão*”; cf. TJ (303/88:60).

¹⁴⁷ TJ (280/95:18-25).

Num ac. do ano seguinte, que também tinha a República Italiana como parte, o Tribunal voltou a pronunciar-se no sentido de que a alegação do Estado-Membro de que a recuperação “*provocaria um conflito social de que o Estado sairia a perder*” e que “*as operações técnicas necessárias (...) colocariam dificuldades que razoavelmente se podem considerar insuperáveis*” não procediam, uma vez que o Estado nem sequer teria feito qualquer tentativa de recuperar o auxílio, não ficando demonstrada a impossibilidade de executar a decisão.¹⁴⁸

A par das defesas acima apresentadas, duas mais se associam ao esquema da impossibilidade absoluta: as dificuldades económicas do beneficiário (e eventual insolvência) e a suspensão da aplicação da decisão pelos tribunais nacionais (a chamada impossibilidade jurídica absoluta), que vamos agora abordar com maior detalhe.

A. Dificuldades Económicas do Beneficiário

Em princípio, a obrigação de recuperar não é afetada por qualquer circunstância ligada a dificuldades económicas do beneficiário. Sempre que um Estado-Membro alega a difícil posição financeira do beneficiário, quer atual, quer potencial (após a restituição), o Tribunal é claro ao afirmar que a situação financeira da empresa, ainda que extremamente degradada, não constitui uma impossibilidade absoluta de execução. Muito pelo contrário, defende a jurisprudência que, uma vez o objetivo é a supressão do auxílio e dos seus efeitos sobre a concorrência, a execução é sempre possível através da liquidação provocada da empresa.¹⁴⁹

No mesmo sentido, a entrada em processo de insolvência do beneficiário também não preenche por si só os requisitos de uma impossibilidade absoluta de execução. Como vem sendo dito, quer pelos TJUE¹⁵⁰, quer pela Comissão¹⁵¹, o facto de o beneficiário do auxílio ser insolvente não tem qualquer incidência sobre a obrigação de restituir.

Assim, e em relação ao processo de insolvência, comecemos por afirmar que a obrigação do Estado-Membro de recuperar determinado montante, em respeito da sua obrigação de dar uma aplicação efetiva à decisão da Comissão, se torna crítica na presença de beneficiários em processo de insolvência, uma vez que, como

¹⁴⁸ TJ (6/97:32-34).

¹⁴⁹ TJ (52/84:14); quer isto dizer que o DUE aceita que determinada empresa seja definitivamente excluída do mercado na sequência de um auxílio ilegal.

¹⁵⁰ Cf. TJ (142/87:63) e (42/93:32).

¹⁵¹ Cf. Comunicação da Comissão (C272:60).

frequentemente acontece, o credor pode não conseguir a restituição da totalidade do seu crédito, isto é, o Estado pode não recuperar a totalidade do auxílio indevidamente concedido.¹⁵² Seguindo esta lógica, o Estado encontrar-se-ia sempre em violação das suas obrigações no campo dos auxílios de Estado (torna-se um ciclo vicioso: a insolvência da empresa não é suficiente para determinar uma impossibilidade absoluta, mas é impossível recuperar montantes onde não existe património).

De forma a resolver esta questão, refere a Comissão que o Estado dá cumprimento à decisão quando, no caso de um beneficiário insolvente, “*a empresa tiver sido liquidada em condições de mercado*”.¹⁵³ Nesse sentido, o Estado é obrigado a reclamar os seus créditos¹⁵⁴ no processo de insolvência e, “*uma vez que os ativos dos beneficiários são insuficientes para satisfazer todos os montantes reclamados pelos credores*”, a Comissão considera que uma decisão de recuperação foi “*corretamente executada quando estiver concluída a recuperação integral ou quando, no caso de recuperação parcial, a empresa tiver sido liquidada e os seus ativos vendidos em condições de mercado*”.¹⁵⁵

Daqui se retira que, efetivamente, não basta a reclamação de créditos. Mais do que isso, é necessária a cessação de atividade da empresa com liquidação do seu património. Se a empresa, apesar do processo de insolvência, continuar a desenvolver atividade¹⁵⁶, ainda que a um ritmo reduzido, o objetivo da decisão de recuperação não é alcançado, uma vez que a distorção introduzida no mercado pela concessão do auxílio ainda existe.¹⁵⁷

Assim, se é obrigação do Estado registar, imediatamente, os seus créditos¹⁵⁸, este deve também, nos casos em que o auxílio não tenha sido integralmente restituído, recorrer contra qualquer decisão¹⁵⁹ que aprove a continuação da atividade da empresa para além do prazo estabelecido na decisão da Comissão.¹⁶⁰ No mesmo sentido, só

¹⁵² RITTER (2008:28).

¹⁵³ Cf. *supra* relativamente à questão das obrigações decorrentes da decisão para os Estados-Membros.

¹⁵⁴ Cf. TJ (331/09:60) e (277/00:85).

¹⁵⁵ Comunicação da Comissão (C272:61).

¹⁵⁶ O que é permitido na ordem jurídica portuguesa, cf. art. 202º CIRE.

¹⁵⁷ GAMBARO (2007:213).

¹⁵⁸ Devendo igualmente contestar, se tal for o caso, a recusa pelo administrador de insolvência de inscrever os seus créditos; cf. Comunicação da Comissão (C272:64).

¹⁵⁹ Seja do administrador de insolvência ou do tribunal competente.

¹⁶⁰ Comunicação da Comissão (C272:66). A Comissão considera que também os tribunais nacionais devem tomar em consideração o interesse comunitário, garantindo a execução da decisão de forma a

deverá apoiar a continuação da atividade quando esta assegure a restituição integral do auxílio dentro do limite temporal imposto pela Comissão.¹⁶¹

Nesse mesmo sentido, refere o A.G. Mazák, que a jurisprudência impõe, como requisitos cumulativos relativamente a empresas insolventes, a inscrição dos créditos relativos ao reembolso dos auxílios como dívidas da massa insolvente e a cessação definitiva da atividade subvencionada. O Tribunal vem concordar com esta posição, referindo que a inscrição na tabela de créditos só satisfaz a obrigação de recuperação se, havendo reembolso parcial, o processo de insolvência conduza à liquidação da beneficiária.¹⁶²

A solução parece-nos drástica. Se, por um lado, a decisão de recuperação não é considerada uma medida desproporcionada relativamente aos objetivos do Tratado, por outro, a restrição da continuidade de uma empresa à sua capacidade de restituir um auxílio dentro do prazo constante da decisão (que, recorde-se, é inicialmente apenas de quatro meses, apesar de prorrogável pela Comissão), levará certamente o Estado a sempre pugnar pelo encerramento da atividade da empresa, ainda que, a longo prazo, esta pudesse voltar a ser viável, o que é de certa forma desproporcional.

Claro que não se concebe manter infinitamente uma empresa obrigada ao reembolso de um auxílio em atividade pela simples “esperança” que esta venha a reerguer-se; todavia, o prazo dado pela Comissão torna demasiado vago o juízo de prognose a que o Estado está obrigado.

Como considerações finais sobre a insolvência de empresas, acrescentamos um facto interessante: os Estados-Membros, apesar de invocarem com frequência processos de insolvência como tendo sido o entrave à recuperação, tendem a não classificar esse facto como uma impossibilidade absoluta de execução nem, na maior parte das vezes, a cumprir os critérios estabelecidos para se considerar que houve execução da decisão.¹⁶³ Nesse sentido, apenas havendo uma flexibilização por parte dos TJUE quanto à interpretação desta defesa, talvez os Estados conseguissem, com sucesso, invocar esta exceção.

pôr termo à distorção da concorrência, não devendo autorizar a continuação das atividades do beneficiário.

¹⁶¹ HANCHER (2012:1014).

¹⁶² Conclusões do A.G. MAZÁK (610/10:54); TJ (610/10:104).

¹⁶³ Como nota, relativamente às empresas extintas, diz o Tribunal que “*a prova do cancelamento destas nos registos é suficiente para provar a sua inexistência e, portanto, a impossibilidade de recuperar estes auxílios*”; cf. TJ (496/09:77).

B. Impossibilidade Jurídica Absoluta

A impossibilidade absoluta de executar uma decisão da Comissão pode ser de natureza jurídica, “quando decorre decisões tomadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais, desde que essas decisões sejam conformes ao direito da União”.¹⁶⁴

As decisões da Comissão gozam de uma presunção de legalidade, e, como tal, enquanto não forem revogadas, anuladas ou declaradas inválidas, produzem os seus efeitos jurídicos mesmo quando objeto de impugnação junto de um tribunal nacional.¹⁶⁵

Por outro lado, os tribunais nacionais, sujeitos ao princípio da cooperação leal (art. 4º, n.º3 do TFUE), devem “tomar todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do direito da União e abster-se das que são suscetíveis de comprometer a realização dos objetivos do Tratado”¹⁶⁶.

Assim, a simples impugnação junto dos tribunais nacionais de uma decisão da Comissão não retira o carácter de execução imediata da decisão, isto é, não suspende os seus efeitos. Os tribunais nacionais têm mesmo o dever de não aplicar uma norma processual que automaticamente suspenda os efeitos de ações impostas contra processos de recuperação de auxílios.¹⁶⁷

De facto, mesmo quando os órgãos jurisdicionais nacionais consideram que a decisão da Comissão é ilegal, a suspensão de um processo de recuperação só é possível quando se encontrarem preenchidas as condições estabelecidas no ac. *Zuckerfabrik*¹⁶⁸ e no ac. *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*¹⁶⁹.

Admitem estes acórdãos que a suspensão pode ser decretada apenas na presença dos seguintes requisitos: a existência de sérias dúvidas sobre a validade da decisão (devendo o tribunal nacional reenviar a questão ao TJUE); existir urgência, sendo a medida provisória necessária a evitar que a parte sofra um prejuízo grave e irreparável; que o órgão jurisdicional tome em consideração os interesses da UE (principalmente ponderando se o ato comunitário não ficaria privado de qualquer efeito útil na falta de imediata aplicação); por fim, que na apreciação destas condições o tribunal respeite as decisões dos tribunais da UE sobre a legalidade da decisão, ou um despacho em processo comunitário relativo a medidas provisórias semelhantes.

¹⁶⁴ TJ (527/12:49).

¹⁶⁵ Conclusões do A.G. WAHL (527/12:89).

¹⁶⁶ TJ (527/12:56).

¹⁶⁷ LENAERTS (2014:128).

¹⁶⁸ TJ (143/88:33); TJ (527/12:57).

¹⁶⁹ TJ (465/93:43).

Reunindo-se estas condições, e ordenando o tribunal nacional a suspensão do processo de recuperação, é o Estado-Membro obrigado a respeitar as medidas provisórias adotadas pelo órgão jurisdicional. E só aqui é que pode existir uma impossibilidade jurídica absoluta de recuperação.¹⁷⁰

Note-se que esta impossibilidade apenas pode ser invocada no caso de a ação por incumprimento contra o Estado-Membro ser intentada na pendência da decisão do órgão jurisdicional nacional (ou, melhor dizendo, na pendência da resposta pelos tribunais da UE quanto à legalidade da decisão). Concluindo, a impossibilidade jurídica absoluta destina-se não tanto a justificar a não recuperação do auxílio, mas antes a justificar o seu atraso.

Da análise da impossibilidade absoluta de execução, retiramos que, além de se encontrar sujeita a critérios demasiado rigorosos, esta não encontra nenhuma definição específica no DUE, o que dificulta a sua alegação pelos Estados-Membros – não devendo, nesse sentido, ser considerada um verdadeiro meio de defesa.

¹⁷⁰ Conclusões do A.G. WAHL (527/12:92).

Conclusões

1. No início referíamos que a nossa grande questão se reconduzia a saber se a obrigação de recuperação seria verdadeiramente uma consequência inevitável, ou se, devido a situações excepcionais, poderia ser preterida. Mais referíamos o princípio das expectativas legítimas e a impossibilidade absoluta como duas dessas situações excepcionais invocáveis para evitar o cumprimento da decisão da Comissão.
2. Eloffsson, no seu trabalho de dissertação, já aqui citado, apelidava o princípio das expectativas legítimas como o “*airbag vazio*” do regime de auxílios.¹⁷¹ Somos obrigados não só a concordar com essa expressão, com a nela incluir aos casos de impossibilidade absoluta de execução, uma vez que, se é verdade que os conceitos são aceites pelo Tribunal, não é menos verdade que, em relação ao primeiro, o Tribunal acaba por estabelecer um limiar tão alto que se torna inalcançável, e que, em relação ao segundo, não o concretiza de forma a que possa ser efetivamente aplicado.
3. De facto, o mais frequente é nem os Estados-Membros, nem os beneficiários, poderem seguramente alegar estas circunstâncias excepcionais para não proceder à recuperação/restituição – o que, numa *rule of law*, onde o princípio da defesa deveria primar, se torna incompreensível.
4. Ao falar das expectativas legítimas, citamos autores¹⁷², com eles concordando, que defendiam a abordagem restrita deste princípio. Todavia, acreditamos que uma aplicação do princípio assim entendido só deveria ter lugar na inexistência de dúvidas quando ao carácter de auxílio da ajuda.
5. Nem sempre os beneficiários de determinado auxílio se encontram em posição, ou dispõem de fundos, para averiguar da legalidade do auxílio ou do cumprimento da obrigação de notificar. Nos casos de fronteira, isto é, nos casos

¹⁷¹ ELOFSSON (2010:33).

¹⁷² JAROS (2004:578).

em que é de difícil percepção se determinado benefício constitui um auxílio de Estado, o princípio das expectativas legítimas deveria ser considerado prevalente, ou, pelo menos, atenuante, de forma a melhor proteger quem confia na atuação do seu Estado como sendo legal.¹⁷³

6. Em relação à impossibilidade absoluta de execução, é necessário em primeiro lugar concluir que nem a jurisprudência, nem a Comissão, oferecem uma noção doutrinal, passível de ser adaptada a um qualquer caso concreto. A definição é antes dada pela negativa, isto é, pelo elenco de circunstâncias em que não existe uma séria impossibilidade.
7. Assim, a impossibilidade absoluta não pode ser reconduzida a dificuldades práticas de recuperação do auxílio, como o número extenso de beneficiários. As dificuldades administrativas, políticas e legais também não chegam ao patamar da impossibilidade; para mais, o Estado-Membro tem de provar que, de facto, relativamente àquele determinado auxílio, o meio escolhido para operar a recuperação era o único possível, ou, não o sendo, que propôs alternativas de execução à Comissão.
8. Não basta igualmente o simples juízo de prognose sobre as dificuldades de recuperação; tem de existir um esforço real do Estado¹⁷⁴ junto dos beneficiários do qual emerge a impossibilidade de executar.
9. Uma outra conclusão a que chegamos é que, para o TJUE e para a Comissão, raramente é impossível executar a decisão da Comissão.
10. Em boa verdade, se o Tribunal aceitasse a defesa dos Estados-Membros com base na impossibilidade absoluta de forma frequente (como os Estados pretendem ao invocar qualquer dificuldade que encontrem, mesmo sem procurar outras opções viáveis), estar-se-ia a pôr em causa todo o regime de auxílios existente na União.

¹⁷³ Esta questão tem de, obrigatoriamente, ser também avaliada do lado dos concorrentes da empresa beneficiária, pois, apesar de continuarmos a defender que o beneficiário, nos casos limite, deve ter uma “culpa atenuada”, não podemos esquecer que a distorção introduzida no mercado pode ter causado danos a uma empresa concorrente. Nesses casos, a responsabilidade deveria recair sobre o Estado-Membro, verdadeiro violador das regras de DUE, e não sobre o beneficiário. Mas, reiteramos, apenas nos casos limite.

¹⁷⁴ Isto pois o Estado, no cumprimento das suas obrigações por violação do TFUE e do Reg. de Processo, deve utilizar todos os meios à sua disposição para eliminar a distorção da concorrência causada pelo auxílio ilegal e incompatível concedido.

11. Se a recuperação de um auxílio é a consequência lógica e necessária de um auxílio ilegalmente prestado, colocar em causa a restituição é colocar em causa a atribuição de um auxílio fora dos trâmites do art. 108º e do Reg. de Processo. O caráter imperativo e o efeito útil dessas normas seriam anulados.
12. Nesse sentido, e se, pelo lado do beneficiário, é possível entender a existência de expectativas legítimas que devem ser protegidas (devendo nesse sentido o regime atualmente aplicado ser suavizado), pelo lado do Estado-Membro é difícil compreender a violação do DUE, e, conseqüentemente, fácil perceber a reticência do Tribunais em “apagar” a violação através da procedência de uma impossibilidade absoluta de recuperação.
13. O regime de auxílios de Estado, na sua totalidade, cada vez mais se tem tornado essencial na política interna da União. Todavia, as dificuldades que nascem do protecionismo estatal, e que, devido às condições económicas atuais de muitos países da UE, irão certamente crescer, colocam em questão a necessidade de flexibilizar as regras aplicáveis, especialmente no caso de um auxílio ilegal sobre o qual tenha existido uma decisão de recuperação.
14. Os Estados-Membros, por mais que tentem levar a bom porto a concretização do mercado comum, terão sempre em mente os interesses nacionais – e a obrigação de recuperar um auxílio de um beneficiário que, por exemplo, se encontre quase falido, sendo que a sua efetiva falência pode ter conseqüências desastrosas naquele meio específico¹⁷⁵, pode nem sempre ser a melhor opção para manter o mercado concorrencial e apagar os efeitos negativos introduzidos pelo auxílio concedido.

¹⁷⁵ Falamos de desemprego, por exemplo, mas também do efeito *bola de neve* que a insolvência de uma empresa por ter relativamente aos seus credores.

Referências Bibliográficas

- ADRIAANSE, Paul C. (2009) – “*Appropriate measures to remedy the consequences of unlawful State Aid*”, in *Review of European Administrative Law*, vol. 2, n.º1, p. 73-86.
- ALEXANDRINO, José Melo de (2007) – “Direitos Fundamentais: Introdução Geral”, Princípios, 1ª Edição, p. 78-80.
- ALMEIDA, João José Nogueira de (1997) – “*A restituição das Ajudas de Estado concedidas em violação do Direito Comunitário*”, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 1997, p, 11-16.
- AMARO, Alexandra (2012) – “*Auxílios de Estado e contratos públicos: os limites do concurso*” in *Revista da Concorrência e Regulação*, ano III, n.ºs 11/12, Julho-Dezembro 2012, Almedina, p. 25-51.
- BERNITZ, Ulf; NERGELIUS, Joakim (eds.) (2000) – “*European Monographs – General Principles of European Community Law*”, Kluwer Law International, 2-10.
- CAMPOS, António Manuel Fontaine (2011) – “*O control da concessão de ajudas públicas na União Europeia e na Organização Mundial do Comércio*”, Universidade Católica Portuguesa, Setembro 2011, p. 79-694.
- ELOFSSON, Martin (2010) – “*Recovery of Illegal State Aid from a Beneficiary’s View – The exception of legitimate expectations, the (mal)functioning air bag of the State aid policy?*”, Universidade de Gothenburg. Disponível em <https://gupea.ub.gu.se/handle/2077/23142>, p. 1-46.
- FRIEDERISZICK, Hans W.; RÖLLER, Lars-Hendrik; VEROUDEN, Vincent (2006) – “*European State Aid Control: an economic framework*”, working paper, Setembro, p. 4-11.
- GAMBARO, Edoardo; ROSSI, Antonio Papi (2007) – “*Recovery of Unlawful and Incompatible Aid*”, in “*Competition and State Aid – An Analysis of the EC Practice*”, Kluwer Law International, 2007, p. 183-220.
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (2014) – “*Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*”, Almedina, 345-346..
- HANCHER, Leigh; OTTERVANGER, Tom; SLOT, Piet Jan (2012) – “*EU State Aids*”, 4ª Edição, Sweet&Maxwell, 50-1065.

- JAROS, Krzysztof; RITTER, Nicolai (2004) – “*Pleading Legitimate Expectations in the Procedure for the Recovery of State Aid*”, in *European State Aid Law Quarterly*, 4|2004, p. 573-583.
- KNADE-PLASKACZ, Agnieszka (2013) – “*Enforcement of State aid law at national level. The relationship between national courts and the European Commission*”, in *Juridical Tribune*, vol. 3, issue 2, Dezembro, p. 116-125.
- LENAERTS, Koen; MASELIS, Ignace; GUTMAN, Kathleen; NOWAK, Janek Tomasz (2014) – “*EU Procedural Law*”, Oxford University Press, p. 128-341.
- MARTINS, Manuel António Gomes (2002) – “*Auxílios de Estado no Direito Comunitário*”, Principia, 1ª Edição, p. 229-245.
- PORTO, Manuel; ALMEIDA, João Nogueira de (2010) – “*Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado*”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, ano I, n.º3, Julho-Setembro, Almedina, p. 173-247.
- RENI, Maia M. E. (2007) – “*The State Aid Control Process before the European Commission*”, in “*Competition and State Aid – An Analysis of the EC Practice*”, Kluwer Law International, p. 149-181.
- RITTER, Nicolai (2008) – “*How to effectively Recover State Aid in Insolvency Proceedings*”, in *European State Aid Law Quarterly*, 1|2008, p. 28-30.
- RZOTKIEWICZ, Marek (2013) – “*The General Principles of EU Law and Their Role in the Review of State Aid Put into Effect by Member States*”, in *European State Aid Law Quarterly*, 3|2013, p. 464-477.
- SANTOS, Antonio Carlos dos Santos (2003) – “*Auxílios de Estado e Fiscalidade*”, Almedina, Coimbra, 2003, p. 143-511.
- SIMPLICEAN-STROIA, Ileana (1997) – “*Study of the State Aid Policy in the European Community: The “Illegal” State Aid Problem*”, in *Journal of International Legal Studies*, p. 87-123.
- SINNAEVE, Adinda (2005) – “*What to Expect from National Courts in the Fight against Unlawful State Aid?*”, in *European State Aid Law Quarterly*, I, p. 1-2.
- TOPFER, Frank-Rainer; BUTLER, Janet K. (2004) – “*Proceed with care: purchasing companies with potential state aid liabilities*”, in *European Competition Law Review*, 25(7), p. 421-428.

JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 112/77, *Töpfer*, 3 de Maio de 1978.
- 223/85, *RSV/Comissão*, 25 de Novembro de 1987.
- 25/62, *Plaumann*, 15 de Julho de 1963.
- 42/93, *Espanha/Comissão*, 14 de Setembro de 1994.
- 52/84, *Boch-Bélgica/Comissão*, 15 de Janeiro de 1986.
- 6/64, *Costa/ENEL*, de 15 de Julho de 1964.
- 70/72, *Kohlengesetz*, 12 de Julho de 1973.
- 77/72, *Capolongo/Maya*, 19 de Junho de 1973.
- C-1/09, *CELF*, 11 de Março de 2010.
- C-142/87, *Bélgica/Comissão*, 21 de Março de 1990.
- C-142/87, *Tubemeuse*, 21 de Março de 1990.
- C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik*, 21 de Fevereiro de 1991.
- C-15/98 e C-105/99, *Itália/Comissão*, 19 de Outubro de 2000.
- C-152/88, *SARL*, 26 de Junho de 1990.
- C-17/99, *França/Comissão*, 22 de Março de 2001.
- C-182/03 e C-217/03, *Forum 187*, 22 de Junho de 2006.
- C-183/95, *Affish*, 17 de Julho de 1997.
- C-199/06, *CELF*, 12 de Fevereiro de 2008.
- C-210/09, *Scott SA e Kimberly Clark*, 20 de Maio de 2010.
- C-222/04, *Casa di Risparmio di Firenze*, 10 de Janeiro de 2006.
- C-24/95, *Alcan*, de 20 de Março de 1997.
- C-277/00, *Alemanha/Comissão*, 29 de Abril de 2004.
- C-278/92, C-279/92 e C-280/92, *Espanha/Comissão*, 14 de Setembro de 1994.
- C-280/95, *Comissão/Itália*, 29 de Janeiro de 1998.
- C-290/07P, *Scott SA/Comissão*, 2 de Setembro de 2010.
- C-303/88, *Itália/Comissão*, 21 de Março de 1991.
- C-304/09, *Comissão/Itália*, 22 de Dezembro de 2010.
- C-305/09, *Comissão/Itália*, 5 de Maio de 2011.

- C-331/09, *Comissão/Polónia*, 14 de Abril de 2011.
- C-379/98, *Preussen Elektra*, 13 de Março de 2001.
- C-400/99, *Itália/Comissão*, 10 de Maio de 2005.
- C-404/97, *Portugal/Comissão*, 27 de Junho de 2000.
- C-409/00, *Espanha/Comissão*, 13 de Fevereiro de 2003.
- C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, de 9 de Novembro de 1995.
- C-482/99, *Stardust Martine*, 16 de Maio de 2002.
- C-496/09, *Comissão/Itália*, 17 de Novembro de 2011.
- C-527/12, *Alemanha/Comissão*, 11 de Setembro de 2014.
- C-527/12, *Comissão/Alemanha*, 11 de Setembro de 2014.
- C-6/97, *Itália/Comissão*, 19 de Maio de 1999.
- C-690/10, *Comissão/Espanha*, 11 de Dezembro de 2012.
- C-75/97, *Bélgica/Comissão*, 17 de Junho de 1999.
- C-81/10P, *France Télécom*, 8 de Dezembro de 2011.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (TRIBUNAL GERAL)

- T-109/01, *Fleuren*, 14 de Janeiro de 2004.
- T-116/01 e T-118/01, *P&O European Ferries*, de 5 de Agosto de 2003.
- T-140/95, *Ryanair/Comissão*, 15 de Setembro de 1998.
- T-177/07, *Mediaset*, 15 de Junho de 2010.
- T-244/93 e T-486/93, *TWD Deggendorf*, 13 de Setembro de 1995
- T-30/01, T-32/01, T-86/02, T-88/02, *Territorio Histórico de Álava*, 9 de Setembro de 2009.
- T-308/00, *Salzgitter*, 1 de Julho de 2004.
- T-394/08, T-408/08, T-453/08, T-454/08, *Regione autonoma della Sardegna*, 20 de Setembro de 2011.
- T-415/05, T-416/05 e T-423/05, *Grécia/Comissão*, 13 de Setembro de 2010.
- T-425/04, T-444/04, T-450/04 e T-456/04, *França/Comissão*, 21 de Maio de 2010.
- T-443/08 e T-455/08, *Freistaat Sachsen*, 24 de Março de 2011.
- T-487/11, *BPP*, 12 de Dezembro de 2014.
- T-499/10, *MOL*, 12 de Novembro de 2013.

- T-53/08, *Itália/Comissão*, 1 de Julho de 2010.
- T-613/97, *UFEX*, 7 de Junho de 2006.

ADVOGADO-GERAL

- WHAL, Nils – C-527/12, *Comissão/Alemanha*, 13 de Fevereiro de 2014.
- MAZÁK, Ján – C-610/10, *Comissão/Espanha*, 6 de Setembro de 2012.

SOFT LAW

- Comunicação da Comissão para uma aplicação efectiva das decisões da Comissão que exigem que os Estados-Membros procedam à recuperação de auxílios estatais ilegais e incompatíveis – 2007/C 272/05, de 15 de Novembro de 2007.
- Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais, de 9 de Abril de 2009 – 2009/C 85/01.
- Comunicação da Comissão relativa à determinação das regras aplicáveis à apreciação dos auxílios estatais concedidos ilegalmente, de 22 de Maio de 2002 – 2002/C 119/12.
- Comunicação da Comissão sobre a obrigação de notificar, de 24 de Novembro de 1983 – JO C318/3.
- Projecto de Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107º, n.º1, do TFUE, 2014.

LEGISLAÇÃO

- Código de Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE).
- Tratado da União Europeia (TUE).
- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).
- Regulamento (CE) n.º 994/98 do Conselho, de 7 de Maio, 1998, relativo à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia a determinadas categorias de auxílios estatais horizontais.

- Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março, 1999 (Regulamento de Processo), que estabelece as regras de execução do artigo 93º do Tratado CE.
- Regulamento (CE) n.º 794/2004 da Comissão, de 21 de Abril, 2004 (Regulamento de Execução), relativo à aplicação do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho.
- Regulamento (CE) n.º 800/2008 da Comissão, de 6 de Agosto, 2008, que declara certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado (Regulamento geral de isenção por categoria).
- Regulamento (CE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 de Dezembro, 2013, relativo à aplicação dos artigos 107º e 108º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios de minimis.