

O REGIME DOS AUXÍLIOS DE ESTADO – REFLEXÕES A PROPÓSITO DO QUADRO TEMPORÁRIO COVID-19 E DA NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS GERAIS¹

*Manuel Queiroz Ribeiro*²

ABSTRACT *With the COVID-19 pandemic and its significant economic impact the European Commission adopted a Temporary Framework which tends to bend the general state aid rules, thus incentivizing Member-States to come to aid their undertakings in a moment of need. Coming from the concept and general framework of state aid rules, this article analyses the Temporary Framework in detail, raising the questions relevant to the main objectives of the general rules, and proposing a more permanent relaxation of said rules.*

SUMÁRIO Introdução. 1. Fontes do direito. 2. Conceito de auxílios de Estado. 2.1. Vantagem. 2.2. Origem estatal. 2.3. Noção de empresa. 2.4. Seletividade. 2.5. Distorção da concorrência entre os Estados-Membros. 3. Auxílios compatíveis com o TFUE. 3.1. Compatibilidade ao abrigo do n.º 2 do artigo 107.º TFU. 3.2. Isenções categoriais ao abrigo dos regulamentos europeus. 3.3. Isenções individuais ao abrigo do artigo 106.º e do n.º 3 do artigo 107.º. 4. O regime do Quadro Temporário. 5. Da necessidade de flexibilização das regras gerais. Conclusões. Bibliografia.

KEY-WORDS auxílios estatais; auxílios de Estado; Covid-19; Quadro Temporário relativo a medidas de auxílio estatal; State aid; Temporary Framework. JEL Code K210.

1 Este Artigo consiste numa adaptação do Relatório da disciplina de Direito Económico e Monetário Europeu apresentado no âmbito do Mestrado em Direito e Ciência Jurídica de 2020/2021, sob regência dos Profs. Doutores José Renato Gonçalves e Nuno Cunha Rodrigues, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

2 Jurista. Mestrando em Direito e Ciência Jurídico-Política, com especialidade em Direito Económico e Monetário. Trabalha atualmente no Banco Português de Fomento, S. A., com foco em serviços jurídicos, gestão estratégica e relações institucionais. Salienta-se que o presente Artigo reflete meramente a opinião do autor.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CP - Código Penal
CRP - Constituição da República Portuguesa
CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos
IRS - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
IRC - Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
I&D – Investigação e Desenvolvimento
PME – Pequenas e Médias Empresas
TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI – Tribunal Penal Internacional
TUE – Tratado da União Europeia

INTRODUÇÃO

O regime dos Auxílios de Estado é um ramo do Direito da Concorrência da União Europeia. Estamos perante um ramo do Direito estritamente europeu, dado que não existe direito nacional dos auxílios de Estado³, como existe nas outras áreas do Direito da Concorrência. Por outro lado, é de salientar que o regime dos auxílios de Estado se diferencia dos outros ramos do Direito da Concorrência (e, de um modo geral, dos outros ramos do direito *tout court*) ao ter uma componente política mais acentuada e implicar um maior grau de insegurança jurídica⁴.

3 Na verdade, a Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o novo regime jurídico da concorrência, prevê, no seu artigo 65.º e seguintes, um regime de “auxílios públicos”. Sem prejuízo, a verdade é que a nível nacional a aplicação deste regime tem sido muito reduzida, pelo que o enfoque dado no presente Artigo incide predominantemente sobre o regime europeu, onde os seus requisitos têm merecido uma análise criteriosa.

4 Com efeito, “tanto ao nível da determinação da existência de um auxílio de Estado, como ao nível do preenchimento dos requisitos para autorização de um auxílio, a Comissão Europeia tem uma margem de discricionariedade significativamente mais ampla [...]” cfr. Campos, 2017: 228 e ss. No mesmo sentido, como refere Rodrigues, 2010: 889, “[p]ode ironizar-se, dizendo que regime de auxílios de Estado é o ‘patinho feio’ do direito nacional e comunitário da concorrência. A escassa atenção que a doutrina e a jurisprudência têm dedicado à problemática dos auxílios de Estado, comparativamente com a que têm concedido a outros temas, como os relativos a práticas individuais e colectivas proibidas ou ao regime do controlo prévio de concentrações, repousa em razões que, frequentemente, estão na base das políticas da Comunidade Europeia e dos Estados membros relativamente a esta matéria”.

Logo na versão originária do Tratado de Roma, em 1956, os Estados-Membros fundadores previram um regime de proibição e controlo da intervenção do Estado na economia⁵. Com a criação de um mercado comum⁶ onde as mercadorias deveriam circular livremente, os Estados-Membros tinham de assegurar que os Estados e outras entidades públicas não dariam vantagens às suas empresas nacionais, para lhes proporcionar uma vantagem na concorrência com outros Estados. Como refere Miguel Gorjão Henriques “[s]e as normas sobre as liberdades de circulação visavam impedir os Estados membros de estabelecerem, por via legal, regulamentar ou administrativa entraves à realização [do] mercado interno e as regras de concorrência visavam evitar que, por via da liberdade contratual ou da iniciativa económica privada, fossem criados ou mantidos entraves à chamada ‘interpenetração económica’ pretendida no quadro do mercado interno, o regime dos auxílios públicos (também conhecido como ‘auxílios de Estado’ ou ‘ajudas de Estado’) visava impedir a perversão do mercado interno pela intervenção do Estado no funcionamento dos mercados, a qual tinha um efeito de restrição ou distorção da concorrência que haveria também que evitar”⁷.

Como constata por seu turno Miguel Sousa Ferro (2018: 286) “há uma natural tendência dos países de [tentarem] favorecer as suas empresas na concorrência com as de outros Estados”, tal como o caso de uma empresa francesa que coloca os seus produtos na Alemanha sem que lhe possam ser impostos

5 Nos anos subsequentes ao fim da IIª Guerra Mundial surgiram os dois grandes sistemas internacionais de regulamentação da concessão de ajudas públicas às empresas: (i) o regime instituído no seio do General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), substituído pelo Acordo de criação da Organização Mundial do Comércio e (ii) o regime adotado no âmbito da CECA e subsequentemente transposto para a UE. Para mais informações sobre o enquadramento histórico do regime sugere-se a consulta, *inter alia*, de Manuel Fontaine Campos, *Op. Cit.*

6 Como refere Gonçalves, 2018: 126 “o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias sintetizaria mais tarde a noção de Mercado Comum, designadamente, no acórdão Schul [Gaston Schul Douane Expeditur BV c. Inspecteur des droits d’importation et des accises de Roosendaal, de 5 de maio de 1982 (proc. 15/81), a partir ‘da eliminação dos entraves às trocas intracomunitárias tendo em vista a fusão dos mercados nacionais num mercado único que funcione como se fosse um mercado interno’, entendimento que contribuiu para a reformulação e também redesignação do objetivo basilar do processo de integração económica europeia em torno da nova expressão ‘Mercado Interno’ (em vez de ‘Mercado Comum’), a partir do Ato Único Europeu, de 1986 [...]”.

7 Henriques, 2019: 708.

Como refere ainda Manuel Fontaine Campos (2017: 233-234), “[o] fundamento, claramente assumido, no GATT, de regulamentação das subvenções como forma de evitar a fraude às concessões comerciais acordadas não aparece no discurso da Alta Autoridade (depois Comissão Europeia) nem no do Tribunal de Justiça. O fundamento da proibição dos auxílios no TCECA e, depois, no TCEE, tal como assumido pelo Tribunal de Justiça, é um objetivo supranacional: um mercado europeu comum mais racional e produtivo, sendo a concorrência não falseada entre as empresas vista como instrumental relativamente àquele. Deste ponto de vista, o discurso da ciência económica, quanto às condições em que um mercado é ‘mais racional e produtivo’ e quanto aos efeitos das ajudas públicas no mercado, estava destinado a assumir um papel cada vez mais importante”.

quaisquer obstáculos quantitativos, qualitativos ou custos adicionais (atendendo à inexistência de barreiras alfandegárias como em outros países) e que ainda recebe um auxílio do Estado Francês, o que é injusto para as empresas alemãs que não obtêm auxílios idênticos.

Para tentar impedir um resultado de *race to the bottom* (em que os Estados-Membros se veriam forçados a replicar as vantagens financeiras atribuídas pelos restantes), o TFUE e direito secundário que o regulamenta criaram um sistema de controlo supranacional da atribuição de vantagens financeiras a empresas por entidades públicas, colocando o poder de implementação nas mãos da Comissão Europeia.

Este regime levanta, desde logo, diversas questões que, embora não constituam o objeto deste Artigo merecem ser analisadas em sede própria, designadamente as questões relativas à sua necessidade, motivo, ou ainda o facto de este controlo da despesa pública e extensão do poder que se coloca na Comissão Europeia poder indiciar a perda de soberania dos Estados-Membros, ou a sua articulação com a muito limitada dimensão dos poderes da União Europeia em matéria de benefícios fiscais de âmbito geral (ou, se quisermos, da política fiscal de cada Estado-Membro que lhe permita atrair empresas para o seu território).

Por outro lado, na sequência da eclosão do surto de COVID-19, que representou uma grave emergência no âmbito da saúde pública para os cidadãos e sociedades europeus, a Comissão Europeia reconheceu que uma parte relevante da resposta ao impacto social e económico da pandemia vem dos orçamentos dos Estados-Membros, o que conduziu à adoção da Comunicação C(2020) 1863, de 19 de março de 2020, que aprova o Quadro Temporário relativo a Medidas de Auxílio Estatal em Apoio da Economia no Atual Contexto do Surto de COVID-19, alterado pela C(2020) 2215, de 3 de abril de 2020, C(2020) 3156, de 8 de maio de 2020, C(2020) 4509, de 29 de junho de 2020, C(2020) 7127, de 13 de outubro de 2020, C(2021) 564, de 28 de janeiro de 2021 e C(2021) 8442 de 18 de novembro de 2021, todas publicadas no Jornal Oficial da União Europeia (“Quadro Temporário”).

O Quadro Temporário constata a grave emergência de saúde pública para os cidadãos e sociedades europeias, referindo o choque que afeta a economia em várias frentes, salientando que nestas circunstâncias excecionais todos os tipos de empresas podem deparar-se com graves faltas de liquidez e daí vir a aprovar a possibilidade de concessão de diversos tipos de auxílios, que representam inovações muito relevantes (seja em matéria de instrumentos permitidos, montantes máximos por empresa, requisitos ou abrangência de

empresas em dificuldade financeira) e originam questões muito pertinentes (como a sua adequação às necessidades das empresas destinatárias em face da crise causada pela pandemia COVID-19 ou a desproporção dos auxílios concedidos entre Estados-Membros e os seus efeitos na concorrência no médio / longo prazo).

Com o presente Artigo pretende-se, assim, partir do enquadramento geral do conceito e regras relativas aos auxílios de Estado para analisar em detalhe o regime aplicável na sequência da eclosão da crise pandémica, em particular no que toca às suas inovações e às questões que o mesmo levanta tendo em conta os objetivos previstos no regime geral, bem como a proposta de uma flexibilização permanente das regras gerais aplicáveis

1. FONTES DO DIREITO

As normas que regulam e, como regra geral, proíbem os auxílios de Estado existem, de forma geral e praticamente imutável, desde o Tratado de Roma, em particular dos artigos 107.º a 109.º do TFUE, como fontes do direito primário.

Todavia, relevam muito neste ramo do direito da concorrência as fontes de direito secundário, que se dividem entre diplomas de direito substantivo (que esclarecem os requisitos para a qualificação de medidas como auxílios de Estado, definem condições para a sua legalidade, etc.) e diplomas de natureza processual (que regulam o modo de notificação, avaliação e autorização de auxílios, os formulários a serem utilizados, a intervenção de terceiros, etc.)⁸.

Acrescenta-se, na esteira de Miguel Sousa Ferro, que “[d]evido à *supra* referida grande margem de discricionariedade da Comissão Europeia, os documentos de soft-law da Comissão ganham uma especial importância no âmbito dos auxílios de Estado. Na prática, estes documentos acabam, muitas vezes, por definir parâmetros normativos que têm de ser respeitados pelos sujeitos de direito (no mínimo, pela própria Comissão, por via do princípio da auto-vinculação administrativa), na medida em que a sua definição não exceda aquela margem de discricionariedade do executivo europeu”⁹. Essa discricionariedade é de natureza simultaneamente técnica e administrativa¹⁰.

8 Lista atualizada: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/legislation.html

9 Ferro, 2018: 288 e 289.

10 Santos, 2003: 238.

Como refere Tânia Faria (2009b: 80), “[a] *questão essencial dos auxílios de Estado é que a racionalidade subjacente é uma mistura de motivações políticas e económicas, com ascendência das primeiras sobre as segundas*”, salientando-se, não obstante e como refere Nuno Cunha Rodrigues (2010: 89), que “*a Comissão Europeia tem feito um significativo esforço no sentido de a avaliação do regime dos auxílios de Estado ser, também ela, realizada a partir de elementos de natureza económica – e não meramente política –, à semelhança do que sucede na avaliação de outras práticas anti-concorrenciais*”.

No que toca a esse ponto, adianta ainda Tânia Faria (2009b, pp. 20 e 21), que “[n]o seu primeiro relatório relativo à política de concorrência, em 1971, a Comissão referia-se à ausência de um enquadramento normativo para o exercício do controlo dos auxílios de Estado. Perante a recusa do Conselho em desenvolver legislação secundária com este objetivo, a Comissão lançou-se na criação de *soft-law*, limitando a sua exposição aos conflitos políticos relativos a medidas particulares de auxílios de Estado. Só em 1998 é que a Comissão e Conselho lograram transformar algumas destas disposições de *soft-law* em regulamentos de isenção por categoria. A proliferação de instrumentos normativos e *para-normativos* adotados, fundamentalmente por iniciativa da Comissão, é um dos principais factores de complexidade e opacidade do regime dos auxílios de Estado”.

Assim, a verdade é que em matéria de auxílios de Estado, para além do disposto nos tratados, se considera essencial a consulta dos regulamentos, comunicações e documentos de outra natureza jurídica emitidos pela Comissão Europeia, que regulem a questão concreta em apreço. Em primeiro lugar a partir da noção de auxílio de Estado, conforme consta da Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹¹, e em seguida o instrumento aplicável em razão do setor e dimensão da empresa destinatária, caso aplicável¹².

2. CONCEITO DE AUXÍLIOS DE ESTADO

Recorremos a Gil V. Maia (2019: 107) quando refere que: “[f]undamental na construção do mercado interno e na própria estrutura axiológica da união europeia, o regime europeu da defesa da concorrência através da proibição dos auxílios de estado (...) parte da constatação de que as ajudas do estado às empresas e produções

11 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719\(05\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016XC0719(05)&from=PT)

12 Vide capítulo 4 (“Auxílios Compatíveis com o TFUE”).

nacionais são nocivas para a livre concorrência, uma vez que desincentivam as empresas auxiliadas a investirem em novos processos e estruturas produtivas, com o prejuízo daí decorrente em termos de eficiência; a sua permissão redundaria na ideia de 'nacionalismo económico', isto é, caso o controlo dos auxílios fosse efetuado a nível nacional, a tentação de privilegiar as empresas nacionais face às concorrentes estrangeiras seria praticamente inevitável, o que fere os elementares princípios do mercado aberto e da livre prestação de serviços; os auxílios de estado provocam uma maior probabilidade das empresas auxiliadas correrem riscos excessivos ('moral hazard') na sua atividade, dado que sabem que serão socorridas pelo Estado."

Nos termos do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE “*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*”. A Comunicação sobre a noção de auxílio estatal esclarece os diferentes elementos que constituem a noção de auxílio estatal: a existência de uma empresa, a imputabilidade da medida ao Estado, o seu financiamento através de recursos estatais, a concessão de uma vantagem, a seletividade da medida e os seus efeitos sobre a concorrência e as trocas comerciais entre Estados-Membros.

Assim, para que uma medida pública seja considerada um auxílio de Estado e para que este seja proibido pelo Tratado (sem prejuízo de eventuais exceções aplicáveis nos termos referidos *infra*), devem estar reunidas as seguintes condições cumulativas¹³:

- a) Deve existir um auxílio, por qualquer forma, i.e., deve ser atribuída uma vantagem;
- b) Essa vantagem deve ter origem estatal;
- c) Deve ser seletiva (por forma a distorcer a concorrência);
- d) Deve ser atribuída a uma empresa (ou produções);
- e) Deve falsear ou ameaçar distorcer a concorrência e afetar as trocas entre Estados-Membros.

Vejam detalhadamente cada uma destas condições.

¹³ “*Em primeiro lugar, deve tratar-se de uma intervenção do Estado, ou por meio de recursos estatais. Em segundo lugar, essa intervenção deve ser suscetível de afectar as trocas comerciais entre os Estados membros. Em terceiro lugar, deve tratar-se de uma vantagem seletiva. Em quarto lugar, deve falsear ou ameaçar falsear a concorrência*” - cfr. Acórdão do TJUE de 24 de julho de 2003, *Altmark*, C-280/00, EU:C:2003:415.

2.1 Vantagem

De acordo com o TJUE, “*para apreciar se uma medida estadual constitui um auxílio, na aceção do artigo [107.º] do Tratado, deve determinar-se se a empresa beneficiária recebe uma vantagem económica que não teria obtido em condições normais de mercado*”¹⁴.

Não interessa assim a forma da vantagem, mas sim que haja uma utilidade económica que seja passada para a esfera patrimonial do beneficiário, ou desutilidade que seja diminuída (como o fornecimento de bens ou serviços em condições preferenciais). A intenção por detrás da medida é irrelevante, importa apenas o seu efeito ou potencial efeito.

Em certas condições, um benefício atribuído a consumidores finais pode constituir um mecanismo disfarçado de benefício à empresa cujos produtos ou serviços estes consomem.

Frequentemente decisivo é o critério do “operador numa economia de mercado”, com base no qual não há benefício se a interação entre o Estado e a empresa (ex. a compra ou venda de imóvel, a compra e venda de ações, a injeção de capital por acionista) ocorreu nos termos que se teriam verificado num mercado livre, aferido em função da informação disponível no momento da transação. Ainda de acordo com o TJUE “*Para apreciar se uma medida estatal constitui um auxílio, há (...) que determinar se a empresa beneficiária recebe uma vantagem económica que não teria obtido em condições normais de mercado*”, sendo para tanto necessário “*determinar a remuneração normal das prestações em causa*”, com base numa “*análise económica que tenha em conta todos os fatores que uma empresa, que atua em condições normais de mercado, deveria ter tido em consideração ao fixar a remuneração*”.

De um modo geral, se a troca tiver ocorrido na sequência de um concurso competitivo, transparente, não discriminatório e incondicional, ou se intervierem nela entidades públicas e operadores privados *pari passu*, pode-se assumir que a transação ocorreu de acordo com a lógica de um operador numa economia de mercado. Se assim não tiver sido, terá de aferir-se o respeito pelo critério com base numa avaliação comparativa (com operações privadas comparáveis) ou por outros métodos adequados, baseados em dados fiáveis, verificáveis e objetivos (análises contabilísticas, avaliações independentes, etc).¹⁵

14 Acórdão do TJUE de 29 de abril de 2009, *Espanha v. Comissão*, C-342/96, ECLI:EU:1999:210.

15 Poderia questionar-se também o que sucede se o facto de o Estado ter de indemnizar uma determinada entidade a quem impôs uma obrigação por a considerar necessária para garantir um interesse coletivo cons-

2.2 Origem estatal

Nos termos do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE estamos perante “*auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais*”.

No entanto, a jurisprudência¹⁶ transformou um critério alternativo (“ou”) num critério cumulativo: “*para que as vantagens possam ser qualificadas de auxílios na aceção do artigo, devem, por um lado, ser concedidas direta ou indiretamente através de recursos de Estado e, por outro, ser imputáveis ao Estado*”¹⁷. É necessário que resulte da medida em causa um encargo (positivo ou negativo) para o Estado.

Um auxílio é imputável ao Estado se for adotado por qualquer autoridade pública, ainda que descentralizada ou desconcentrada, ainda que com autonomia jurídica ou independência. Mas também pode ser imputado quando se trata de empresa pública ou entidade privada (nesse caso tem de haver um exercício de controlo no caso concreto por parte do Estado).

2.3 Noção de empresa

O regime dos auxílios de Estado assenta no conceito de empresa (“*undertaking*”), apesar de os Tratados não apresentarem uma noção concreta. Na verdade, o desenvolvimento do conceito tem vindo a ser feito pelo TJUE, que entende por “empresa” qualquer entidade que desenvolva uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico ou do modo como

titui um auxílio de Estado. A este propósito o TJUE decidiu, através do acórdão Altmark, que a compensação por um serviço de interesse económico geral (SIEG) não é qualificada como auxílio quando:

1. A empresa beneficiária deve efetivamente ser incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público e essas obrigações devem claramente ser definidas;
2. Os parâmetros com base nos quais será calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objetiva e transparente, a fim de evitar que aquela implique uma vantagem económica suscetível de favorecer a empresa beneficiária em relação a empresas concorrentes;
3. A compensação não pode ultrapassar o que é necessário para cobrir total ou parcialmente os custos ocasionados pelo cumprimento das obrigações de serviço público, tendo em conta as receitas obtidas, assim como um lucro razoável pela execução destas obrigações; e
4. Quando a escolha da empresa a encarregar do cumprimento de obrigações de serviço público, não seja efetuada através de um processo de concurso público que permita selecionar o candidato capaz de fornecer esses serviços ao menor custo, o nível da compensação deve ser determinado com base numa análise de custos de empresa média, bem gerida e adequadamente equipada.

16 A título de exemplo, entende o TJUE que o artigo 107.º do TFUE se aplica às “*decisões dos Estados membros pelas quais estes últimos, em vista da realização dos objetivos económicos e sociais que lhes são próprios, colocam, por decisões unilaterais e autónomas à disposição das empresas ou outros sujeitos jurídicos, recursos ou procuram assegurar-lhes vantagens destinadas a favorecer a realização dos objetivos económicos e sociais pretendidos*” - Cfr. Acórdão do TJUE de 27 de março de 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato contra Denkavit italiana Srl.*, 61/79, ECLI:EU:C:1980:100.

17 Acórdão do TJUE de 21 de março de 1991, *Itália v. Comissão*, C-303/88, ECLI:EU:C:1991:136.

seja financiada¹⁸. O conceito abrange qualquer entidade que ofereça bens ou serviços num determinado mercado¹⁹. Assim, podem ser qualificadas como empresas para efeitos de auxílios de Estado associações sem fins lucrativos, profissionais liberais, entidades da administração pública, etc.

Todavia, sempre que uma entidade atue ao abrigo de poderes de autoridade, não será considerada uma empresa (sem prejuízo da possibilidade de autonomização de atividades económicas). Este caso exclui, designadamente, forças de segurança, sistema nacional de saúde, etc.

2.4 Seletividade

Só são proibidos auxílios que favoreçam “*certas empresas ou certas produções*” (os que sejam de âmbito geral não distorcem a concorrência).

Assim, veja-se o disposto no acórdão *Adria-Wien Pipeline*, no âmbito do qual o TJUE declarou que “*as medidas nacionais que prevêem um reembolso parcial dos impostos sobre a energia incidentes sobre o gás natural e a energia eléctrica não constituem auxílios estatais na acepção do artigo [107.º do TFUE] quando se apliquem a todas as empresas situadas no território nacional, independentemente do objecto da sua actividade*”, podendo entender-se aqui um respaldo da doutrina geral de acordo com a qual as medidas de política económica geral (como sejam a alteração das taxas gerais de IRS ou IRC) não constituem auxílios de Estado²⁰.

Dito de outra forma, desde que se apliquem indistintamente a todas as empresas e a todas as produções, as medidas são em princípio de carácter geral e não seletivas, não sendo consequentemente consideradas auxílios.

2.5 Distorção da concorrência entre os Estados-Membros

O artigo 107.º, n.º 1 TFUE só proíbe auxílios de Estado “*que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros*” e “*que falseiem ou ameacem falsear a concorrência*”.

18 Cfr. entre outros, acórdão do TJUE, de 12 de setembro de 2000, *Pavlov e outros*, processos apensos C-180/98 a C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428; acórdão do TJUE, de 10 de janeiro de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA e outros*, processo C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8.

19 Cfr., entre outros, acórdão do TJUE, de 18 de junho de 1998, *Comissão/Itália*, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303; acórdão do TJUE, de 12 de setembro de 2000, *Pavlov e outros*, processos apensos C-180/98 a C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428.

20 Cfr., a título de exemplo, o disposto na Comunicação sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31998Y1210%2801%29>

Ora, é jurisprudência assente que “*em matéria de auxílios de Estado, as duas condições de aplicação do artigo [107.º], n.º 1, do Tratado, relativas à incidência nas trocas comerciais entre Estados membros e à distorção da concorrência se encontram, regra geral, indissociavelmente ligadas*”²¹.

Há um efeito de distorção da concorrência quando um auxílio financeiro concedido por um Estado ou através de receitas de Estado reforça a posição de uma empresa relativamente a outras empresas concorrentes nas trocas comerciais intracomunitárias. Este elemento não existe, por exemplo, nos auxílios *de minimis*²² (regra geral, correspondente a auxílios a empresas inferiores a 200.000 € em três anos).

3. AUXÍLIOS COMPATÍVEIS COM O TFUE

Mesmo que uma medida seja qualificada como auxílio de Estado e preencha todos os requisitos do artigo 107.º, n.º 1 TFUE *supra* mencionados, pode o auxílio ser compatível com o Direito da União Europeia por beneficiar:

- (i) de uma isenção legal, ao abrigo do n.º 2 do artigo 107.º TFUE;
- (ii) de uma isenção categorial, ao abrigo de regulamento europeu; e
- (iii) de uma isenção individual, ao abrigo do n.º 3 do artigo do 107.º TFUE.

Vejamos:

3.1 Compatibilidade ao abrigo do n.º 2 do artigo 107.º TFUE

São compatíveis com o n.º 2 do artigo 107.º do TFUE os seguintes auxílios de Estado:

- (i) auxílios de natureza social atribuídos diretamente a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos;
- (i) auxílios destinados a remediar danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários²³;

²¹ Acórdão do TPI de 4 de abril de 2001 (T-288/97).

²² Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão, de 18 de dezembro de 2013.

²³ Embora haja múltiplos exemplos de auxílios autorizados em relação à reação a cheias, a Comissão tem entendido que só se verifica uma calamidade natural quando os danos forem substanciais, entendendo

- (i) auxílios para apoiar a convergência económica dos Lander da Alemanha oriental.

Embora estas medidas sejam notificáveis, a Comissão Europeia apenas pode verificar se estão preenchidos os requisitos previstos nestas alíneas. Assim sendo, a Comissão Europeia está vinculada a uma decisão de isenção, não tendo qualquer margem de discricionariedade (ao contrário das isenções individuais, tratadas em 4.3).

3.2 Isenções categoriais ao abrigo dos regulamentos europeus

Nos termos do artigo 109.º e do n.º 4 do artigo 108.º do TFUE, a Comissão Europeia pode adotar regulamentos de isenção categorial, que têm por efeito declarar a compatibilidade com o mercado interno dos auxílios de Estado que cumpram os requisitos neles definidos, dispensando-os do mecanismo de notificação prévia à Comissão Europeia, sem prejuízo dos deveres de informação a que os Estados-Membros estão normalmente sujeitos nesta matéria²⁴.

Neste quadro, estão tipicamente isentos de notificação prévia à Comissão Europeia e são considerados compatíveis com o mercado interno as categorias de auxílios previstas no Regulamento (UE) n.º 2015/1588 relativos a auxílios públicos horizontais e nos vários regulamentos adotados em sua aplicação, como o Regulamento Geral de Isenção por Categoria²⁵ ou Regulamento *de minimis*²⁶.

Desta forma, ao abrigo do Regulamento (UE) n.º 2015/1588, as isenções por categoria podem abranger as seguintes categorias de auxílio:

- a) De finalidade regional (al. *b*) do artigo 1.º);
- b) Os auxílios a favor:
 - (i) Das pequenas e médias empresas;

genericamente como tal a destruição de pelo menos 20% da produção em período norma (*vide* Ferro, 2018: 303).

24 É ainda de salientar que o próprio Conselho pode, nos termos previstos na al. e) do n.º 3 do artigo 107.º e no artigo 109.º do TFUE, definir categorias de auxílios que sejam considerados compatíveis com o mercado interno e, igualmente, dispensadas da obrigação de notificação prévia (ao abrigo do n.º 3 do artigo 108.º do TFUE).

25 Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 17 de junho de 2014, que declara certas categorias de auxílio compatíveis com o mercado interno, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do TFUE.

26 Regulamento (UE) n.º 1407/2013 relativo aos auxílios *de minimis*.

- (ii) De I&D e inovação;
 - (iii) Da proteção do ambiente;
 - (iv) Do emprego e formação;
 - (v) Da cultura e conservação do património;
 - (vi) Da reparação dos danos causados por catástrofes naturais;
 - (vii) Da reparação dos danos causados por certas condições climáticas desfavoráveis no setor das pescas;
 - (viii) Da silvicultura;
 - (ix) Da promoção de produtos do setor alimentar não incluídos no Anexo I do TFUE;
 - (x) Da conservação dos recursos biológicos do mar e de água doce;
 - (xi) Do desporto;
 - (xii) Dos habitantes de regiões periféricas no domínio dos transportes, quando este auxílio tem finalidade social e é concedido sem qualquer discriminação em função da identidade da transportadora;
 - (xiii) Dos serviços básicos de infraestrutura de banda larga e medidas individuais de reduzida importância respeitantes a redes de acesso de próxima geração, obras de engenharia civil relacionadas com a banda larga e infraestruturas passivas em regiões que não dispõem dessas infraestruturas de banda larga e nas quais é pouco provável que sejam desenvolvidas infraestruturas desse tipo num futuro próximo;
 - (xiv) Da infraestrutura em apoio dos objetivos enumerados em (i) a (xiii) e al. *a) supra*, bem como outros objetivos de interesse comum, em especial os objetivos Europa 2020;
- c) *Ex vi* do artigo 2.º, os auxílios *de minimis*²⁷.

Atualmente, a grande maioria das isenções categoriais (em particular, os auxílios a que se referem as als. *a)* e *b)* do artigo 1.º do Regulamento (UE) n.º 2015/1588) está reunida no RGIC, que define requisitos gerais e específicos para diferentes tipos de auxílios: designadamente com finalidade regional, a

27 Genericamente e conforme referido acima, tendo em conta os elementos do conceito de auxílio de Estado e, designadamente, os conceitos de “afetação do comércio” e de “distorção da concorrência”, desde cedo que, pelo seu montante muito reduzido, não têm um impacto sensível no comércio e na concorrência entre Estados-Membros. Os limiares *de minimis* implicam que o montante total dos auxílios *de minimis* concedidos a uma única empresa não pode exceder os 200 000 € durante o período de três exercícios financeiros, sendo aplicáveis qualquer que seja a forma dos auxílios *de minimis* ou o seu objetivo e independentemente de os auxílios concedidos pelo Estado-Membro serem financiados, no todo ou em parte, com recursos da União Europeia (cfr. artigo 3.º do Regulamento *de minimis*).

PME (em geral ou para facilitar o seu acesso a financiamento), para fomentar investigação e desenvolvimento ou formação, para proteger o ambiente, para defender a cultura ou o património.

Cada Estado-Membro deve avaliar se as medidas que pretende adotar preenchem os requisitos do regulamento, todavia a Comissão Europeia pode discordar e exigir notificação ou, até retirar, num caso concreto, o benefício da isenção categorial se um Estado-Membro tiver alegado, incorretamente, que um auxílio estava abrangido por ele (artigo 10.º).

3.3 Isenções individuais ao abrigo do artigo 106.º e do n.º 3 do artigo 107.º

Sempre que um auxílio caia na proibição do n.º 1 do artigo 107.º, não se enquadre no n.º 2 do artigo 107.º e não goze da proteção de uma isenção categorial como as referidas no ponto 4.2 *supra*, pode beneficiar de uma isenção individual, ou seja, o caso concreto deve ser apreciado pela Comissão Europeia ao abrigo do n.º 3 do artigo 107.º, se visar ou for provável que tenha por efeito:

- a) promover o desenvolvimento de regiões com nível de vida anormalmente baixo ou grave subemprego ou de regiões ultraperiféricas;
- b) fomentar um projeto importante de interesse europeu comum ou sanar perturbação grave na economia de um Estado-Membro;
- c) facilitar desenvolvimento de certas atividades ou regiões económicas, desde que o seu impacto nas trocas comerciais não contrarie o interesse comum; ou
- d) promover a cultura e conservar património, desde que o seu impacto nas trocas comerciais não contrarie o interesse comum.

Podem ainda ser autorizadas outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, sob proposta da Comissão, nos termos da al *e*) do n.º 3 do artigo 107.º.

Note-se que a Comissão pode autorizar auxílios individuais (ou auxílios *ad hoc*) ou regimes de auxílios (que se consubstanciam, no fundo, em esquemas gerais ao abrigo dos quais, desde que preenchidas todas as condições, poderão ser concedidos auxílios individuais)²⁸.

28 Os regimes de auxílios são medidas de auxílios que foram aprovadas pela Comissão Europeia e que permitem ao Estado, sem dependência de qualquer notificação subsequente à Comissão Europeia e sem que sejam necessárias outras medidas de execução, conceder auxílios individuais a empresas nele definidas de forma geral e abstrata e qualquer diploma com base no qual pode ser concedido a uma ou mais empresas

Deste modo, conclui-se que a CE, colocada no centro do processo de avaliação da compatibilidade da medida de auxílio com o mercado interno, goza de uma margem muito relevante de discricionariedade, ao abrigo deste artigo, em particular na tomada de decisão referente à questão de saber se o auxílio promove efetivamente um destes objetivos legítimos, bem como quão importante é a promoção desse objetivo por contraste com a proteção do funcionamento do mercado interno²⁹.

Assim, uma medida pode ser declarada compatível desde que retifique uma deficiência do mercado, satisfaça objetivos de interesse comum claramente definidos e não falseie a concorrência e o comércio do território da União numa medida contrária ao interesse comum.

A Comissão tem vindo a aperfeiçoar e a concretizar o seu entendimento sobre as situações que podem beneficiar destas isenções em documentos de *soft-law* horizontais ou setoriais, aplicáveis a todos ou apenas a alguns setores da economia³⁰ ou a certas situações ou certo tipo de auxílio³¹, devendo salientar-se que estes documentos constituem apenas um guia para o entendimento da Comissão e não uma isenção de notificação prévia.

4. O REGIME DO QUADRO TEMPORÁRIO

Na sequência da eclosão do surto de COVID-19, que representou uma grave emergência de saúde pública para os cidadãos e que tem uma implicação direta nas empresas europeias, a Comissão Europeia reconheceu que uma

um auxílio não ligado a um projeto específico, por um período de tempo indefinido e/ou com um montante indefinido.

29 No mesmo sentido, vide Nuno C. Rodrigues (2010: 885- 915), quando afirma que “*resulta dos pressupostos enunciados pela Comissão a necessidade de averiguar se o auxílio afecta (ou não), de forma negativa as trocas numa medida contrária ao interesse comum. Embora os critérios não sejam explícitos, deve evitar-se que a concessão do auxílio provoque um desequilíbrio entre, por um lado, a necessidade de evitar distorções da concorrência e de reforçar a unidade do mercado interno e, por outro lado, as necessidades da situação económica e de adaptação estrutural, o reforço da competitividade das indústrias comunitárias, o combate ao desemprego e o desenvolvimento regional equitativo*”.

30 A título de exemplo, cfr. Comunicação da Comissão sobre orientações comunitárias sobre os auxílios estatais às empresas de transporte ferroviário ou a Comunicação da Comissão sobre orientações comunitárias sobre os auxílios estatais às empresas de transporte marítimo.

31 A título de exemplo, cfr. Comunicação da Comissão sobre orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade, a Comunicação da Comissão sobre orientações relativas aos auxílios estatais que visam promover os investimentos de financiamento de risco ou a Comunicação da Comissão sobre o enquadramento dos auxílios estatais à investigação, desenvolvimento e inovação.

parte relevante da resposta ao impacto social e económico da pandemia vem dos orçamentos dos Estados-Membros, tendo emitido diversas comunicações “relembrando” as regras aplicáveis em matéria de auxílios de Estado, que se mantinham em vigor³². Aliás, foi esclarecido que a regra geral de incompatibilidade com o mercado interno da União Europeia dos auxílios concedidos pelos Estados-Membros provenientes de recursos estatais, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, concedendo vantagens a certas empresas (artigo 107.º, n.º 1 do TFUE), continua a aplicar-se.

A concessão de benefícios que se enquadrem na noção de auxílio de Estado carece, assim, de notificação à Comissão Europeia (“CE”), assim como de autorização prévia para avaliação da sua compatibilidade com o mercado interno.

Contudo, conforme já referido, determinadas medidas de apoio poderão ser concedidas pelos Estados-Membros por não configurarem um “auxílio de Estado” nos termos do artigo 107.º do TFUE ou por se enquadrarem nas exceções já previstas nos n.ºs 2 e 3 deste artigo.

Resultou também claro que o Estado pode, em regra, adotar medidas que sejam aplicáveis a todas as empresas e a todos os setores e que, por isso, não integram a noção de “auxílio de Estado”. Não caindo na definição de auxílio, estas medidas não carecem de ser previamente notificadas à Comissão Europeia e por esta aprovadas³³.

São exemplos destas medidas, em determinadas condições, a atenuação de encargos salariais, a suspensão dos pagamentos de impostos sobre as sociedades e do imposto do valor acrescentado ou das contribuições sociais, assim como o apoio financeiro concedido diretamente aos consumidores (e.g., para compensar o cancelamento de serviços ou o custo de bilhetes não reembolsados pelos operadores interessados).

Os Estados-Membros poderão continuar a adotar medidas ao abrigo do Regulamento *de minimis* (Reg. (UE) 1407/2013, de 18.21.2013) ou do Regulamento de Isenção por Categoria (Reg. (UE) 651/2014, de 16.06.2014), as quais, como sabemos, não carecem de aprovação prévia pela CE.

32 Conforme se pode inferir do parágrafo seguinte do Quadro Temporário, abordado em maior profundidade *infra*: “Dada a dimensão limitada do orçamento da UE, a principal resposta provirá dos orçamentos nacionais dos Estados-Membros. As regras da UE em matéria de auxílios estatais permitem aos Estados-Membros tomar medidas rápidas e eficazes para apoiar os cidadãos e as empresas, em especial as PME, que enfrentam dificuldades económicas em virtude do surto de COVID-19.”

33 Para este efeito, Junqueiro & Ruiz, 2020.

A Comissão Europeia clarificou a sua posição relativamente ao facto de considerar que o enquadramento atual já permite aos Estados-Membros adotar medidas, sujeitas à aprovação prévia da Comissão, com base no artigo 107.º, n.º 2, al. b), do TFUE, o qual prevê que podem ser compatíveis com o mercado interno auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários. Ou seja, “*considera-se que o surto do COVID-19 se deve qualificar como uma ocorrência excepcional, extraordinária e imprevisível, com um impacto económico muito significativo e, por consequência, devem considerar-se justificadas intervenções excepcionais dos Estados-Membros para compensar os danos associados ao referido surto*”³⁴.

A Comissão Europeia publicou no seu *site* uma lista das informações e dados que devem ser tidos em conta nas notificações de auxílios concedidos ao abrigo do artigo 107.º, n.º 2, al. b), do TFUE para fazer face ao surto de COVID-19. Em relação a estas medidas, que carecem de aprovação prévia, a Comissão Europeia indicou que está a implementar todos os procedimentos necessários para garantir a avaliação e aprovação célere, em apenas alguns dias após a notificação dos apoios em causa. As medidas notificadas são divulgadas no sítio da *internet* da Comissão, dando visibilidade aos apoios concedidos pelos diversos Estados-Membros (quais os setores e que tipo de auxílios), o que permite uma melhor avaliação dos setores em crise, bem como das soluções encontradas pelos diferentes Estados-Membros para os apoiar.

Adicionalmente, a Comissão Europeia adotou a Comunicação C(2020) 1863³⁵, de 19 de março de 2020, que aprova o Quadro Temporário relativo a Medidas de Auxílio Estatal em Apoio da Economia no Atual Contexto do Surto de COVID-19 (Quadro Temporário), alterado pela C(2020) 2215, de 3 de abril de 2020, C(2020) 3156, de 8 de maio de 2020, C(2020) 4509, de 29 de junho de 2020, C(2020) 7127, de 13 de outubro de 2020, C(2021) 564, de 28 de janeiro de 2021 e C(2021) 8442 de 18 de novembro de 2021, todas publicadas no Jornal Oficial da União Europeia (Quadro Temporário).

Como se pode constatar, o Quadro Temporário tem assim sido alvo de sucessivas alterações provocadas pela evolução da situação pandémica. De facto foi alterado seis vezes até à data.

34 Pedro, 2020: 15-16.

35 Quanto à natureza do instrumento jurídico em causa, alguns autores alertam para a insegurança que o mesmo pode causar. Em particular, Agnolucci, *Op. Cit.*, refere que “*Concerns arise in particular with regard to the specific instrument used by the Commission. Indeed, soft law instruments, such as Commission communications, might fail to ensure the same level of legal guarantees applicable to other areas of EU law*”.

O Quadro Temporário constata a grave emergência de saúde pública para os cidadãos e sociedades europeias, referindo o choque que afeta a economia em várias frentes³⁶, salientando que nestas circunstâncias excepcionais todos os tipos de empresas podem deparar-se com graves faltas de liquidez. De resto, salienta-se que o esforço de flexibilização temporária exercido pela Comissão Europeia não é totalmente inovador em termos de princípio³⁷, mas é-o ao nível da sua extensão.

Na sua atual redação, o Quadro Temporário prevê a possibilidade de concessão de diversos tipos de auxílios, que vão ser seguidamente elencados.

4.1 Natureza dos auxílios de Estado

4.1.1 Secção 3.1. do Quadro Temporário: Montantes limitados de auxílio

Os auxílios previstos na secção 3.1 do Quadro Temporário consubstanciam subvenções diretas, adiantamentos reembolsáveis ou benefícios fiscais, empréstimos a taxa zero, garantias sobre empréstimos que cobrem 100% do risco, ou injeções de capital, os quais poderão ir até 2,3 milhões € por empresa para fazer face a necessidades urgentes de liquidez. Aplicam-se regras distintas, designadamente quanto aos montantes máximos de auxílio, por empresa, para o setor da agricultura e pescas (máximo 345.000 € na produção primária de produtos agrícolas e 290.000 € no setor das pescas e da aquicultura)³⁸.

36 “Assiste-se a um choque do lado da oferta resultante da perturbação das cadeias de abastecimento, a um choque do lado da procura motivado pela diminuição da procura por parte dos consumidores, e aos efeitos negativos decorrentes da incerteza que paira sobre os planos de investimento, bem como das restrições de liquidez para as empresas” (cfr. Quadro Temporário).

37 O modelo de adoção de regras especiais e temporárias para fazer face a crises económicas e financeiras já tinha ocorrido a propósito da crise financeira de 2008, em que a Comissão Europeia também flexibilizou as regras de auxílios de Estado dirigidos a entidades do setor financeiro, tendo adotado o Quadro temporário relativo às medidas de auxílio estatal destinadas a apoiar o acesso ao financiamento durante a atual crise financeira e económica, constante da Comunicação adotada pela Comissão em 26 de novembro de 2008 no âmbito do Plano de Relançamento da Economia Europeia.

Com foco específico sobre este tema, Guincho, 2016: 231, conclui “*In 2008, at the outset of the economic and financial crisis, the Member States found themselves with the responsibility to rescue financial institutions. Other measures were partly extended to the real economy to avoid a meltdown of the economy. The Commission needed to find an instrument capable of coordinating the State efforts undertaken during the crisis due to the absence of an EU Treasury.*”. Assim, à luz da gravidade da crise económica e financeira de 2008 e do seu impacto no conjunto da economia dos EM, a Comissão considerou que podia justificar-se, durante um período de tempo limitado, a concessão de certas categorias de auxílios estatais para ultrapassar estas dificuldades, podendo tais auxílios ser declarados compatíveis com o mercado interno com base no artigo 107.º, n.º 3, al. b), do TFUE.

38 Pode ser estabelecido um paralelismo entre esta modalidade de auxílio e o Regulamento *de minimis*, dado que para um auxílio até este montante não há praticamente quaisquer restrições a aplicar. É de notar,

4.1.2 *Secção 3.2. do Quadro Temporário: Auxílios sob a forma de garantias a empréstimos*

Os auxílios previstos na secção 3.2 do Quadro Temporário consubstanciam garantias subvencionadas sobre empréstimos bancários. Os Estados-Membros podem conceder garantias estatais ou criar regimes de garantia de empréstimos bancários contraídos pelas empresas, estando previstos alguns limites ao montante máximo do empréstimo garantido, com base nas despesas operacionais das empresas, numa percentagem do seu volume de negócios do ano precedente ou nas suas necessidades de liquidez.

Portugal, como muitos Estados-Membros da UE, recorreu substancialmente a esta modalidade de auxílio de Estado para garantir liquidez às empresas que operam no seu território, sendo exemplo disso as decisões da Comissão Europeia de 22 de março de 2020 (State Aid SA.56755 (2020/N) – Portugal Guarantee schemes related to Covid-19), de 4 de abril de 2020 (State Aid SA.56873(2020/N) – Portugal COVID-19: Direct grant scheme and loan guarantee scheme), de 22 de dezembro de 2020 (State Aid SA.59795 (2020/N) – Portugal COVID 19 Amendment of SA.56873(2020/N) – Portugal COVID-19: Direct grant scheme and loan guarantee scheme) de 30 de abril de 2021 (State Aid SA.62505 (2021/N) – Portugal COVID 19 Amendment of SA.56873(2020/N): Direct grant and loan guarantee scheme), de 6 de agosto de 2021 (State Aid SA.63549 (2021/N) – Portugal COVID-19: Direct grant scheme and loan guarantee scheme (amendments to SA.56873)) e de 16 de dezembro de 2021 (State Aid SA.100810 (2021/N) – Portugal COVID-19: Prolongation of the schemes SA.56873, SA.56886, SA.57035, SA.57494, SA.59450, SA.61209, SA.62647 and SA.64041, as already amended).

4.1.3 *Secção 3.3. do Quadro Temporário: Auxílios sob a forma de taxas de juro bonificadas para os empréstimos*

Os auxílios previstos na secção 3.3 do Quadro Temporário consubstanciam taxas de juro bonificadas e dívida subordinada. Os Estados-Membros podem autorizar a concessão às empresas de empréstimos públicos e privados com taxas de juro bonificadas e ainda empréstimos sob a forma de dívida subordinada (relativamente aos credores preferenciais ordinários). Estes empréstimos

nesse caso e em jeito comparativo, que o montante máximo ao abrigo do *de minimis* é substancialmente inferior ao limite máximo previsto na secção 3.1 do Quadro Temporário, o que denota um claro entendimento por parte da Comissão Europeia da situação excecional em que a pandemia colocou os Estados-Membros da UE.

devem ser concedidos a uma taxa de juro pelo menos igual à taxa de base em vigor em 1 de janeiro de 2020, acrescida de margem de risco de crédito correspondente ao perfil de risco do beneficiário, com taxas diferentes para PME e não-PME, acrescida ainda de uma majoração em caso de dívida subordinada. Existem limites ao montante máximo de cada empréstimo, os quais dependem das necessidades operacionais das empresas.

4.1.4 Secção 3.4. do Quadro Temporário: Auxílios sob a forma de garantias e empréstimos canalizados através de instituições de crédito ou de outras instituições financeiras

Os auxílios previstos na secção 3.4 do Quadro Temporário consubstanciam a salvaguarda do setor bancário. O Quadro Temporário esclarece que se os Estados-Membros decidirem canalizar auxílios para a economia real através dos bancos, tais apoios serão considerados um auxílio direto aos clientes dos bancos que deles beneficiem e não aos próprios bancos. Os bancos e intermediários financeiros devem implementar medidas para a passagem efetiva das vantagens aos beneficiários finais dos auxílios, nomeadamente através de maior volume de financiamento, diminuição de taxas de juros e de garantias exigidas e diminuição de comissões de garantia.

4.1.5 Secção 3.5. do Quadro Temporário: Seguro de crédito à exportação de operações garantidas a curto prazo

Os auxílios previstos na secção 3.5 do Quadro Temporário consubstanciam seguros de crédito à exportação de curto prazo. O Quadro Temporário vem introduzir flexibilidade adicional na concessão pelos Estados-Membros de seguros de crédito à exportação relativamente à cobertura de riscos negociáveis. A concessão está sujeita à demonstração de indisponibilidade de privados para tais coberturas³⁹.

4.1.6 Secção 3.6. do Quadro Temporário: Auxílios para atividades de investigação e desenvolvimento no contexto da COVID-19

Os auxílios previstos na secção 3.6 do Quadro Temporário consubstanciam auxílios à I&D relacionada com o coronavírus. Para responder à crise sanitária atual, os Estados-Membros poderão conceder subvenções diretas,

³⁹ Salienta-se que a quinta alteração ao Quadro Temporário veio prorrogar até 31 de dezembro de 2021 a retirada temporária de todos os países da lista de países com riscos negociáveis, no contexto da Comunicação relativa ao seguro de crédito à exportação em operações garantidas a curto prazo.

adiantamentos reembolsáveis ou benefícios fiscais para atividades de I&D. Nesse âmbito, poderá ainda ser concedido um bônus a projetos de cooperação transfronteiras entre Estados-Membros.

4.1.7 Secção 3.7. do Quadro Temporário: Auxílios ao investimento em infraestruturas de ensaio e otimização (upscaling)

Os auxílios previstos na secção 3.7 do Quadro Temporário consubstanciam auxílios à construção e otimização de instalações de ensaio. Os Estados-Membros poderão conceder subvenções diretas, benefícios fiscais, adiantamentos reembolsáveis e garantias totais (*no-loss*) para apoiar investimentos que permitam a construção ou a otimização (*upscaling*) das infraestruturas necessárias para desenvolver e testar produtos úteis para combater o surto de coronavírus, até à primeira utilização industrial. Aqui se incluem medicamentos e tratamentos (incluindo vacinas), dispositivos e equipamentos médicos (designadamente ventiladores e vestuário de proteção, bem como ferramentas de diagnóstico), desinfetantes, ferramentas de recolha e processamento de dados para combater a propagação do vírus.

4.1.8 Secção 3.8. do Quadro Temporário: Auxílios ao investimento para a produção de produtos relevantes para fazer face à COVID-19

Os auxílios previstos na secção 3.8 do Quadro Temporário consubstanciam auxílios à produção de produtos relevantes para fazer face ao surto de coronavírus. A fim de incentivar a cooperação e favorecer uma ação rápida, as empresas poderão beneficiar de um bônus quando o seu investimento for apoiado por mais do que um Estado-Membro ou quando o projeto em causa estiver concluído no prazo de dois meses após a concessão do auxílio.

4.1.9 Secção 3.9. do Quadro Temporário: Auxílios sob a forma de diferimentos de impostos e/ou de contribuições para a segurança social

Os auxílios previstos na secção 3.9 do Quadro Temporário consubstanciam auxílios específicos sob a forma de diferimento do pagamento de impostos e/ou suspensões das contribuições para a segurança social. Os Estados-Membros poderão conceder diferimentos específicos do pagamento de impostos e de contribuições para a segurança social nos setores, regiões ou tipos de empresas mais afetados pelo surto.

4.1.10 Secção 3.10. do Quadro Temporário: Auxílios sob a forma de subvenções salariais para os trabalhadores a fim de evitar lay-offs durante o surto de COVID-19
Os auxílios previstos na secção 3.10 do Quadro Temporário consubstanciam auxílios específicos sob a forma de subvenções salariais para os trabalhadores. Os Estados-Membros poderão contribuir para os custos salariais das empresas em setores ou regiões que mais sofreram com o surto coronavírus e que, sem esse apoio, teriam de colocar os respetivos trabalhadores em *lay-off*.

4.1.11 Secção 3.11. do Quadro Temporário: Medidas de recapitalização
Os auxílios previstos na secção 3.11 do Quadro Temporário foram aprovados pela C(2020) 3156, de 8 de maio de 2020, no âmbito da 2.^a alteração ao Quadro Temporário, que veio ainda permitir aos Estados-Membros, como medida de último recurso, em caso de inadequação dos restantes tipos de auxílios acima elencados, a intervenção ao nível de medidas de recapitalização das empresas. Estas medidas podem assumir a forma de injeções de capital ou de instrumentos híbridos (dívida convertível em capital) estando, contudo, sujeitas a uma demonstração mais aprofundada quanto à necessidade, adequação e proporcionalidade desse auxílio.

Tendo em vista assegurar o caráter temporário da intervenção do Estado e uma suficiente remuneração pelo risco assumido, são criados incentivos à recompra das ações ou reembolso do auxílio por parte das empresas beneficiárias (ou seus acionistas) através de condições específicas de remuneração, incremento da participação, conversão, entrada e saída do Estado no capital. Durante a participação do Estado ou até ao reembolso do auxílio, são ainda impostas algumas proibições às empresas beneficiárias do auxílio, como a proibição de pagamento de dividendos, aumentos de remunerações e pagamento de bónus de quadros dirigentes, bem como a proibição da aquisição de participação superior a 10% em empresas concorrentes ou outros operadores do mesmo ramo de atividade. Nas alterações subsequentes ao Quadro Temporário a Comissão adaptou as regras relativas às medidas de recapitalização, por forma a incentivar a participação de investidores privados a contribuir para o aumento do capital das empresas, em conjunto e nas mesmas condições que o Estado. Nos casos em que a participação privada ascenda a pelo menos 30% do capital novo, é diminuída a duração das proibições relativas a aquisições, bem como os limites de remuneração de gestão, sendo ainda permitida a distribuição de dividendos aos titulares das novas ações ou de ações pré-existentes (desde que estes últimos representem menos de 10% do capital). Por outro lado, a Comissão veio também flexibilizar a saída do

Estado da recapitalização das empresas em que este já fosse um acionista antes da medida de recapitalização, a qual é efetivada mediante avaliação independente, e que tem como efeito a reposição da sua participação anterior, mantendo as salvaguardas para preservar uma concorrência efetiva no mercado único.

4.1.12 Secção 3.12. do Quadro Temporário: Auxílio sob a forma de apoio para os custos fixos não cobertos

Os auxílios previstos na secção 3.12 do Quadro Temporário consubstanciam auxílios sob a forma de apoio para os custos fixos não cobertos. Os Estados-Membros poderão apoiar as empresas que enfrentam uma diminuição do volume de negócios, durante o período elegível, de pelo menos 30% em comparação com o mesmo período de 2019, devido ao surto de coronavírus. O apoio incidirá sobre uma parte dos custos fixos dos beneficiários que não são cobertos pelas suas receitas, até um montante máximo de 12 milhões € por empresa.

4.1.13 Secção 3.13. do Quadro Temporário: Apoio ao investimento dirigido a uma retoma sustentável

Os auxílios previstos na secção 3.13 do Quadro Temporário consubstanciam auxílios sob a forma de apoios ao investimento dirigido a uma recuperação ambientalmente sustentável da economia. Os Estados-Membros poderão apoiar o investimento privado como um estímulo para ultrapassar a falta de investimento na economia durante a crise pandémica. Esse estímulo pode ser dirigido ao desenvolvimento de certas atividades económicas ou de certas áreas económicas. O apoio incide sobre um máximo de 15% (25% se for uma PME) do custo de investimentos em ativos tangíveis e intangíveis até um montante máximo de 10 milhões € por empresa.

4.1.14 Secção 3.14. do Quadro Temporário: Apoio à solvência

Os auxílios previstos na secção 3.14 do Quadro Temporário consubstanciam auxílios sob a forma de apoios à solvência das empresas. Os Estados-Membros poderão apoiar a solvência das empresas cujos níveis de endividamento tenham subido devido à crise económica, prejudicando investimento adicional e crescimento a longo-prazo. Essas medidas deverão ser desenhadas de forma a que incentivem investimento privado em empresas com potencial de crescimento, através de um esquema de garantias públicas a fundos de

investimento que invistam nos beneficiários finais através de instrumentos de capital e quase-capital⁴⁰.

3.4 Análise dos auxílios concedidos

Os apoios previstos no Quadro Temporário destinam-se, em regra, a empresas que não se encontravam em situação de dificuldade a 31 de dezembro de 2019, mas que estão ou irão enfrentar dificuldades na sequência da crise pandémica. Contudo, a terceira alteração ao Quadro Temporário de 29 de junho de 2020 veio permitir a elegibilidade de micro ou pequenas empresas passíveis de serem qualificadas já como “empresa em dificuldade”⁴¹ a 31 de dezembro de 2019, considerando a sua importância no mercado e a forma como foram especialmente afetadas pela pandemia. Esta possibilidade é limitada a empresas que não estejam em processo de insolvência coletivo, de acordo com o direito nacional, nem tenham recebido auxílios de emergência ou auxílios à reestruturação.

Com o objetivo de incentivar os Estados-Membros a optarem por instrumentos reembolsáveis como forma de auxílio, a Comissão veio permitir, com a quinta alteração ao quadro temporário, que os Estados-Membros convertam, até 31 de dezembro de 2022, instrumentos reembolsáveis (nomeadamente, garantias, empréstimos, adiantamentos reembolsáveis) noutras formas

40 Conforme definidos nas *Guidelines on State aid to promote risk finance investments*, “A type of financing that ranks between equity and debt, having a higher risk than senior debt and a lower risk than common equity. Quasi-equity investments can be structured as debt, typically unsecured and subordinated and in some cases convertible into equity, or as preferred equity”.

41 O conceito de “empresa em dificuldade” não é definido nos Tratados, existindo mais do que uma definição potencialmente aplicável, dependendo do instrumento concreto. Para efeitos das Orientações constantes da Comunicação da Comissão – Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade (2014/C 249/01) JO C 249 de 31.7.2014, considera-se que uma empresa está em dificuldade quando se verificar pelo menos uma das seguintes circunstâncias:

- a) “Se se tratar de uma empresa de responsabilidade limitada, quando mais de metade do seu capital social tiver desaparecido devido a perdas acumuladas;
- b) Trata-se do caso em que a dedução das perdas acumuladas das reservas (e todos os outros elementos geralmente considerados como uma parte dos fundos próprios da empresa) conduz a um montante cumulado negativo que excede metade do capital social subscrito;
- c) Se se tratar de uma empresa em que pelo menos alguns sócios tenham responsabilidade ilimitada relativamente às dívidas;
- d) Quando a empresa for objeto de um processo colectivo de insolvência ou preencher, de acordo com o respectivo direito nacional, os critérios para ser submetida a um processo colectivo de insolvência a pedido dos seus credores;
- e) Se se tratar de uma empresa que não é uma PME e onde, nos dois últimos anos: i) o rácio dívida contabilística/fundos próprios da empresa foi superior a 7,5, e ii) o rácio de cobertura dos juros da empresa, calculado com base em EBTIDA, foi inferior a 1,0”.

de auxílio, como subvenções diretas, desde que sejam respeitadas as condições previstas no Quadro Temporário bem como os novos limites máximos para montantes de auxílio (referidos acima).

O regime de auxílios de Estado aprovado pelo Quadro Temporário é de enorme importância e inovação, atendendo, por um lado, à flexibilidade da atuação da Comissão Europeia na criação de regras de auxílios de Estado indiscutivelmente mais permissivas que as regras gerais *supra* enunciadas e, por outro, à agilização dos procedimentos de notificação tendentes à sua aprovação, com prazos de decisão significativamente mais curtos e com uma maioria quase unânime de decisões de compatibilidade⁴².

Todavia, muitas questões se podem colocar a propósito do mesmo. Utilizando o estudo “*Impact of state aid on competition and competitiveness during the COVID-19 pandemic: an early assessment*”, como exemplo, é possível elencar algumas realidades que são constatadas no que toca aos auxílios de Estado em tempos de pandemia que podem colocar em risco os objetivos da União Europeia em matéria de proteção da livre concorrência e de objetivos em matéria de transição ecológica e digital.

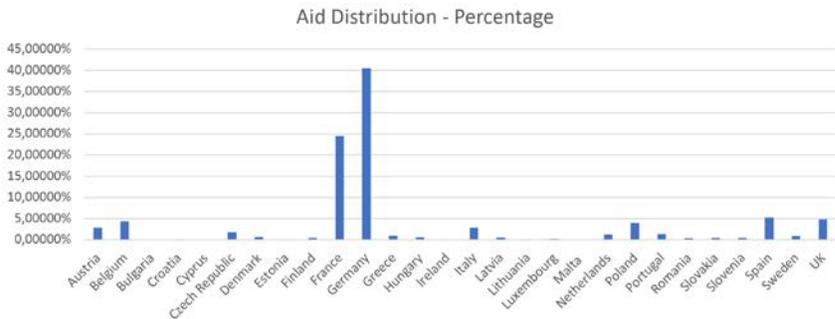
Assim, o referido estudo⁴³ conclui que:

1. O número e orçamento dos casos de auxílios de Estado aprovados no âmbito da crise causada pelo COVID-19 não tem qualquer precedente histórico (a 9 de outubro de 2020, 2 biliões €, a maioria dos quais aprovados no âmbito do Quadro Temporário – 85% do número total de casos e 92,6% do respetivo orçamento).
2. Apesar de todos os Estados-Membros terem notificado auxílios de Estado, o orçamento global de cada medida difere substancialmente entre Estados-Membros. Para além disso, entende-se que não há provas suficientes de que o montante global dos auxílios seja proporcional ao prejuízo económico efetivamente sofrido, salientando-se que a existência de um risco de auxílio de Estado excessivo por parte de alguns Estados-Membros pode vir a prejudicar a livre concorrência no mercado único europeu.

42 Hove, 2020.

43 Os dados reportados e detalhes numéricos são analisados até 9 de outubro de 2020. Assim, estes deverão ser substancialmente ainda mais impactantes à data do presente Artigo. Números atuais poderão ser calculados com base na lista atualizada e disponível em: https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus/temporary-framework_en

3. Existe uma enorme disparidade no valor do orçamento das medidas dos diferentes EM, com alguns acima de 100 mil milhões €, representando em conjunto mais de metade do orçamento global de auxílios de Estado. Relativamente a este ponto, é de notar que as diferenças de orçamento se prendem mais com o poder económico do Estado-Membro do que com a respetiva densidade populacional, o que pode criar ainda maior distorção na concorrência entre os EM. Esta circunstância é claramente descrita pelo gráfico *infra*:



Fonte : Agnolucci, 2021: 4.

4. A maior parte dos auxílios autorizados são neutros quanto ao setor de atividade em que operam os beneficiários, sendo dirigidos a regimes (medidas gerais) e não tanto a auxílios individuais a empresas-alvo (à exceção clara do setor do transporte aéreo). Em muitas medidas se nota o objetivo de apoiar empresas orientadas para a exportação ou ativas internacionalmente, contudo sabemos que a Comissão Europeia proíbe que o apoio seja concedido diretamente a essas atividades de exportação.
5. Embora o auxílio possa ser concedido sob as mais diferentes formas, o tipo de auxílio mais dominante é a subvenção direta (ao abrigo da secção 3.1 do Quadro Temporário), podendo ainda incluir uma conjugação com outras modalidades, como garantias, e medidas de recapitalização. O facto de a principal modalidade ser a título de subsídio, para além de colocar em maior perigo as finanças públicas do Estado-Membro em causa e, por arrasto, o da União Europeia como um todo, pode colocar mais uma vez questões relevantes em matéria de concorrência, na medida em que Estados-Membros com menos poder económico tenderão a

preferir outras modalidades que não sejam contabilizadas como dívida pública *ab initio*. Esta abordagem também é seguida por Irene Agnolucci⁴⁴, concluindo esta autora que “*the disproportionate distribution of State aid might have increased disparities between Member States in the medium and long-term*”.

6. Finalmente, a abordagem da Comissão na avaliação de auxílios de Estado é tipicamente defensiva, ou seja, tem por base questionar se o auxílio de Estado em causa coloca em perigo ou prejudica a livre concorrência no mercado único europeu. Ao invés, não parece existir nenhuma abordagem propriamente defensiva na análise de auxílios de Estado no âmbito do Quadro Temporário [*i.e.*, se a medida em causa serve o propósito de promover a competitividade internacional através de incentivos ao comércio internacional para mercados não europeus (em respeito dos tratados internacionais) ou se promove a inovação ou as transformações verde e digital].

Em termos de recomendações em matéria de Quadro Temporário, o referido estudo de Irene Agnolucci conclui, nomeadamente, que:

1. Deve ser tornado mais transparente o processo de avaliação dos auxílios de Estado. Por forma a evitar discussões relativas ao tratamento igual e ao processo de monitorização *ex-post*, a motivação e condições da decisão devem ser claras. Seria desejável um *reporting* e monitorização mais claros e sistémicos sobre que Estados-Membros e que atividades económicas recebem que apoios.
2. A Comissão Europeia avalia os casos no concreto, um a um (caso a caso). Recomenda-se que os casos sejam avaliados tendo em conta a natureza dos casos anteriores do Estado-Membros em comparação com casos semelhantes de outros EM.
3. Há uma enorme variedade em termos de Orçamento estimado das medidas em cada EM. Um tratamento mais diferenciado entre casos mais pequenos e maiores seria apropriado para evitar desafios administrativos excessivos, em particular para Estados-Membros mais pequenos. Adicionalmente, facilitaria o acesso ao processo de avaliação de todos os Estados-Membros a atribuição de capacidade adicional em

44 Agnolucci, 2021: 2.

- Estados-Membros mais pequenos ou mais pobres (seguindo a mesma lógica que subjaz às regras aplicáveis aos auxílios com finalidade regional⁴⁵).
4. Casos-chapéu, que envolvem várias modalidades de auxílios diferentes (*umbrella*), notificados em particular por Estados-Membros maiores, apesar de positivos na medida em que permitem uma análise mais ampla das iniciativas de apoio público, devem ser analisados com mais detalhe e precisão.
 5. Considerando os orçamentos e números de casos de auxílios de Estado substanciais, deve ser garantido o reporte dos auxílios de Estado efetivamente desembolsados.

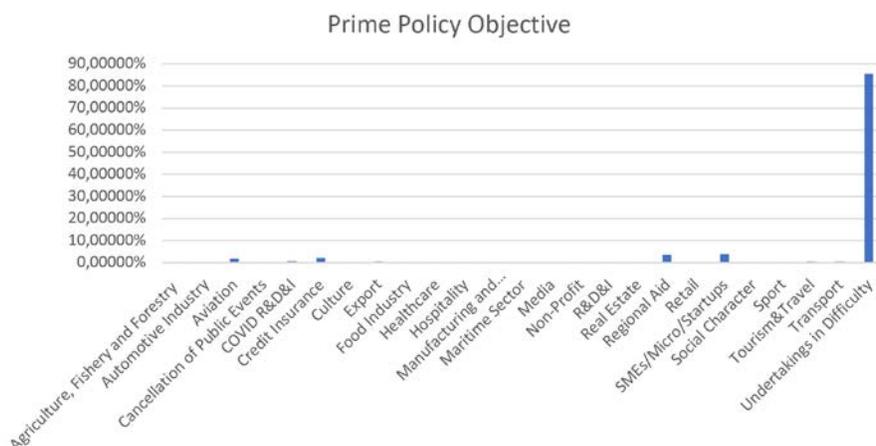
Por outro lado, Irene Agnolucci⁴⁶ sumariza no estudo citado que houve uma distribuição desproporcional dos auxílios de Estado, com a Alemanha e a França a representarem cerca de 66% do montante global de auxílios, ultrapassando em muito todos os outros Estados-Membros e o Reino Unido. Essa disparidade parece estar ligada com o Produto Interno Bruto (PIB) de cada Estado-Membro, bem como com a respetiva capacidade orçamental, o que pode levar a vantagens e benefícios injustos para algumas empresas em detrimento das suas concorrentes e, conseqüentemente, a uma maior distorção da concorrência.

Por outro lado, e no que respeita aos objetivos de política pública visados genericamente pelas medidas de auxílio de Estado concedidas, a análise demonstra que a maior parte do montante global de auxílios foi dirigido a empresas em dificuldades financeiras (conforme demonstrado na tabela acima)⁴⁷, ao passo que os objetivos de política pública para os auxílios de Estado mais comuns nos últimos anos (conforme referido acima: auxílios com

45 Cfr. Capítulo 4.

46 Agnolucci, 2021: 7-8.

47 De resto, deve notar-se que os auxílios dirigidos a empresas que estão em situação de dificuldade, designadamente os auxílios de emergência e reestruturação, são um dos tipos de auxílios que maiores distorções provocam no mercado interno. Como bem refere Pedro, 2020: 7-18, “[à] luz do regime em apreciação, por um lado, as empresas em dificuldade podem beneficiar de um instrumento de concessão de auxílio, por outro, tendo em conta a elevada taxa de insucesso de reabilitação das empresas em dificuldade, pode ter-se criado um instrumento de má aplicação de dinheiros públicos, desde logo, à luz do risco moral [ou moral hazard] criado pelo auxílio – as empresas que previrem que irão provavelmente ser auxiliadas quando se encontrarem em dificuldade podem tender a adoptar estratégias empresariais excessivamente arriscadas e insustentáveis. Além disso, a perspectiva de um auxílio de emergência e à reestruturação a uma dada empresa pode reduzir artificialmente o seu custo do capital, conferindo-lhe uma vantagem concorrencial indevida no mercado.”.



Fonte: Agnolucci, 2021: 8.

políticas ambientais, investigação e desenvolvimento e finalidade regional), foram postos de lado no âmbito do Quadro Temporário. Tendo em conta que os Estados-Membros têm tomado a liberdade de decidir qual o montante dos auxílios a conceder, que empresas podem beneficiar, que setores devem ser apoiados, Irene Agnolucci⁴⁸ conclui que um Quadro Temporário prolongado poderia produzir efeitos perniciosos no longo-prazo nas economias nacionais e europeia, propondo que o Quadro Temporário se mantenha em vigor apenas e na estrita medida do necessário, para se dirigir exclusivamente ao impacto direto da crise pandémica, e que se evolua para um regime “normalizado”.

Outras questões podem ser colocadas a propósito do Quadro Temporário como, por exemplo, a transparência do processo de decisão da CE⁴⁹, e embora não se acompanhe inteiramente as suas conclusões, considera-se que Irene

48 Agnolucci, 2021: 14.

49 Alguns autores colocam em causa a transparência do processo de decisão da Comissão Europeia ao abrigo do Quadro Temporário, dado a pouca visibilidade pública da adoção das regras dele constantes. Assim, Agnolucci (2021:14) refere que “As regards the decision-making process, the TF—while streamlining the procedures and speeding the notification process—might have encroached upon the principles of transparency and democracy. Indeed, only few consultations among the Member States were carried out before adopting the TF’s amendments. In addition, the outputs coming from such consultations are still undisclosed”.

Agnolucci faz uma interessante síntese da correlação entre as diferentes respostas das instituições europeias no contexto da crise pandêmica⁵⁰.

Sem prejuízo das considerações apresentadas, atendendo à indiscutível flexibilização das regras gerais no âmbito do Quadro Temporário, a proposta desta Autora e os seus fundamentos parecem intuir que da sua perspetiva esta flexibilização não deve ser permanente, alegando para isso potenciais distorções à concorrência e efeitos negativos no comércio entre Estados-Membros, bem como o elevado montante já despendido em auxílios de Estado.

É certo que a flexibilização apontada não é isenta de críticas, como se pode inferir da conclusão que Irene Agnolucci expressa ao afirmar que “[m]uch can be learnt by the implementation of pandemic aid. On the one side, the distortions provoked by the TF remind us of the rationale behind EU State aid control which is to ensure the smooth working of the internal market and maintain competition between the EU undertakings. On the other side, however, the Commission should take stock of the lessons learnt during the pandemic and translate them into a better new State aid regime. [...] Since many instruments of State aid control will be revised in the upcoming months, it would be beneficial to acknowledge pandemic aid by addressing its distortive effects. For instance, the new instruments could limit aid or set thresholds and limits for undertakings which have benefitted from aid under the TF once or more than once, where deemed appropriate”, defendendo em consequência alguma limitação da flexibilização conseguida em tempos de crise (por natureza, conjunturais) para voltar a uma maior rigidez em termos estruturais.

Já Jonatan Echebarria Fernández conclui a este propósito que “*State aid has also provided an alleviation and kickstarted the economy by investing and providing rescue aid to companies and businesses. However, State aid is controversial and complex. Member States must abide by EU rules when granting aid to companies. The Commission must be notified and grant approval before the Member State can*

50 *Ibidem*, p. 14. “Finally, one can wonder whether EU State aid control is an adequate tool to counteract the crisis and whether the national efforts will be sufficient to respond to it. Despite the initial reluctance, the Commission eventually allocated common funds, through for instance Sure, Next Generation, including the Recovery Fund and the emission of Eurobonds. These might be effective and appropriate instruments to enact an EU industrial strategy and start recovering together. Indeed, it would have been better if the amount granted by the States through public resources had been provided by an EU-wide fund based on the principle of solidarity. Notwithstanding the necessity for a Treaty amendment, especially as far as Article 125 TFEU is concerned, many commentators highlight that if the recovery was funded by the UE, there would be less distortions in the internal market and more common goals achieved. In conclusion, Europe will properly tackle the crisis when it eventually finds a common route. Archimedes once said, ‘give me a place to stand and with a lever I will move the whole world’. Although still in the search of a working lever, the European Union has been using EU State aid as a substitute tool. Only when it eventually finds the proper lever to lift economic growth, the EU will say: *Eureka!*”.

*grant the aid because it alters the competition of the internal market. Despite its flaws, State aid provides valuable solutions for companies on the brink of liquidity and solvency due to the COVID-19 crisis*⁵¹, o que permite concluir um entendimento tendente à existência de defeitos relativos a estas regras, apesar de genericamente positivas.

Como se verá em seguida, o presente Artigo propõe, pelo contrário, uma flexibilização permanente (ainda que eventualmente agnóstica quanto ao modelo) dessas regras.

5. DA NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS GERAIS

Recorde-se que nos termos do ponto 4. do Quadro Temporário “*Nas circunstâncias excecionais motivadas pelo surto de COVID-19, todos os tipos de empresas podem deparar-se com graves faltas de liquidez. Tanto as empresas financeiramente sólidas como as menos viáveis podem chegar a uma situação de escassez súbita ou mesmo de indisponibilidade de liquidez. As PME estão particularmente expostas. Assim, a situação económica de muitas empresas estáveis e dos respetivos trabalhadores poderá vir a ser gravemente afetada a curto e médio prazo, com repercussões mais duradouras que poderão pôr em perigo a sua sobrevivência*”. Como se pode observar pelo articulado, a Comissão parece ser particularmente prudente na forma como refere a excecionalidade do impacto em causa, em particular no que se refere à flexibilização permanente das regras aplicáveis a grandes empresas⁵², a apoios com montantes mais alargados e dirigidos a setores específicos, apoios tendentes à aquisição de controlo de uma empresa (*buy-out*) e incentivos a ganhos de escala ou incentivos mais substanciais às transições energética e digital.

A esta contingência acresce o facto de os grandes blocos económicos concorrentes com a UE, *maxime* China e Estados Unidos da América, não terem regimes de apoios públicos com semelhantes restrições (pelo contrário, como é sabido, há muitos países que subsidiam fortemente as suas empresas, o que

51 Fernandez, 2021.

52 Salienta-se, neste ponto, que o apoio público a grandes empresas europeias (com sede num EM da UE) é muito limitado no âmbito das regras de auxílios de Estado, como decorre dos vários regulamentos e orientações *supra* citados, quase todos apenas aplicáveis a PME e (alguns) a empresas de média capitalização (*Mid Cap*).

facilita a inexistência de um *level playing field* regulatório global nos auxílios públicos)⁵³.

Assim, alguns Estados-Membros no âmbito da respetiva política industrial colocam a questão da necessidade de flexibilização (permanente) dos vários ramos do Direito da Concorrência dos quais o regime jurídico dos auxílios de Estado não constitui exceção.

Tanto assim é que a França e a Alemanha apresentaram, no início de 2020, o “*Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century*”⁵⁴, onde, desde logo, identificam o objetivo de investimento massivo em inovação (com base no repto “*we will only succeed if we are the ones creating, developing and producing new technologies*”), através:

- a. Da criação de uma estratégia europeia de financiamento da tecnologia;
- b. De um forte compromisso ao nível da União Europeia tendente à inovação disruptiva;
- c. Da sua transformação em líderes mundiais em Inteligência Artificial;
- d. De capacidade instalada para produção de tecnologias totalmente inovadoras (*cutting-edge*);
- e. Da garantia que os mercados financeiros apoiam a inovação industrial.

Os Estados-Membros referidos defendem que “[w]e [depreende-se, pois, a União Europeia] *will only succeed if European companies are capable of competing on the global stage*”, indicando em seguida que “[c]ompetition rules are essential but existing rules need to be revised to be able to adequately take into account industrial policy considerations in order to enable European companies to successfully compete on the world stage. Today, amongst the top 40 biggest companies in the world, only 5 are European”, de onde sobressaia uma imagem de uma Europa estagnada na sua competitividade global e que urge “acordar”. Sublinham ainda, na sequência do que já foi dito, a evidência de uma enorme desvantagem das empresas europeias face a empresas que operam em países que as subsidiam fortemente: “*When some countries heavily subsidize their own companies, how can companies operating mainly in Europe compete fairly? Of course, we must continue to argue for a fairer and more effective global level*

53 A título de exemplo, Faria, 2009a: 75 refere, a propósito dos referidos dois sistemas, que “partilham alguns objectivos e similitudes. Todavia, o regime comunitário é bem mais ambicioso no controlo que exerce (...)”.

54 Disponível em https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Downloads/F/franco-german-manifesto-for-a-european-industrial-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=2

playing field, but in the meantime, we need to ensure our companies can actually grow and compete”.

Especificamente a propósito do regime de auxílios de Estado e de medidas direcionadas para realizar os objetivos *supra* identificados, os referidos países:

- a. sugerem uma adaptação genérica das regras europeias de concorrência “[t]aking into greater consideration the state-control of and subsidies for undertakings within the framework of merger control”;
- b. salientam que as novidades em matéria das regras aplicáveis aos projetos IPCEI⁵⁵ constituem um desenvolvimento positivo, mas que “[m]ore generally, state-aid guidelines must provide a clear framework, taking into account the aim to develop innovative industrial capacity in Europe”;
- c. outras ideias a explorar, tais como o eventual envolvimento temporário de entidades públicas em setores específicos e em determinadas ocasiões para garantir o seu desenvolvimento com êxito no longo prazo.

Esta matéria (dos “campeões europeus” e da eventual necessidade de apoio por parte dos Estados-Membros da União Europeia às suas grandes empresas para que possam ganhar escala e competir de forma justa com as suas concorrentes sediadas em países terceiros) tem também tratamento doutrinário nacional, designadamente por parte de António Goucha Soares⁵⁶, que começa pelos campeões nacionais e pela política industrial para analisar a situação dos campeões europeus, fazendo referência a um cruzamento do regime das concentrações com o regime dos auxílios de Estado.

Assim, para definir o conceito de “campeões nacionais”, o Autor refere que *“no contexto do controlo das concentrações de empresas o apoio que possa ser dado por um Governo a uma fusão ou aquisição entre duas empresas nacionais, visando alcançar um ganho de escala e, por este modo, o aumento de competitividade nos mercados nacionais, tem sido referido como exemplo de criação de campeões*

55 *Important Projects of Common European Interest*. Na altura em que foi apresentado o Manifesto Franco-Alemão, este novo regulamento constituía uma mera proposta da Comissão, mas hoje já está em vigor e disponível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_6245.

A Vice-Presidente Executiva da CE Margrethe Vestager salienta que “[f]ollowing an extensive consultation process, we have made targeted changes to our rules to further enhance the openness of IPCEIs and facilitate the participation of small and medium-sized enterprises”.

56 Soares, 2010: 30.

*nacionais, em áreas importantes para a economia dos respectivos Estados-membros*⁵⁷, considerando estarmos perante “*intervenções políticas nos processos de reestruturação empresarial, determinadas por motivos que transcendem ganhos de eficiência das empresas envolvidas nas operações de concentração, ou vantagens económicas que tais operações poderão proporcionar no bem-estar dos consumidores finais*”⁵⁸.

O citado Autor António Goucha Soares sustenta ainda que a criação de campeões nacionais é tipicamente justificada por razões de política industrial, visto que em termos económicos “*o fundamento clássico da política industrial era reconduzível à ideia de que a intervenção do Estado se justificava nas situações em que o mercado não poderia actuar. Nesses casos, as autoridades públicas poderiam remediar as falhas decorrentes do comportamento das empresas privadas. De entre os instrumentos paradigmáticos da actuação do Estado no âmbito da política industrial poderia referir-se, a par do fomento dos campeões nacionais, a concessão de auxílios de Estado*”⁵⁹, demonstrando aqui um possível alinhamento dos objetivos nas duas iniciativas públicas, para depois exacerbar a existência de críticas a esta abordagem, salientando designadamente que “*a ideia de que a aquisição de escala no mercado nacional favorece a competitividade externa das empresas (...) é discutível no plano económico*”.

No mesmo sentido veja-se, por exemplo, o que aponta Nuno Rocha de Carvalho a propósito do manifesto franco-alemão e da estratégia industrial alemã⁶⁰, no sentido de defender que é o bem-estar do consumidor decorrente de um processo concorrencial que está no cerne do Direito da Concorrência (e não as empresas), “[*m]easuring these gains and losses is admittedly a tricky proposition and one best left to economists but if one were to admit, for the sake of*

57 *Ibidem*, “Do mesmo modo, é reportável à ideia de promoção de campeões nacionais a actuação de um Governo que pretenda impedir a aquisição de uma empresa nacional por uma concorrente estrangeira, ou vise dificultar a entrada de uma empresa estrangeira numa área considerada estratégica para a economia nacional”.

58 A este propósito, o Autor dá uma série de exemplos de operações de concentração que poderiam classificar-se como uma tentativa por parte do Estado de criar campeões nacionais em Portugal.

59 Soares, 2010: 35.

60 Carvalho, 2019: 87-88, refere-se que “[i]n early February, the German government published a new industrial plan called ‘Industrial Strategy 2030’ and, some weeks later, a joint ‘Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century’ was unveiled. Although they ostensibly manifest adherence to the principles of open and free markets as well as investment in innovation, these initiatives ultimately call for the review and reform of existing European state-aid and competition law, the message being that competition law and its application should be relaxed to make way for the creation of European companies with a global dimension”.

*argument, that they evened each other out, it would still be extremely difficult to see how the alleged benefits to Europe would be spread homogenously within the Union and how they would not be detrimental to the European Single Market”*⁶¹.

Não ignorando que o tema específico dos campeões europeus não constitui o objeto do presente Artigo, a verdade é que, tal como no que à eventual flexibilização (permanente) do regime dos auxílios de Estado diz respeito, a União Europeia parece estar mais centrada na concorrência interna (intra-comunitária) do que externa. Por tudo quanto se disse, parece evidente que a União Europeia (enquanto bloco político e económico) precisa de apoiar o desenvolvimento de tecnologias emergentes que exigem recursos que as empresas europeias, de *per si*, não conseguem assegurar. Assim, mesmo que os Estados-Membros com maior disponibilidade orçamental (como é o caso da França e da Alemanha *supra* citadas) tenham uma maior capacidade para apoiar financeiramente as suas empresas do que os Estados-Membros com menor disponibilidade (como Portugal), a verdade é que facilmente se pode argumentar que mesmo as empresas sediadas em Estados-Membros com menor capacidade teriam vantagens na existência de empresas europeias com maior escala, ao beneficiarem do facto de poderem ser inseridas em cadeias de valor europeias, com uma economia europeia mais próspera, exigindo obviamente empresas europeias mais competitivas⁶².

Tal como sublinhámos, o Estado Chinês ou Norte-Americano⁶³ apoiam de forma distinta as suas empresas, e tudo indica que as vão apoiar, mais ainda, no contexto das transições verde e digital. Assim, julga-se defensável que o maior problema da economia europeia não reside na concorrência dentro do mercado interno, mas na concorrência que as empresas europeias enfrentam nos mercados globais.

Finalmente, considerando a (muito positiva) alocação de fundos europeus a serem distribuídos nos próximos tempos, de que são exemplo os fundos provenientes do Mecanismo de Recuperação e Resiliência e aprovados como

61 *Ibidem*.

62 A este propósito, ver a entrevista a vários governantes de relevo, disponível no site: <https://www.ebulletin.com/10949-building-european-champions-eu-to-review-state-aid-rules-to-help-its-firms-compete-with-us-china.html>

63 Poder-se-ia ainda dar o exemplo do fenómeno dos *sovereign wealth funds*, que são entidades financeiras detidas por Estados como os Emirados Arabes Unidos, Singapura, Rússia ou China, que têm investido na aquisição de capital de empresas que operam em setores estratégicos. Para mais informações consultar, por exemplo, P. Whyte, L. Barysh, “What should Europe do about sovereign wealth funds?” *Centre for European Reform bulletin*, 2007.

Planos de Recuperação e Resiliência de cada Estado-Membro, a verdade é que os seus maiores destinatários em termos de percentagem são, de um modo geral, justamente os Estados-Membros com menos capacidades orçamentais. Nesse sentido, por forma a poder executar esses fundos, poder-se-á, igualmente, considerar também do interesse destes Estados que as regras de auxílios de Estado sejam flexibilizadas, para que as empresas destinatárias que operam nesses Estados, cujos níveis de capitalização médios são tipicamente mais reduzidos que nos Estados com mais capacidade orçamental, possam efetivamente beneficiar dos apoios públicos a conceder e para que o investimento estrangeiro nesses Estados seja incrementado.

Pelo exposto, defende-se que uma nova perspectiva deve ser adotada pelas instituições europeias, de acordo com o proposto pelos Estados-Membros indicados no referido Manifesto, no sentido de se estudar a melhor maneira de rever, de forma ponderada, estruturada e permanente, as regras de auxílios de Estado, tendo em vista os objetivos comuns à União Europeia e respetivas prioridades, numa abordagem que contemple não só a proteção do mercado único e a defesa do consumidor, mas igualmente a necessidade de incentivar fortemente o investimento privado e público dirigido às transições verde e digital e à concorrência com outros blocos económicos que operam no mercado global com menos restrições do que as que presentemente (salvo algumas alternativas previstas em certos regimes, *maxime* o Quadro Temporário) adstringem as empresas que nela operam.

O que não deve acontecer é que, para garantir uma concorrência saudável no seio do mercado interno, se venha a comprometer o crescimento das empresas europeias no contexto global.

CONCLUSÃO

Com o presente Artigo pretendeu-se abordar o regime geral dos auxílios de Estado, o regime especial do Quadro Temporário para fazer face à crise económica provocada pela pandemia COVID-19, bem como a necessidade de flexibilização das regras gerais aplicáveis nesse contexto.

A proibição genérica dos auxílios de Estado surge para prevenir a tentação dos Estados de privilegiar as empresas nacionais face às suas concorrentes estrangeiras, o que de acordo com a doutrina e jurisprudência relevante fere os elementares princípios do mercado aberto e da livre prestação de serviços. Podem, todavia, ser considerados compatíveis com o mercado interno, designadamente por poderem preencher determinada isenção prevista no

TFUE, caso em que serão permitidos. Na avaliação da compatibilidade de certo auxílio de Estado, a Comissão Europeia goza de uma margem ampla de discricionariedade.

Na sequência de uma crise, de que é exemplo a crise económica e social provocada pela pandemia de COVID-19, a Comissão Europeia, embora mantendo as regras aplicáveis em matéria de auxílios de Estado em vigor, adotou o Quadro Temporário que visa flexibilizá-las, constatando a grave emergência de saúde pública para os cidadãos e sociedades europeias, referindo o choque que esta provocou e provoca na economia em várias frentes⁶⁴ e salientando que nestas circunstâncias excepcionais todos os tipos de empresas podem deparar-se com graves faltas de liquidez.

No que se refere ao seu impacto, resulta do exposto que é inegável que o Quadro Temporário operou uma flexibilização (temporária) das regras de auxílios de Estado, o que originou um número e montante de auxílios de Estado sem precedentes históricos em (relativamente) pouco tempo, embora esta não seja isenta de críticas, havendo quem defenda alguma limitação da flexibilização conseguida em tempos de crise (conjunturais) para voltar a uma maior rigidez em termos estruturais.

Assim, sob o repto da adoção de um Quadro Temporário que flexibilizou (temporariamente) as regras de auxílio de Estado face à nova realidade com que a Europa se confronta, e sem prejuízo do exposto, coloca-se a questão de saber se estamos, ou não, perante um caminho de flexibilização permanente destas regras ou, como questiona António Carlos Santos⁶⁵, *“será que o regime dos auxílios tal como decorre do TFUE e que se mantém inalterado há mais de 50 anos está verdadeiramente adequado aos dias de hoje?”*

Salienta-se relativamente a este ponto que o regime europeu dos auxílios de estado já não era isento de críticas antes da crise provocada pela pandemia. Com efeito, trata-se de uma matéria delicada e ainda em construção, com muitos potenciais focos de conflito, seja entre Estado e agentes de mercado, ou entre Estados-Membros e a Comissão Europeia (numa lógica de disputa de soberania), seja até numa perspectiva de influência dos Estados-Membros a orientar as suas políticas públicas num determinado sentido.

64 *“Assiste-se a um choque do lado da oferta resultante da perturbação das cadeias de abastecimento, a um choque do lado da procura motivado pela diminuição da procura por parte dos consumidores, e aos efeitos negativos decorrentes da incerteza que paira sobre os planos de investimento, bem como das restrições de liquidez para as empresas”* in Quadro Temporário.

65 Santos, 2010: 230.

Ora, como vimos, o regime de auxílios de Estado pode relacionar-se também, ainda que indiretamente, com os chamados “campeões europeus”, tema que merece uma análise e desenvolvimento muito mais aprofundados do que se pôde fazer no presente Artigo, remetendo-o, pois, para investigação futura. Sem prejuízo, algumas considerações devem ser tecidas a propósito da sua articulação com a eventual necessidade de flexibilização das regras de auxílios de Estado, em linha com aquilo que alguns Estados-Membros (*maxime*, França e Alemanha) defendem, no âmbito da respetiva política industrial, ao colocar a questão da necessidade de flexibilização (permanente) dos vários ramos do Direito da Concorrência dos quais este não constitui exceção.

Pelo exposto,

- Considerando a concorrência que outros blocos económicos, designadamente a China e os Estados Unidos da América, fazem à União Europeia;
- Considerando a ausência de semelhantes restrições aos apoios públicos de que as empresas que neles operam são alvo por comparação com as empresas europeias;
- Considerando as vantagens que a existência de mais cadeias de valor europeias poderia trazer às empresas que operem noutros Estados-Membros, mesmo nos que tenham menor capacidade orçamental;
- Considerando os desafios que as transições verde e digital representam para a economia europeia e o desejável alinhamento entre investimento europeu público e privado para os ultrapassar, defende-se que deve ser adotada uma nova visão relativa à revisão e flexibilização das regras de auxílios de Estado por parte das instituições europeias, tendo em vista os objetivos comuns à União Europeia e respetivas prioridades. Esta visão deve contemplar não só a proteção do mercado único e a defesa do consumidor, mas igualmente a necessidade de incentivar fortemente o investimento privado e público dirigido às transições verde e digital e à concorrência com outros blocos económicos que operam no mercado global com menos restrições do que as que presentemente (salvo algumas alternativas previstas em certos regimes, *maxime* o Quadro Temporário) oneram as empresas que nela operam.

BIBLIOGRAFIA

AGNOLUCCI, Irene

2021 *Will COVID-19 Make or Break EU State Aid Control? An Analysis of Commission Decisions Authorising Pandemic State Aid Measures*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2021, disponível em <https://academic.oup.com/jeclap/advance-article/doi/10.1093/jeclap/lpab060/6360345> [consultado em 30.01.2022]

CAMPOS, Manuel Fontaine

2014 “Fundamentos Económicos da Concessão de Ajudas Públicas no Mercado Nacional” in *Boletim de Ciências Económicas*. Vol. LVII-I, pp. 943-974

2017 “A evolução do enquadramento normativo dos auxílios de Estado na União Europeia e os fundamentos históricos do seu controlo”, in H. Mota, J.F. Coutinho, M.R. Guimarães, M. P. Vasconcelos, P.T. Domingues, R.T. Pedro (orgs.), *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*. (Vol. II, pp. 205-234). Coimbra: Almedina

CARVALHO, Nuno Rocha de

2019 “European Champions vs. Real Champions: What will it cost you” in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano X, n.º 39, julho / setembro, pp. 87-93

FARIA, Tânia Farinha

2009a *Regulação das subvenções no âmbito da OMC e auxílios de Estado no direito comunitário*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

2009b *O regime comunitário dos auxílios de Estado – Implicações da nova abordagem económica aprofundada*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

FERNANDEZ, Jonatan Echebarria

2021 *A Critical Analysis on the European Union’s Measures to Overcome the Economic Impact of the COVID-19 Pandemic*, *European Papers* Vol. 5, 2020, No. 3, pp. 1399-1423 (*European Forum*, 16 de janeiro de 2021), disponível em https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2020_I_046_Jonatan_Echebarria_Fernandez_00437.pdf [consultado em 30.01.2022]

FERRO, Miguel Sousa

2018 “Auxílios de Estado”, in Eduardo Paz Ferreira (coord.) *Integração e direito económico europeu*, Lisboa: AAFDL Editora, pp. 285-318

GONÇALVES, José Renato

2018 “As Quatro Liberdades” in Eduardo Paz Ferreira (coord.) *Integração e direito económico europeu*, Lisboa: AAFDL Editora, pp. 123-197

GUINCHO, Luís Seifert

2016 “State Aid and Systemic Crises: Appropriateness of the European State Aid Regime In Managing and Preventing Crises” in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano VII, Número 27-28, julho a dezembro, pp. 199-238

HENRIQUES, Miguel Gorjão de

2019 *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 9.^a edição. Coimbra: Almedina

HOVE, Jan Van

2020 *Impact of State Aid on Competition and Competitiveness during COVID-19 Pandemic: An early Assessment*, disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2020\)658214](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2020)658214) [consultado em 30 de janeiro de 2022]

JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo & RUIZ, Nuno

2020 “Coronavírus | Portugal: Impacto em matéria de concessão pelo Estado de Auxílios a empresas”, disponível em <https://www.vda.pt/pt/publicacoes/insights/impacto-em-materia-de-concessao-pelo-estado-de-auxilios-a-empresas/21890/> [consultado em 30 de janeiro de 2022]

MAIA, Gil Vicente

2019 “O Regime Europeu dos Auxílios de Estado – Algumas Reflexões” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. 79, No. 1, pp. 105-140

MASCATE, Ana Luísa

2004 “O sistema europeu de controlo de auxílios de estado no contexto da constituição económica europeia” in *Auxílios de Estado e Constituição Económica Europeia*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

PEDRO, Ricardo

2020 *Notas introdutórias sobre o quadro jurídico europeu de auxílios públicos enquadrador de possíveis medidas de incentivos financeiros às empresas no contexto dos impactos económico-financeiros causados pelo surto de COVID-19*, CEDIS Working Papers, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3556449 [consultado em 30 de janeiro de 2022]

RODRIGUES, Nuno Cunha

2010 “Auxílios de Estado com Finalidade Regional”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Pitta e Cunha*, vol. I, Almedina, Coimbra, pp. 885-915

SANTOS, António Carlos dos

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

2010 “Crise Financeira e Auxílios de Estado – Risco Sistémico ou Risco Moral?” in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, n.º 3, julho a setembro, pp. 209-234

SOARES, António Goucha,

2010 “A Questão dos Chamados Campeões Nacionais no Direito Comunitário da Concorrência”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Pitta e Cunha*, vol. I, Almedina, Coimbra, pp. 21-42