

A CRISE DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO DE 5 DE MAIO DE 2020

*Miguel Pena Machete & Marlene Sennewald Sippel**

1. A POSIÇÃO ADOPTADA PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO

No passado dia 5 de Maio, o segundo Senado do Tribunal Constitucional alemão proferiu um acórdão que está a gerar polémica em toda a Europa e que reacende discussões clássicas da integração europeia.

Em causa estava um conjunto de queixas constitucionais (*Verfassungsbeschwerden*), instauradas por cidadãos na Alemanha, nas quais se submetia à apreciação do Tribunal Constitucional eventuais infracções à Constituição alemã, por parte de órgãos políticos, nomeadamente do Governo central e do Parlamento central da Alemanha, por não terem adoptado as medidas adequadas à avaliação e fundamentação, à luz do princípio da proporcionalidade, por parte do Banco Central Europeu (BCE), do seu programa de compra de activos do sector público em mercados secundários, o denominado *Public Sector Asset Purchase Programme – PSPP* (implementado pela Decisão 2015/774 do Banco Central Europeu, de 4 de Março de 2015, posteriormente alterado pela Decisão 2015/2101, de 5 de Novembro de 2015, pela Decisão 2015/2464 de 16 de Dezembro de 2015, pela Decisão 2016/702, de 18 de Abril de 2016 e pela Decisão 2017/100, de 11 de Janeiro de 2017). O Tribunal Constitucional deu razão aos queixosos e julgou que

* Advogados na SLCM – Serra Lopes, Cortes Martins & Associados. Os autores escrevem de acordo com a antiga ortografia. *Key-Words*: Supremacy of European Union over national law; German Constitutional Court; European Central Bank; Monetary Policy.

o Governo central e o Parlamento central alemães, efectivamente, violaram a Constituição alemã, ao não terem adoptado medidas que garantissem que as decisões adoptadas pelo BCE para instituir e executar o PSPP fossem adequadamente avaliadas e fundamentadas à luz do princípio da proporcionalidade.

A decisão foi precedida de reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que foi chamado a pronunciar-se sobre a legalidade da Decisão 2015/774 do BCE (e posteriores alterações), em especial, se aquela violava o artigo 123.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) – que proíbe a concessão de créditos sob a forma de descobertos ou sob qualquer outra forma pelo BCE ou pelos bancos centrais dos Estados membros em benefício de autoridades e de organismos públicos da União e dos Estados membros, bem como a compra directa de títulos de dívida a essas entidades – e se o BCE estaria a exceder o seu mandato em matéria de política monetária, nomeadamente, pelo facto de (i) o PSPP ter uma influência considerável sobre as condições de refinanciamento dos Estados membros, (ii) poderem estar em causa, não só objectivos de política monetária (da competência exclusiva da União Europeia), mas também, pelo menos ao mesmo nível, objectivos de política económica (matéria em que a União Europeia apenas dispõe de competências de coordenação), (iii) a Decisão em causa violar o princípio da proporcionalidade devido ao seu forte impacto em matéria de política económica, e (iv) além disso, face à ausência de fundamentação específica dessa Decisão, durante a sua execução, que dura há mais de dois anos, a mesma ser insindicação do ponto de vista da sua necessidade e proporcionalidade.

É de salientar que, em virtude de estar em causa a apreciação de uma questão que envolvia a interpretação dos Tratados, assim como a apreciação da validade de actos adoptados por uma instituição da União, o reenvio era obrigatório (ao abrigo do artigo 267.º, 3.º parágrafo do TFUE).

O TJUE veio a proferir acórdão em 11 de Dezembro de 2018, tendo julgado que (i) o PSPP não violaria a proibição de concessão de créditos sob a forma de descobertos, ou sob qualquer outra forma, pelo BCE ou pelos bancos centrais dos Estados membros, em benefício de autoridades e de organismos públicos da União e dos Estados membros, bem como a proibição de compra directa de títulos de dívida a essas entidades, prevista no artigo 123.º, n.º 1 do TFUE; (ii) que o BCE fundamentou suficientemente a Decisão 2015/774, estando satisfatoriamente definido o objectivo prosseguido pelo PSPP e os motivos que justificaram a instituição e prossecução deste programa; (iii) que,

tendo em conta o objectivo dessa Decisão (contribuir para a retoma, a médio prazo, das taxas de inflação para níveis inferiores, mas próximos de 2%) e os meios previstos para o alcançar, o PSPP se enquadra no domínio da política monetária e; (iv) que não foi violado o princípio da proporcionalidade, uma vez que, quer sob o prisma da adequação, quer sob o prisma da necessidade do PSPP, não se afiguraria que a análise feita pelo SEBC – Sistema Europeu de Bancos Centrais (ao qual o TJUE reconhece um amplo poder de apreciação) estaria viciada por erro manifesto de apreciação.

De acordo com os Tratados, esta decisão vincula o tribunal nacional. Sucede que o Tribunal Constitucional alemão entendeu que não estaria vinculado por determinadas partes da decisão proferida pelo TJUE, nomeadamente pela apreciação feita do cumprimento do princípio da proporcionalidade e da necessidade de fundamentação associada a esse princípio. A justificação apresentada para esta desvinculação foi a de que, no âmbito da fiscalização da proporcionalidade das decisões referentes ao PSPP, o TJUE terá seguido raciocínios arbitrários (a metodologia de aplicação do princípio da proporcionalidade não era defensável, na medida em que TJUE deixara de fora, por completo, as consequências concretas do PSPP), o que conduz à qualificação da própria decisão do TJUE, nesta parte, como um acto *ultra vires* que, portanto, não vincula o Tribunal Constitucional alemão. No entendimento deste Tribunal, ao reputar de irrelevantes as consequências económicas concretas do PSPP, o TJUE está a desconsiderar a importância do princípio da proporcionalidade (previsto no artigo 5.º, 1.º parágrafo, 2.º subparágrafo, e 4.º parágrafo, do Tratado da União Europeia – TUE), nomeadamente a sua função correctiva com vista a proteger as competências estaduais. No entendimento do Tribunal Constitucional alemão, uma tal interpretação, praticamente, esvazia o princípio da atribuição (previsto no artigo 5.º, 1.º parágrafo 1, 1.º subparágrafo, e 2.º parágrafo, do TUE), na medida em que tem por efeito uma alteração estrutural à delimitação de competências entre a União e os Estados membros, em detrimento dos últimos. O Tribunal Constitucional alemão sublinha que aceita que se tem de reconhecer uma certa margem de discricionariedade ao BCE, mas não no que toca à definição da amplitude da sua esfera de competências. A ponderação dos efeitos concretos do PSPP (não só ao nível monetário, mas, também, ao nível político-económico, político-social e, até, político-fiscal) constitui um pressuposto para que possa ser possível proceder a um efectivo controlo sobre se as medidas em questão ainda encontram cobertura na competência atribuída ao BCE, ou se a excedem. Em consequência, a não atribuição de relevância jurídica, pelo

TJUE, aos efeitos concretos do PSPP, tanto no âmbito da definição de objetivos por parte do SEBC, como no âmbito do controlo da proporcionalidade, não seria, metodologicamente, aceitável e, por isso, excederia manifestamente o mandato conferido ao TJUE (ao abrigo artigo 19.º, n.º 1, 2.º parágrafo, do TUE), sendo, por isso, qualificável como um acto *ultra vires*, que não vincula o Estado alemão.

Aqui chegados, o Tribunal Constitucional procede à avaliação da Decisão 2015/774 do BCE, de 4 de Março de 2015, e posteriores alterações, à luz do princípio da proporcionalidade, seguindo a sua própria metodologia, sem atender ao entendimento alcançado pelo TJUE, concluindo que as decisões em causa não estariam suficientemente fundamentadas ao abrigo do princípio da proporcionalidade, por não cumprirem o dever de fundamentação referente à ponderação dos efeitos económicos do PSPP. Em concreto, o Tribunal Constitucional entendeu que, sob o prisma da necessidade ou exigibilidade, as decisões referentes ao PSPP se limitaram a afirmar que, tendo em vista o objectivo de alcançar taxas de inflação inferiores, mas próximas de 2%, não existiam à disposição medidas menos onerosas, sem que se tenha especificado quais os “ónus” que deverão entrar nessa ponderação. Além disso, as decisões também não conteriam uma prognose por referência aos efeitos económicos do PSPP e se tais efeitos se encontram numa relação adequada com as vantagens de política monetária que se pretendem alcançar. A omissão da demonstração de uma ponderação dos efeitos económicos do PSPP comprometeria a possibilidade de fiscalização da proporcionalidade das medidas tendo em conta os seus eventuais efeitos económico-sociais, pelo que é de considerar que violam o princípio da atribuição. Em consequência, concluiu o tribunal alemão, a Decisão (UE) 2015/774 do BCE, de 4 de Março de 2015, e posteriores decisões de alteração, deverão ser qualificadas como actos *ultra-vires*.

Num último momento, o Tribunal Constitucional explicita que o Governo central e o Parlamento central, enquanto órgãos estatais supremos da Alemanha, têm uma “responsabilidade de integração”, que compreende o dever de adoptar todas as medidas necessárias ao cumprimento do “programa de integração” europeia. Neste sentido, sempre que uma medida adoptada pelas instituições, órgãos ou organismos da União excede, de forma manifesta e estruturalmente significativa, os limites do programa de integração, o Governo central alemão e o Parlamento central alemão têm o dever de tomar (ao abrigo da sua discricionariedade política) as medidas necessárias à reposição da ordem de competências (o que poderia ocorrer, até, por via

da legitimação posterior de tais competências, isto é, por via da alteração do Direito Primário). No caso de não ser possível, ou desejado, proceder-se a uma ampliação dos poderes atribuídos à União Europeia, aqueles órgãos têm o dever de, no âmbito das suas competências, tomar as medidas legais ou políticas adequadas ao levantamento das medidas não cobertas pelo programa de integração e, ainda – enquanto tais medidas forem eficazes –, tomar as providências apropriadas à contenção, ao nível nacional, dos efeitos produzidos por essas medidas.

O Tribunal Constitucional alemão foi ainda mais longe, referindo que, no caso concreto, a responsabilidade de integração dos referidos órgãos políticos implica que estes tomem as medidas apropriadas a obter, por parte do BCE, uma adequada avaliação (e fundamentação) do PSPP à luz do princípio da proporcionalidade (o que implica a ponderação dos seus efeitos económicos) e, ainda, a monitorizar as compras feitas pelo Eurosistema ao abrigo do PSPP, de modo a garantir o respeito (pelas fronteiras) do mandato conferido ao SEBC.

O Tribunal Constitucional alemão ainda sublinha que os órgãos constitucionais, assim como organismos e tribunais alemães não podem colaborar na concepção, execução ou implementação de actos *ultra vires*, pelo que o Banco central alemão (*Bundesbank*) estaria impedido de proceder à execução do PSPP, sem que (antes) o BCE demonstre, de forma adequada, que os objectivos de política monetária prosseguidos através do PSPP não são desproporcionais quando contrabalançados com os respectivos efeitos político-económicos e político-fiscais.

2. ANÁLISE CRÍTICA

Um primeiro aspecto que confere grande impacto a esta decisão do Tribunal Constitucional alemão é que este Tribunal procedeu à fiscalização (em última instância) da validade de decisões adoptadas pelo Conselho do BCE, ou seja, de actos de uma instituição da União Europeia, o que, de acordo com os Tratados da UE, constitui uma prerrogativa própria e exclusiva do TJUE. Mas o Tribunal Constitucional alemão não se ficou por aí, pois sindicou, também, a própria decisão proferida pelo TJUE, em sede de reenvio prejudicial, sobre as questões (de Direito da União Europeia) que lhe foram dirigidas pelo Tribunal Constitucional alemão.

O acórdão proferido pelo Tribunal Constitucional alemão reacende, assim, de modo porventura inédito, a discussão em torno do princípio da primazia

do Direito da União Europeia, e em especial, sobre a questão do posicionamento hierárquico das leis fundamentais nacionais em relação ao direito da União Europeia e a consequente possibilidade de controlo, pelos guardiões de tais leis fundamentais (os tribunais constitucionais nacionais), dos actos praticados pelas instituições da União Europeia.

É curioso que, na fundamentação do seu acórdão, o Tribunal Constitucional alemão reconhece e sublinha a importância do respeito pelo princípio da unidade e coerência do Direito da União, afirmando mesmo que, se cada Estado membro, sem mais, se arrogasse do direito de, através dos seus próprios tribunais, decidir da validade dos actos jurídicos da União, aquele princípio estaria posto em causa. Não obstante, em momento posterior, este mesmo Tribunal reafirma o que já vinha afirmando no passado, nomeadamente que entende que os Estados membros não poderão abdicar, por completo, de fazer um controlo *ultra vires*, sob pena de se correr o risco de apenas os órgãos da União Europeia disporem das normas dos Tratados, mesmo naqueles casos em que, na prática, poderá estar em causa um extravasar do mandato atribuído à União Europeia.

Compreende-se que os tribunais constitucionais nacionais não pretendam prescindir, de forma geral e abstracta, da possibilidade de verificar – e fiscalizar – se as instituições europeias actuam no âmbito (e, portanto, respeitando os limites) do mandato (das competências) que os Estados membros soberanos lhes concederam através dos Tratados, havendo, por isso, a tentativa de preservar a prerrogativa de poder fazer um tal controlo, pelo menos, nos casos mais ostensivos e gritantes. E isto vale, também, para a actuação do próprio TJUE. Com efeito, há que reconhecer que existe o risco, por via interpretativa do Direito da União, ou mesmo por via do aligeiramento do controlo, por parte do Tribunal da União, das medidas adoptadas por uma instituição europeia, de que se abra caminho a uma auto-extensão das competências da União Europeia. A este propósito é de notar que, no caso concreto, o TJUE adoptou uma postura de controlo minimalista da fundamentação do PSPP – um programa que, à data de 8 de Novembro de 2019, já totalizava compras de activos por um valor superior a 2 biliões de euros – à luz do princípio da proporcionalidade, fundamentando tal opção minimalista na reserva de discricionariedade que deveria ser reconhecida ao SEBC. Ora, do corpo do acórdão do Tribunal Constitucional alemão resulta, precisamente, a preocupação com o facto de o TJUE, na prática, estar a autorizar o BCE a invadir as competências estaduais em matéria de política económica (e social), em violação do princípio da

atribuição. Com efeito, o raciocínio basilar exposto no acórdão do tribunal alemão é o de que só a explicitação da ponderação (também) dos efeitos económicos do PSPP permitiria, em última análise, poder aferir se ainda nos encontramos perante medidas de política monetária (da competência exclusiva da União Europeia) ou se já se terá de constatar que o BCE está a invadir a esfera de competências dos Estados membros, nomeadamente em matéria de política económica.

É evidente que é necessário proceder ao controlo (rigoroso) da actuação das instituições da União Europeia, nomeadamente à luz do quadro de competências que lhes foram atribuídas pelos Estados membros. A questão é, todavia, a de saber a quem deve pertencer esse controlo. Nos termos dos Tratados, esse controlo deve pertencer à própria União Europeia, nomeadamente ao TJUE, estando previstos, nos Tratados, os mecanismos necessários ao recurso, pelos próprios tribunais nacionais, àquele TJUE, sempre que esteja em causa a apreciação da legalidade de um acto de uma instituição (ou órgão ou organismo) da União Europeia. Mas, feito tal controlo, poderão os Estados membros formular um juízo autónomo sobre a questão e afastar-se do juízo do TJUE? É que, recorde-se, a fiscalização por parte do Tribunal Constitucional das decisões do BCE referentes ao PSPP teve como pressuposto que aquele tribunal se considera desvinculado ou desobrigado do julgamento que o TJUE fez das referidas decisões do BCE. E, em bom rigor, o que temos é uma discordância substantiva do Tribunal Constitucional alemão sobre o juízo que o TJUE fez no âmbito da apreciação do PSPP à luz do dever de fundamentação e do princípio da proporcionalidade. Isto é, o TJUE entendeu que o PSPP estaria suficientemente fundamentado e passaria no teste do princípio da proporcionalidade, enquanto que o Tribunal Constitucional alemão discordou deste entendimento.

Trata-se de uma discussão muito complexa, no âmbito da qual os diversos actores (nomeadamente os tribunais constitucionais nacionais) procuram tendencialmente actuar de forma muito reservada, cientes da importância do princípio da primazia para a efectividade do Direito da União e, nessa medida, para o funcionamento da União Europeia.

O Tribunal Constitucional alemão sublinhou (aliás, de forma coerente com o que vinha afirmando no passado) que se pode afastar do (e desconsiderar o) juízo do TJUE, desde que esteja em causa uma actuação *ultra vires* (neste caso, do próprio TJUE), isto é, que extravase os limites do mandato conferido à União e às suas instituições. O Tribunal Constitucional alemão ainda

sublinha que, para poder haver controlo *ultra vires*, a violação do princípio da atribuição deve ser “suficientemente qualificada”, isto é, que tem de se tratar de uma violação evidente, que conduz a uma alteração estruturalmente significativa do modelo de distribuição de competências em prejuízo dos Estados membros, salientando, além disso, que a fiscalização *ultra vires* deve ser exercida “com as devidas reservas” e de modo “Europe-friendly”.

O Tribunal Constitucional alemão refere, ainda, que o princípio da primazia simplesmente não tem aplicação quando se trata de um acto *ultra vires*, na medida em que, neste caso, não há legitimação democrática. Contudo, é evidente que se trata de um raciocínio circular, pois a primazia última do Direito da União tem como pressuposto necessário que seja o TJUE a ter a última palavra nas questões de legalidade dos actos das instituições da União Europeia. Aliás, só assim se obterá a satisfação de um outro não menos relevante princípio do direito da União, nomeadamente o da sua aplicação uniforme em todos e cada um dos Estados membros.

É certo que o acórdão em apreço representa, por isso, um forte abanão na unidade jurídica da União Europeia, que não é negligenciável, atento o peso e respeito reconhecidos ao Tribunal Constitucional alemão e o risco inerente de o acórdão proferido poder qualificar-se como precedente para outros tribunais (constitucionais ou infraconstitucionais) e governos nacionais, mormente aqueles com regimes mais críticos relativamente à Europa e ao projecto europeu. O *timing* para a ocorrência de um abanão deste calibre, numa altura em que se pretende implementar os denominados “corona-bonds”, também não foi, certamente, o melhor.

Resta a questão: e agora? Como se vai posicionar o Governo central alemão e o Parlamento central alemão, que receberam ordens claras, pelo Tribunal Constitucional alemão, para adoptar as medidas adequadas a obter, por parte do BCE, uma apropriada avaliação (e fundamentação) do PSPP à luz do princípio da proporcionalidade (o que implica a necessária ponderação dos seus efeitos económicos) e, ainda, a monitorizar as compras feitas pelo Eurosistema ao abrigo do PSPP, de modo a garantir o respeito (das fronteiras) do mandato conferido ao SEBC? Como se vai posicionar o Banco central alemão, que, de acordo com o Tribunal Constitucional alemão, está impedido de proceder à execução do PSPP, sem que o BCE demonstre, de forma adequada, que os objectivos de política monetária prosseguidos através do PSPP não são desproporcionais, quando contrabalançados com os respectivos efeitos político-económicos e político-fiscais? Como se vai posicionar a União? E como se vai posicionar o próprio BCE?

É certo que a Comissão Europeia já ameaçou com uma acção de incumprimento (o que faz todo o sentido, visto que o Tribunal Constitucional alemão não respeitou a decisão de reenvio proferida pelo TJUE, que, segundo os Tratados, é vinculativa). Por sua vez, o BCE já esclareceu que não deve explicações ao Tribunal Constitucional alemão e o TJUE sublinhou a força vinculativa das suas decisões proferidas em sede de reenvio prejudicial. Mas será que um medir de forças resolve verdadeiramente o problema?

Se queremos uma Europa unida (o que, neste momento, parece ser mais importante do que nunca, atenta a actual situação de crise), e se queremos preservar a união monetária, cerrar fileiras e brandir as armas (assim como assumir uma postura arrogante) não nos levam, seguramente, a lado algum, pelo que a solução a encontrar terá de ser, forçosamente, uma solução de natureza político-diplomática.

É de notar que o próprio Tribunal Constitucional alemão aponta para uma saída para o impasse criado, referindo que, na sua perspectiva, o vício apontado às decisões do BCE ficará (poderá ficar), à partida, sanado, se aquela instituição proceder à demonstração da proporcionalidade do PSPP. Como o BCE não está sujeito à jurisdição do Tribunal Constitucional alemão, isso não poderá ocorrer, como é evidente, por via directa, devendo, antes, ser o Banco central alemão ou, até, o Parlamento Europeu, a solicitar essa demonstração ao BCE.

Parece que uma tal solução poderá desbloquear o problema, não obstante poder ela própria, também, lançar novas questões. Desde logo, pergunta-se, o que sucederá com as explicações que vierem a ser dadas pelo BCE (a pedido do Banco central alemão ou do Parlamento Europeu)? Sentir-se-á o Banco central alemão confortável para ser ele próprio a aferir se essas explicações cumprem as exigências, em termos de proporcionalidade, impostas pelo Tribunal Constitucional alemão? Ou terão essas explicações que ser novamente fiscalizadas pelo Tribunal Constitucional alemão (o que, em rigor, pressuporia e exigiria novo reenvio prejudicial para o TJUE)? E o que acontecerá se, atenta a fundamentação que vier a ser avançada pelo BCE, o Tribunal Constitucional alemão entender que as medidas em questão deverão ser classificadas como medidas de política económica, que, nessa medida, extravasam a competência do BCE e, assim, violam o princípio da atribuição? Isto porque, recorda-se, o ênfase colocado pelo Tribunal Constitucional alemão na necessidade de exposição da ponderação dos efeitos económicos do PSPP se prendeu com a necessidade de apurar se se trata, ainda, de medidas cobertas pelo mandato europeu do BCE.

Não obstante todas as críticas – certamente fundadas – que poderão ser dirigidas à decisão do Tribunal Constitucional alemão e de todas as questões que suscita, é indubitável que a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão lançou um grande desafio a toda a União, às instituições europeias e à própria Alemanha. Só resta esperar que todos os intervenientes adoptem, agora, uma postura pragmática e diplomática e, sobretudo, “Europe-friendly”.

REGRAS SOBRE AUXÍLIOS DE ESTADO EM TEMPOS PANDÉMICOS: FLEXÃO OU TORÇÃO?*

*Miguel Mendes Pereira** & Carla Marcelino***

Ao som das sirenes pandémicas, Margrethe Vestager, Comissária Europeia para a Concorrência, apresentou em 19 de março de 2020 o Quadro Temporário relativo a medidas de Auxílios de Estado¹ e expôs, com linearidade escandinava, a visão da Comissão:

“The economic impact of the COVID-19 outbreak is severe. We need to act fast to manage the impact as much as we can. And we need to act in a coordinated manner. This new Temporary Framework enables Member States to use the full flexibility foreseen under State aid rules to support the economy at this difficult time.”

A 17 de setembro, a Comissão Europeia tinha aprovado um assombroso montante de 1.406 mil milhões de euros em auxílios estatais para concessão pelos Estados Membros, transversalmente a toda a UE, no intuito de combater o impacto económico do surto de coronavírus.

* Republicação e tradução do artigo *State aid rules in pandemic times: flexing or bending?* publicado na edição de setembro de 2020 da publicação *Antitrust Matters* da DLA Piper. A presente republicação inclui dados atualizados até 17 de setembro de 2020. Os autores agradecem a inestimável colaboração de Rita Pimentel Torres na tradução do texto. *Key-Words*: auxílios estatais; auxílios de Estado; Covid-19; Quadro Temporário relativo a medidas de auxílio estatal. *JEL Code* K210.

** Advogados na DLA Piper na área de Direito da Concorrência & União Europeia.

“Quadro temporário relativo a medidas de auxílio estatal em apoio da economia no atual contexto do surto de COVID-19”, 2020/C 91 I/01, 20.03.2020, p. 1-9.

1. O QUADRO TEMPORÁRIO (ALARGADO)

O núcleo do pacote da Comissão foi aprovado ao abrigo do Quadro Temporário, concebido com o propósito de permitir auxílios concedidos “para sanar uma perturbação grave da economia de um Estado Membro”¹. A versão inicial centrava-se em:

- subvenções diretas, benefícios fiscais seletivos e adiantamentos;
- garantias estatais para empréstimos contraídos por empresas junto de bancos;
- empréstimos públicos subvencionados às empresas;
- salvaguardas para bancos que canalizam auxílios estatais para a economia real;
- seguro de crédito à exportação em operações de curto prazo.

A 3 de abril, a Comissão alterou o Quadro Temporário² de modo a cobrir:

- investigação e desenvolvimento relevantes em matéria de coronavírus;
- construção e modernização de instalações destinadas a testar produtos relacionados com coronavírus;
- produção de produtos necessários para dar resposta ao surto de coronavírus;
- diferimento do pagamento de impostos e/ou suspensão das contribuições para a segurança social nos sectores, regiões ou para os tipos de empresas mais afetados pelo surto;
- subsídios salariais para os trabalhadores das empresas dos sectores ou regiões mais afetados pelo surto de coronavírus que, de outra forma, teriam de recorrer a despedimentos.

A 8 de maio a Comissão alargou o âmbito do Quadro Temporário³ para permitir intervenções públicas direcionadas, sob a forma de recapitalização e de medidas de dívida subordinada para empresas não-financeiras, centrando-se nos seguintes aspetos:

1 Artigo 107.º, n.º 3, alínea b) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“Tratado”).

2 “Alteração ao Quadro Temporário relativo a medidas de auxílio estatal em apoio da economia no atual contexto do surto de COVID-19”, 2020/C 112 I/01, 4.4.2020, p. 1-9.

3 “Segunda alteração ao Quadro Temporário relativo a medidas de auxílio estatal em apoio da economia no atual contexto do surto de COVID-19”, 2020/C 164/03, 13.05.2020, p. 3-15.

- condições sobre a necessidade, adequação e dimensão da intervenção;
- condições sobre a entrada do Estado no capital das empresas e remuneração;
- condições relativas à saída do Estado do capital das empresas em causa;
- condições relativas à governação;
- proibição de subvenções cruzadas e impedimentos à aquisição de empresas.

Finalmente, a 29 de junho, a Comissão expandiu o Quadro Temporário⁴ para permitir aos Estados Membros prestarem apoio público a micro e pequenas empresas, mesmo que estas já se encontrassem em situação de dificuldade financeira a 31 de dezembro de 2019.

A Comissão adaptou também as condições relativas a medidas de recapitalização para os casos em que os investidores privados contribuem para o aumento de capital das empresas (independentemente da respetiva dimensão) em conjunto com o Estado. O objetivo foi o de encorajar injeções de capital nas empresas com significativa participação de investidores privados, limitando a necessidade de auxílios estatais e o risco de distorções da concorrência, nomeadamente quando os investidores privados contribuam para o aumento de capital com, pelo menos, 30% do novo capital injetado, nas mesmas condições que o Estado.

Nessas circunstâncias, a condicionalidade à aprovação do auxílio pela Comissão será substancialmente reduzida, nomeadamente no que respeite a aquisição de empresas e proibições de dividendos, limites máximos à remuneração dos gestores e saída do Estado.

Até 17 de setembro, a Comissão tinha aprovado 1.310 mil milhões de euros de medidas de auxílio estatal a serem concedidas ao abrigo do Quadro Temporário⁵.

4 “Terceira alteração ao Quadro Temporário relativo a medidas de auxílio estatal em apoio da economia no atual contexto do surto de COVID-19”, 2020/C 218/03, 2.7.2020, p. 3-8.

5 A Comissão aprovou um montante adicional de 64 mil milhões de euros de auxílios de Estado tecnicamente fora do âmbito do Quadro Temporário, mas ainda ao abrigo do artigo 107.º, n.º 3, alínea b) do Tratado, a mesma disposição em que se baseia o Quadro Temporário.

2. OCORRÊNCIAS EXTRAORDINÁRIAS

A Comissão aprovou também “auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários”⁶.

A Comissão qualificou o surto da Covid-19 como um “acontecimento extraordinário”, uma vez que se trata de uma ocorrência excecional e imprevisível, com significativo impacto económico. Deste modo, as intervenções excecionais dos Estados Membros destinadas a compensar os danos diretamente ligados ao surto são consideradas justificadas.

O argumento do “acontecimento extraordinário” foi menos utilizado pelos Estados Membros nas suas notificações à Comissão do que o fundamento baseado numa “perturbação grave da economia”. A justificação para tal parece residir num maior peso do ónus da prova em sede de invocação do “acontecimento extraordinário”, ligado à necessidade de provar os danos e demonstrar o nexo de causalidade direto com o surto de coronavírus. Não significa que a prova seja, nas atuais circunstâncias, especialmente laboriosa, mas requer em casos menos evidentes um trabalho adicional de apuramento dos factos, o que acarreta uma inevitável morosidade. Como a celeridade é um imperativo no exercício de resgate em curso, a maioria dos Estados Membros optou por invocar a justificação da “perturbação grave na economia”.

Até 17 de setembro, a Comissão tinha aprovado 28.2 mil milhões de euros de medidas de auxílio estatal para compensar os danos causados por “acontecimentos extraordinários”.

3. AUXÍLIOS DE EMERGÊNCIA E À REESTRUTURAÇÃO

O Quadro Temporário (tal como o fundamento baseado em “acontecimentos extraordinários”) não se aplica a “empresas em dificuldade”, isto é, a empresas que estão provavelmente condenadas à insolvência no curto ou médio prazo sem intervenção do Estado, quer devido à dissipação da maior parte do seu capital social em resultado de perdas acumuladas, quer em virtude da sujeição a um processo de insolvência, ou ainda em razão da debilidade do respetivo rácio de endividamento. Nestes casos, aplicam-se o artigo 107.º, n.º 3, alínea c) do Tratado e as “regras sobre auxílios de emergência e à reestruturação”⁷, as

6 Artigo 107.º, n.º 2, alínea b) do Tratado.

7 “Orientações relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade”, 2014/C 249/01, 31.7.2014, p. 1-28.

quais obrigam a empresa em causa a submeter-se a um processo de reestruturação.

Até 17 de setembro, apenas dois casos (TAP Air Portugal e SATA) foram aprovados pela Comissão ao abrigo destas regras (1.3 mil milhões de euros).

4. SETORES

Para além de regimes horizontais ou medidas destinadas a apoiar a economia em geral, os Estados Membros notificaram um conjunto de medidas setoriais específicas ou por categoria. Até 17 de setembro, estes são os sectores e categorias mais significativos que receberam a aprovação da Comissão para apoio estatal:

Tabela 1

Setores*	Montante de auxílios de Estado (em mil milhões de euros)
Transporte aéreo	20.934
Mercado de seguros de crédito	13.048
Serviços de transporte**	6.849
Indústria automóvel	5.071
Agricultura, floricultura, silvicultura, pesca, aquicultura	3.621
Operadores turísticos	1.374
Produção, oferta e I&D de equipamento médico relevante para o surto de Covid-19	2.729
Indústria da restauração	0.12
Organizadores de grandes eventos ou eventos culturais	0.7
Empresas de media	0.3

*Excluídos esquemas que visam o apoio global da economia.

**Excluído o transporte aéreo.

Fonte: Comissão Europeia, Surto de Coronavírus – Lista das medidas dos Estados-Membros, aprovada ao abrigo dos artigos 107.º, n.º 2, alínea b), 107.º, n.º 3, alínea b) e 107.º, n.º 3, alínea c) do Tratado, e ao abrigo do Quadro Temporário de Auxílios Estatais, atualizada a 17 de setembro de 2020.

Tabela 2

Beneficiários*	Montante de auxílios de Estado (em mil milhões de euros)
Trabalhadores independentes	28.8**
PMEs e empresas de média capitalização	20.4
Empresas exportadoras	6

*Lista não exaustiva de beneficiários.

**Dos quais 2.3 mil milhões para “empresas e trabalhadores independentes”.

Fonte: Comissão Europeia, Surto de Coronavírus – Lista das medidas dos Estados-Membros, aprovada ao abrigo dos artigos 107.º, n.º 2, alínea b), 107.º, n.º 3, alínea b) e 107.º, n.º 3, alínea c) do Tratado, e ao abrigo do Quadro Temporário de Auxílios Estatais, atualizada a 17 de setembro de 2020.

Em termos de setores, não surpreende que o montante atribuído ao transporte aéreo se destaque vivamente, dado o congelamento quase total que foi imposto ao tráfego aéreo e ao custo inerente à paralisação de extensas frotas em terra.

Em termos de categorias de beneficiários, o montante atribuído a trabalhadores independentes pode afigurar-se ligeiramente mais surpreendente, embora a inexistência de um regime de “layoff” para trabalhadores independentes constitua uma justificação provável para este destaque.

5. DÉJÀ VU, OU TALVEZ NÃO

A Comissão tem sido amplamente elogiada pela celeridade no tratamento dos pedidos dos governos nacionais. O ritmo a que as notificações foram tratadas (nalguns casos, em 24 horas) recorda a cadência das “*task forces* para a crise financeira” criadas pela Direção-Geral da Concorrência durante a crise financeira e económica de 2008.

De facto, esta é a segunda vez em dez anos que se assiste a esta escala de intervenção pública na economia da UE sob a forma de auxílios de Estado. Felizmente, ao contrário do que ocorreu aquando da crise de 2008, desta vez não está em causa o risco sistémico no sector financeiro, nem se verificam as ligações entre empresas em dificuldades (na verdade, bancos) e países soberanos suscetíveis de comprometer a solvência de ambos. No entanto, as boas notícias terminam aqui.

A pandemia de Covid-19 atingiu diretamente a economia real, provocando um colapso simultâneo do lado da oferta e do lado da procura. Por outro lado, a situação epidemiológica mantém-se, a doença continua ativa

e, até que exista uma vacina eficaz, continuarão a ser necessárias medidas de contenção da pandemia em toda a Europa. Como tal, prevê-se que as indústrias continuarão a ser severamente afetadas pela diminuição do consumo, uma vez que é expectável que o comportamento dos consumidores continue a adaptar-se às medidas de contenção e ao seu receio da doença.

Prevê-se, portanto, que a injeção de dinheiro público na economia continue a ser necessária por algum tempo. Ao contrário do que aconteceu durante a crise de 2008, o surto de coronavírus é uma ocorrência simétrica para todas as economias da UE, pelo que o risco moral não desempenha um papel relevante na avaliação da concorrência levada a cabo pela Comissão, o que irá certamente facilitar a aprovação de novos auxílios de Estado.

6. FLEXÃO OU TORÇÃO?

A abordagem resoluta da Comissão Europeia na flexibilização das regras dos auxílios estatais de modo a mitigar o impacto do surto de coronavírus não colheu um elogio unânime.

Alguns Estados Membros sobrecarregados com restrições financeiras de maior peso (nomeadamente ao nível orçamental e da dívida pública) criticaram a aparente facilidade com que a Comissão aprovou regimes de apoio generalizado a empresas estabelecidas em Estados Membros financeiramente mais fortes. Na perspetiva dos países descontentes, a ajuda – aparentemente sem limite – trai o objetivo de um mercado interno, livre de distorções da concorrência induzidas por medidas protecionistas dos governos nacionais, que é a própria razão pela qual as regras dos auxílios de Estado foram criadas.

Por outro lado, algumas empresas manifestaram insatisfação com o desequilíbrio provocado pela concessão de auxílios estatais em mercados onde empresas privadas e públicas competem entre si. A companhia aérea de baixo custo Ryanair foi provavelmente quem mais veementemente protestou, tendo até agora anunciado a interposição junto do Tribunal Geral da UE de recursos de anulação as decisões da Comissão que aprovaram auxílios à Finnair, Lufthansa, SAS e TAP, bem como das decisões que aprovaram um regime francês de diferimento de impostos para companhias aéreas com uma licença emitida pela França e um programa sueco de garantia de empréstimos para companhias aéreas com uma licença emitida pela Suécia.

Caberá agora ao Tribunal de Justiça, no Luxemburgo, decidir se a Comissão flexibilizou ou torceu as regras da UE em matéria de auxílios estatais. Veremos.

