Conteúdo e limites da análise económica no controlo da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno

Autor(es): Almeida, João Nogueira de
Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/24697>
DOI: http://dx.doi.org/10.14195/0870-4260_55_3
Accessed : 26-Apr-2023 09:45:50

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

VOLUME LIV
2 0 1 1

COIMBRA

CONTEÚDO E LIMITES DA ANÁLISE ECONÓMICA NO CONTROLO DA COMPATIBILIDADE DOS AUXÍLIOS DE ESTADO COM O MERCADO INTERNO

1. Controlo dos auxílios – aspectos gerais

O instituto do controlo dos auxílios dos auxílios de Estado é coevo à criação da Comunidade Económica Europeia, a qual se transmudou em União Europeia por força do Tratado de Lisboa. Actualmente os auxílios de Estado estão previstos no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia no Título VII, no capítulo relativo às regras de concorrência (artigos 101 a 109), o qual se divide em duas secções, contendo uma delas, as regras aplicáveis às empresas (artigos 101 a 106) e a outra, as regras relativas aos auxílios de Estado (artigos 107 a 109).

O TFUE prevê no artigo 107, n.º 1, o princípio da incompatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado único. A razão para a existência de um princípio da incompatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado único assenta fundamentalmente na ideia de que num espaço económico integrado, as empresas, as regiões e particulares sectores económicos, não devem beneficiar, por sistema, de um

apoio selectivo por parte dos poderes públicos. Contudo, a proibição dos auxílios não é nem absoluta nem incondicional. O TFUE admite a possibilidade de certos auxílios serem considerados compatíveis (artigo 107, n.º 2) ou de poderem ser considerados compatíveis com o mercado interno (artigo 107, n.º 3). A competência para considerar um auxílio compatível com o mercado interno pertence em exclusivo à Comissão, salvo os casos excepcionais em que o Conselho chama a si esta tarefa.

A aplicação do artigo 107, n.º 2, não levanta especiais problemas. A Comissão, depois de considerar que a medida em causa é um auxílio de Estado de acordo com os critérios estabelecidos no artigo 107, n.º 1, verifica se ela preenche os requisitos previstos no artigo 107, n.º 2. A Comissão não dispõe de um poder de apreciação da compatibilidade da medida com o mercado interno. Ela está obrigada a verificar se os pressupostos de aplicação do artigo 107, n.º 2 estão concretamente preenchidos pela medida em causa e, consequentemente, a considerar a medida compatível com o mercado interno.

O nó górdio está no artigo 107, n.º 3¹, de acordo com o qual a Comissão dispõe do poder de considerar compatíveis

---

¹ Artigo 107, n.º 3: «Podem ser considerados compatíveis com o mercado interno:

- a) Os auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego bem como o desenvolvimento das regiões referidas no artigo 349, tendo em conta a sua situação estrutural, económica e social;
- b) Os auxílios destinados a fomentar a realização de um projecto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro;
- c) Os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas actividades ou regiões económicas, quando não alterem as con-

com o mercado interno determinadas categorias de auxílios. Esta competência da Comissão está obviamente sujeita ao controlo jurisdicional por parte dos tribunais europeus. Todavia a actividade de controlo que tem vindo a ser exercida pelos tribunais europeus tem na prática significado a concessão de mãos livres à Comissão para actuar da forma que entende na determinação da política comunitária dos auxílios de Estado.

Assim, a jurisprudência comunitária tem reiteradamente reconhecido que a Comissão goza de um amplo poder discricionário na avaliação da compatibilidade dos auxílios com o mercado interno previstos no n.º 3 do artigo 107, os quais implicam a tomada em consideração e apreciação de factos e circunstâncias económicas complexas, e susceptíveis de evoluir rapidamente². De acordo com os tribunais europeus, a fiscalização jurisdicional de uma decisão adoptada neste quadro, deve limitar-se à verificação do respeito das normas processuais e da fundamentação, da exactidão dos factos considerados para se fazer a opção contestada, da inexistência de erro manifesto na apreciação desses factos ou da

---

dições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum;

- d) Os auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do património, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na União num sentido contrário ao interesse comum;
- e) As outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão.»

² Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Março de 1977, Arrêt de la Cour du 22 mars 1977, Steinike & Weinlig contre République fédérale d'Allemagne, Demande de décision préjudicielle: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main Main – Allemagne, Processo 78/76, *Recueil de jurisprudence* 1977, em esp. fund. 9, p. 610.

inexistência de desvio de poder³, não lhes competindo substituir pela sua apreciação no plano económico a efectuada pelo autor da decisão, o que no comentário ácido de um autor tem levado a que o juiz europeu «...ne controle pas grand chose»⁴. Este estado de coisas tem sido alvo de sérias críticas. Em particular os autores têm chamado a atenção para a falta de transparência e a imprevisibilidade das decisões da Comissão, as quais são causadoras de danos na segurança e confiança jurídicas dos Estados e dos operadores económicos. Disso mesmo são reflexo as considerações feitas em 2008 por Marcel WOLFER:

*«Die Ausübung des Ermessensspielraums des Art. 87 Abs. 3 EG durch die Kommission birgt folglich weiterhin ungelöste Probleme und Unsicherheiten. Die weite der Abwägungsrelevanten Parameter, deren sich die Kommission im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung bedient, ist einer der Gründe dafür, dass der Beihilfeaufsichtrecht ein Mangel an Transparenz, Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit vorgeworfen wird. Gerade in diesem brisanten Bereich im Schnittpunkt von Recht, Wirtschaft und Politik sind jedoch klare Vorgaben dringend geboten»*⁵. (negrito nosso)

³ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Quinta Secção Alargada) de 12 de Dezembro de 1996, Processo T-380/94, Colectânea da Jurisprudência, 1996, página II-02169, em especial fund. 56; Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Fevereiro de 1996, Bélgica/Comissão, C-56/93, Colect., p. I-723, fund. 11; acórdãos de 29 de Outubro de 1980, Roquette Frères/Conselho, 138/79, Recueil, p. 3333, n. 25; de 17 de Novembro de 1987, BAT e Reynolds/Comissão, 142/84 e 156/84, Colect., p. 4487, n. 62; de 10 de Março de 1992, Ricoh/Conselho, C-174/87, Colect., p. I-1335, n. 68; e de 15 de Junho de 1993, Matra/Comissão, C-225/91, Colect., p. I-3203, n. 25).

⁴ BONICHOT, J.-C. (2008). “La jurisprudence de la CJCE en matière d’aides d’Etat.” *Concurrences – Revue des droits de la concurrence* (3): 12-17, p. 16.

⁵ «O exercício do poder discricionário previsto no artigo 87.º, n.º 3 do Tratado de Roma pela Comissão compreende consequentemente problemas não resolvidos e incertezas. A extensão dos parâmetros relevantes em relação aos quais

A falta de transparência e a imprevisibilidade constituem também sérios obstáculos à própria ideia de um controlo capaz dos auxílios. A optimização do controlo dos auxílios, quaisquer que sejam em concreto as suas finalidades, obriga a que a Comissão estabeleça regras claras de acção de forma a que os operadores económicos e os Estados possam adequar o seu comportamento a elas.

A existência de regras claras de acção aumenta também as possibilidades de um controlo jurisdicional mais efectivo das decisões da Comissão por parte dos tribunais comunitários, o que por sua vez contribui para um aumento da previsibilidade e segurança jurídicas.

2. O recurso à ciência económica

As insuficiências apontadas ao exercício e controlo da actividade da Comissão na apreciação da compatibilidade dos auxílios não podem ser satisfatoriamente resolvidas apenas com as armas disponíveis no arsenal da ciência jurídica. Teremos de bater a outras portas do conhecimento, com particular destaque para a Economia. Esta última deverá ser utilizada de forma instrumental e a título subsidiário no domínio da regulação jurídica dos auxílios estatais, em vista de tornar (assim o esperamos) o seu controlo mais transparente, mais previsível e mais eficaz⁶.

---

a Comissão está obrigada no quadro da sua decisão discricionária, é uma das razões para que o controlo jurídico dos auxílios seja acusado de falta de transparência, previsibilidade e segurança jurídica. Particularmente neste sensível campo de intersecção entre o direito, a economia e a política, são necessárias urgentemente normas claras de acção.» WOLFER, M. (2008). Die vertikale Kompetenzordnung im EG-Beihilfeaufsichtrecht. Hamburg, Verlag Dr. Kovac., p. 83-84.

⁶ A utilização da análise económica corresponde assim a uma necessidade metodológica. LIANOS, I. (2007). *La Transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*. Bruxelles Bruylant., p. 2.

Consequentemente, o emprego da análise económica na regulação jurídica dos auxílios estatais terá de ter carácter analítico e não normativo.

Terá de ter carácter analítico porque recorreremos à análise económica com o intuito de melhor nos esclarecermos sobre o conceito de auxílio de Estado e sobre a sua possível compatibilidade com o mercado interno, não deixando pois de ter em atenção que a decisão final, quer sobre a qualificação de uma medida como auxílio de Estado, quer sobre a sua compatibilidade ou incompatibilidade com o mercado interno, é uma decisão jurídica e não simplesmente uma decisão económica ou política. Quer a decisão sobre a existência ou não de um auxílio de Estado, quer a decisão sobre a compatibilidade deste com o mercado interno, estão ancoradas em regras de direito, são tomadas por entidades dotadas de *jus imperium* e sujeitas ao controlo de tribunais⁷.

Terá de ter carácter não normativo, porque não procuraremos interpretar e aplicar as normas primárias do direito dos auxílios de Estado exclusivamente de acordo com as sugestões particulares de específicas escolas do pensamento económico⁸.

A utilização da análise económica no domínio dos auxílios de Estado⁹ insere-se num movimento de renovação e reforma mais amplo que tem atravessado de forma trans-

---

⁷ Ibid., pp. 4-5.

⁸ KAUPA, C. (2009). The More Economic Approach – a Reform based on Ideology? *European State Aid Law*. 3: 311-322, pp. 313, 321.

⁹ Vide RÖLLER, L.-H. and H. W. FRIEDERISZICK (2007). Ökonomische Analyse in der EU Wettbewerbspolitik. Ein erstes Résumé. *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, Dreizehntes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum, Hebing und Lichtenhahn.; SCHWALBE, U. (2008). Der “more economic approach” in der Beihilfenkontrolle. In *der “more economic approach” in der Beihilfenkontrolle*. Berlin, Duncker & Humboldt: 11-37, p. 11.

versal todo o direito da concorrência europeu¹⁰, o qual pode ser resumido na expressão «*more economic approach*». Este movimento iniciou-se em 1999 no domínio das restrições verticais, tendo-se alargado posteriormente às restrições horizontais, às condições de aplicação do artigo 81, n.º 3 do Tratado de Roma (actualmente artigo 101, n.º 3 do TFUE), ao abuso de posição dominante e às concentrações, até incluir por fim os auxílios de Estado¹¹.

No fundamental, a «*more economic approach*»¹² consiste numa reflexão sobre a prática jurisprudencial existente à luz da moderna teoria económica. Trata-se como adverte FRIEDERISZICK de uma reforma, de um refinamento e não de uma revolução¹³. A «*more economic approach*» ambiciona não

¹⁰ Sobre a crescente utilização da análise económica no direito da concorrência consultar a obra monumental de Lianos, I. (2007). *La Transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*. Bruxelles Bruylant. Consultar também Marques, M. M. L. (2002). *Um curso de direito da concorrência*. Coimbra, Coimbra Editora, pp. 59-61.

¹¹ Em 2 de Outubro 2004 o comissário responsável pela concorrência, MÁRIO MONTI, afirmou claramente que «...a major trend of this mandate has been to ensure that competition policy is fully compatible with economic learning» (Speech/04/477). A sua sucessora no cargo NEELI KROES continuou no mesmo caminho. São delas as seguintes palavras: – «We are overhauling all our rules in order to firmly ground them in rigorous economic analysis and to improve the speed, transparency and predictability of their application» (Speech/06/439 – 6/07/2006).

¹² Para outros seria antes uma «*refined economic approach*».

¹³ FRIEDERISZICK, H. W. (2008). Der “Refined Economic Approach” in der Beihilfenkontrolle. Innen- und Aussenansichten. *Der “more economic approach” in der Beihilfenkontrolle*. Berlin, Duncker & Humboldt., pp. 54-56. Esta não é contudo uma visão unânime. Outros autores entendem que o que está em causa na política de concorrência é uma mudança de paradigma da Escola Ordoliberal para a Escola Neoclássica. Assim, KAUPA, C. (2009). The More Economic Approach – a Reform based on Ideology? *European State Aid Law*. 3: 311-322, p. 312, Immenga and Mestmäcker (2007). *Einleitung. EG-Wettbewerbsrecht*. München., p. 30.

só a uma análise da concorrência baseada nos efeitos mas também à elaboração de melhores regras nas concentrações, nos acordos restritivos da concorrência, nos abusos de posição dominante ou nos auxílios de Estado. Tal permitirá, em primeiro lugar, o aperfeiçoamento das normas legais existentes, em segundo lugar, uma distinção mais fina das situações que em que se justifique a existência de regras de *per se* em contraponto aquelas em que se revele necessário uma análise discricionária e, por último, a garantia de elevados padrões de qualidade nas decisões tomadas tendo em conta os seus efeitos (*wirkungsbasiserte Analyse*)¹⁴.

O objectivo central do recurso à análise económica é o de centrar o controlo dos auxílios sobretudo nos seus efeitos mais do que numa exegese dos textos de forma a maximizar os efeitos positivos dos auxílios na actividade económica.

As críticas feitas pela doutrina¹⁵ ao carácter errático e contraditório da actividade de controlo da Comissão e dos tribunais comunitários radicam em grande parte na inexistência de quadros teóricos que lhes sirvam de guia¹⁶. Nem a Comissão nem os tribunais comunitários foram capazes de,

¹⁴ RÖLLER, L.-H. and H. W. FRIEDERISZICK (2007). *Ökonomische Analyse in der EU Wettbewerbspolitik. Ein erstes Résumé. Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, Dreizehntes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum, Hebing und Lichttenhahn.

¹⁵ SCHMIDT, I. and A. SCHMIDT (2006). *Europäische Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle*. München, Verlag Franz Vahlen., p. 235 e segs.; STAIGER, B. (2009). *Die Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Europäischen Union*. Hamburg, Verlag Dr. Kovac., p. 62 e segs.; Wolfer, M. (2008). *Die vertikale Kompetenzordnung im EG-Beihilfeaufsichtsrecht*. Hamburg, Verlag Dr. Kovac.

¹⁶ STAIGER: «Vor allem mangelt es der Beihilfenkontrolle an einer konsistenten ökonomischen und wettbewerbstheoretischen Fundierung» in Staiger, B. (2009). *Die Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Europäischen Union*. Hamburg, Verlag Dr. Kovac., p. 62. Vide também THIELEMANN, E. R. (1999). Institutional limits of a 'Europe with the Regions': EC state-aid

nas cerca de cinco décadas de existência de um controlo europeu dos auxílios de Estado entretanto decorridas, construir uma teoria unitária da apreciação da compatibilidade dos auxílios com o mercado interno¹⁷.

O sucesso de uma maior *economic approach*, tanto no domínio da concorrência em geral, como no campo específico dos auxílios de Estado, depende da correcta assunção por parte de todos os intervenientes dos pressupostos em que deve assentar a sua utilização.

Em primeiro lugar, é necessário que o nível de literacia em economia por parte dos agentes responsáveis pela elaboração e aplicação das normas, que são principalmente juristas, seja o suficiente para poderem compreender com sentido crítico o alcance e a coerência interna dos raciocínios económicos. Se os actores que aplicam o direito que rege os auxílios de Estado não puderem avaliar com conhecimento de causa, para que serve o controlo dos auxílios, quais as suas possíveis justificações de natureza económica, os seus efeitos vantajosos ou os seus custos, de pouco servirá uma maior «*economic approach*»¹⁸.

---

control meets German federalism. *Journal of European Public Policy*. **6**: 399-418, p. 406.

¹⁷ «Obwohl man nun schon auf eine fast fünfzigjährige Rechtsanwendungspraxis zurückblicken kann, ist auch bis jetzt noch kein einheitliches Schema der Beurteilungskriterien zur Beihilfenkontrolle ableitbar.», in Schmidt, I. and A. SCHMIDT (2006). *Europäische Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle*. München, Verlag Franz Vahlen., p. 222.

¹⁸ Como nota SIBONY: «Lorsqu'il est question de réception de l'analyse économique dans la application par le juge du droit de la concurrence, l'obstacle auquel on songe immédiatement est celui de la connaissance. Le juge n'est pas ou peu formé à l'économie. De ce fait, il éprouverait quelque difficulté à s'en saisir, en raison d'un manque de familiarité. S'ajoutent à cela les difficultés de l'expertise économique.», SIBONY, A. L. (2008). *Le Juge et le Raisonnement Économique en Droit de la Concurrence*. Paris, L.G.D.J., p. 51.

Em segundo lugar, os economistas devem ser capazes de comunicar os resultados do seu trabalho aos agentes responsáveis pela aplicação das normas, que regra geral não estão familiarizados com os conhecimentos matemáticos necessários para entender a linguagem formal (matemática) e os modelos por si habitualmente utilizados. Sob pena de serem mal compreendidos ou mesmo ignorados¹⁹, os economistas terão de habituar-se a explicar por palavras que possam ser entendidas pelos profanos os raciocínios económicos que produziram²⁰.

Em terceiro lugar, a análise económica relevante, quer na elaboração de normas e no preenchimento de conceitos indeterminados, quer no uso do poder discricionário, só poderá ter em conta os conhecimentos já plenamente aceites no seio da ciência económica e não aqueles que ainda são conhecimentos de fronteira²¹.

---

¹⁹ «The bottom line is communicate or be ignored» RÖLLER, L.-H. *Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe. European Policy Perspectives*: 11-24.

²⁰ A utilização da linguagem matemática na economia só se generalizou depois da Segunda Guerra Mundial. Os modelos matemáticos ajudam o economista a apreender de maneira rigorosa a complexibilidade dos fenómenos económicos, mas não mais do que isso. A formulação matemática não constitui a única forma possível de raciocínio económico, nada impedindo que as conclusões e os grandes passos seguidos na concepção e elaboração dos modelos sejam clara e rigorosamente expressos em linguagem literária. Para uma análise mais pormenorizada consultar Sibony, A. L. (2008). *Le Juge et le Raisonnement Économique en Droit de la Concurrence*. Paris, L.G.D.J., pp. 140 e segs.

²¹ FRIEDERISZICK refere expressamente que a análise económica «beruht sie auf dem bestehenden Kanon ökonomischen Wissens und nicht auf Grenzwissen», FRIEDERISZICK, H. W. (2008). Der “Refined Economic Approach” in der Beihilfenkontrolle. Innen- und Aussenansichten. In der “more economic approach” in der Beihilfenkontrolle. Berlin, Duncker & Humboldt., p. 55. Para mais desenvolvimentos ver RÖLLER, L.-H. and

Em quarto lugar, o recurso à análise económica não nos deverá fazer esquecer que o controlo sobre os auxílios de Estado é exercido na União Europeia sob o prisma do direito. Existe um direito dos auxílios de Estado que regula juridicamente a política dos auxílios de Estado. Quer a decisão de proceder ao controlo dos auxílios por meio do direito, quer as finalidades que o mesmo deve servir, estão nos seus aspectos fundamentais regulados nos tratados que regulam a União Europeia e são o resultado de opções políticas tomadas por políticos eleitos²².

Em quinto lugar, o recurso à análise económica deve ser temperado pelo facto de não haver acordo na ciência económica, no estado actual do conhecimento, nem sobre o conceito de auxílio, nem sobre os seus efeitos e nem sobre os benefícios ou prejuízos que possam derivar da sua utilização²³.

H. W. FRIEDERISZICK (2007). *Ökonomische Analyse in der EU Wettbewerbspolitik. Ein erstes Résumé. Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, Dreizehntes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum, Hebing und Lichttenhahn.

²² BUENDIA SIERRA, J. L. and B. SMULDERS (2008). Chapter 1 The Limited Role of the “Refined Economic Approach” in Achieving the Objectives of State Aid Control: Time for Some Realism. In *EC State Aid Law/Le Droit des Aides d’Etat dans la CE – Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*. A. SUTTON, Kluwer Law International: 1-26, p. 4.

²³ STAIGER, B. (2009). *Die Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Europäischen Union*. Hamburg, Verlag Dr. Kovac., pp. 53 e segs.; BESLEY, T. and P. SEABRIGHT (2000). European State Aid Policy. An Economic Analysis. *Competition Policy Analysis*. London: 200-238, p. 201. A força deste argumento é contudo relativizada por VICKERS. Segundo este autor, os economistas que se dedicam à concorrência estão, no essencial, de acordo quanto aos princípios económicos relevantes. Ainda segundo Vickers, até os manuais mais utilizados pelos estudantes têm a mesma base analítica e seguem os mesmos princípios doutrinários. Vickers chama ainda em seu apoio o seguinte trecho de MILTON FRIEDMAN: “*The public has the impression that economists never agree. They have the impression that if three economists are in a room they will get at least four opinions. That is false.*”

Em jeito de conclusão, o que se solicita é transformar os argumentos económicos em argumentos jurídicos²⁴, isto é em argumentos de interpretação do Tratado, de forma que possam ser discutidos no âmbito da ciência do direito²⁵.

2.1 *A análise económica na definição do conceito de auxílio de Estado e na definição das condições de compatibilidade*

O controlo da compatibilidade dos auxílios tal como previsto no TFUE pode ser dividido em duas partes que se seguem lógica e cronologicamente. O primeiro passo será aplicar o disposto no artigo 107, n.º 1. Só depois poderemos analisar propriamente a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno europeu, de acordo com o preceituado no n.º 2 ou no n.º 3 do referido artigo.

If scientific issues are separated from policy and value issues, there is widespread agreement among economists whatever their political views. Over and over again I have been in a group that includes both economists and practitioners of other disciplines. Let a discussion start about almost anything and, in ten minutes or so, you will find all the economists on the same side against all the rest, whether the economists are on the left or the right or in the middle.” Indeed even on competition policy issues – as distinct from cases on which they may have been engaged – there is substantial agreement among competition economists.” VICKERS, J. (2007). Competition Law And Economics: A Mid-Atlantic Viewpoint. *European Competition Journal*. **3**: 1-15. Cabe aqui também uma referência curiosa ao Presidente Truman quando uma dia desesperado por ter passado o tempo a ouvir economistas a dizer, “*On the one hand, this*” e “*On the other hand, that*”, pediu irado que lhe enviassem um economista maneta.

²⁴ O que pressupõe obviamente que os argumentos económicos possam ser bem compreendidos pelos juristas.

²⁵ CHÉROT, J.-I. (2008). “Les liens entre nouvelle approche économique et contrôle des aides d’Etat du point de vue du juriste.” *Concurrences – Revue des droits de la concurrence* (3): 18-22, p. 18.

O artigo 107, n.º 1, estabelece o princípio geral de incompatibilidade dos auxílios com o mercado interno e define o âmbito de competência da Comissão quanto ao controlo dos auxílios de Estado. O artigo 107, n.º 1, ao tipificar os requisitos determinantes para a existência de um auxílio, fixa ainda o conteúdo material da obrigação de notificação dos auxílios novos por parte dos Estados²⁶. Por último, o artigo 107, n.º 1, procede também a um primeiro exame da compatibilidade dos auxílios com o mercado interno ao estabelecer que não se aplica senão aos auxílios que afectam as trocas comerciais entre os Estados membros e falseiam ou ameaçam falsear a concorrência²⁷.

Só depois de considerar que existe um auxílio que preenche as condições exigidas no n.º 1 do artigo 107 é que a Comissão procede à análise propriamente dita da sua compatibilidade com o mercado interno, aplicando ou o n.º 2 ou o n.º 3 do artigo 107.

A análise económica poderá ser utilizada em qualquer das partes em que subdividimos a análise do controlo da compatibilidade dos auxílios, quer na definição do conceito de auxílio de Estado, quer na determinação das condições de que depende a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno.

---

²⁶ A obrigação de notificação está nos seus elementos essenciais regulada no artigo 108 do TFUE e no regulamento n.º 659/99 do Conselho.

²⁷ CHÉROT, J.-I. (2007). Le «plan d'action» de la Commission dans le domaine des aides d'Etat – Progrès et limites de l'analyse économique dans le contrôle communautaire des aides d'État. *AJDA*: 2412-2419, pp. 2413-2414.

2.1.1 *A análise económica na determinação do conceito de auxílio de Estado*

O controlo comunitário não se exerce sobre todas as medidas de incentivo ou fomento económico promovidas pelos poderes públicos. De acordo com o artigo 107.º, n.º 1, só serão consideradas auxílios de Estado, as medidas tomadas pelos poderes públicos, que satisfaçam cumulativamente cinco condições:

- a) Transferência de recursos estatais. As medidas estaduais de incentivo terão de comportar um sacrifício para as contas públicas, seja na forma de uma despesa (subvenções, subsídios), seja na forma de uma não percepção de receitas a que em princípio teriam direito (isenções fiscais, dispensa de pagamento de taxas);
- b) Vantagem económica. As medidas de auxílio terão de comportar uma vantagem para o seu beneficiário;
- c) Selectividade. Os auxílios deverão beneficiar selectivamente certas empresas, sectores ou regiões;
- d) Distorção da concorrência. Os auxílios deverão ser idóneos a distorcer ou ameaçar distorcer a concorrência.
- e) Efeito no comércio. Os auxílios deverão afectar ou ameaçar afectar o comércio entre os Estados membros.

A densificação destes requisitos tem sido feita de forma desigual, pela Comissão, pelos tribunais comunitários e pela doutrina. Enquanto os três primeiros têm sido alvo de considerável atenção, já o mesmo não acontece com os requisitos da distorção da concorrência e do efeito no comércio intracomunitário, os quais têm sido tratados de forma conjunta e rudimentar²⁸. Em regra, estes dois últimos requisitos têm

---

²⁸ É curioso verificar o seguinte: em regra, quer as dissertações, quer os manuais, dedicam um número muito maior de páginas aos

sido considerados satisfeitos, sempre que uma determinada medida atribui uma vantagem económica de forma selectiva a certas empresas, a certos produtos ou a certas regiões.

A situação está exemplarmente referenciada em FRIDERISZICK/RÖLLER/VEROUDEN²⁹ nos termos seguintes: «*In sum, the current legal context of European state aid control is based on relatively simple to administer indicators, primarily the transfer of state resources, the existence of an economic advantage and the criterion of selectivity. The competition analysis and the assessment of the negative effects on trade are rudimentary. Economic analysis is limited mainly to the assessment of the “economic advantage” of an aid measure*».

A análise económica terá capacidade para ter um papel significativo na identificação das medidas de incentivo públicas tomadas pelas autoridades nacionais que são susceptíveis de serem consideradas como sendo auxílios de Estado relevantes para efeitos do artigo 107.º, n.º 1³⁰, na medida em

---

requisitos da selectividade, da vantagem económica e da transferência dos recursos estatais, do que aos requisitos da distorção da concorrência e do efeito no comércio. Assim, por exemplo, JULIA ZEITZ, na sua dissertação «*Der Begriff der Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Abs. 1 EG*», de um total de 262 páginas, dedica 256 aos três primeiros requisitos e 4 aos dois últimos (ZEITZ, J. (2005). *Der Begriff der Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Abs. 1 EG*. Berlin, Lgos Verlag Berlin.). MARIANNE DONY, autora do manual «*Contrôle des Aides d'État*», dedica 65 páginas aos três primeiros requisitos e 7 aos dois últimos (DONY, M. (2007). *Contrôle des Aides d'État*. Bruxelles Editions de l'Université de Bruxelles.). Do mesmo modo na obra colectiva «*Aides d'Etat*», a Primeira Parte, com o título «*Conditions d'application de l'article 87, par. 1er, du traité CE*», pp. 15-106, o capítulo relativo à distorção da concorrência e ao efeito no comércio tem somente 9 páginas (97-106).

²⁹ FRIDERISZICK, H. W., et al. (2005). European State Aid Control: an economic framework. *Advances in the Economics of Competition Law*, www.crai.com/Agenda/Roller-state.pdf;

³⁰ Ibid., p. 4 e segs.

que contribua para esclarecer as noções de vantagem económica, de selectividade, de distorção da concorrência e de afectação do comércio intracomunitário.

No que toca à noção de vantagem económica, o recurso à ciência económica ajuda a determinar a existência ou não da referida vantagem e, em caso afirmativo, a sua dimensão. Se em muitos casos é fácil, tanto a determinação da existência de vantagem como inclusive a sua quantificação (pense-se no caso de um subsídio directo em dinheiro a uma empresa), noutras situações a coisa já não será bem assim (pense-se nas hipóteses de empréstimos, garantias ou participações no capital social das empresas por parte dos poderes públicos)³¹. É certo que o recurso ao princípio do investidor numa economia de mercado (*market economy investor principle*) ou a alguma das suas refacções, como seja, por exemplo, o princípio do credor privado, pode ser relevante naqueles casos em que o Estado intervém de forma comparável aos investidores privados. Recorrendo ao princípio do investidor numa economia de mercado é possível determinar, por exemplo, se determinada participação no capital de uma empresa ou empréstimo levados a cabo pelo Estado, teriam sido realizados naquelas precisas condições por um investidor ou credor privado³².

---

³¹ A determinação do montante exacto da vantagem concedida ao beneficiário do auxílio assume um relevante interesse de carácter jurídico quando o mesmo é concedido de forma ilegal e é considerado incompatível pela Comissão. A recuperação do auxílio implica a restituição da vantagem económica auferida pelo seu beneficiário a favor do Estado concedente, de modo a reprimir-se tanto quanto seja possível a situação existente antes da concessão do auxílio ilegal (cf. o art. 14 do Regulamento n.º 659/1999 do Conselho).

³² Cf. FRIEDERISZICK, H. W., et al. (2005). European State Aid Control: an economic framework. *Advances in the Economics of Competition Law*, www.crai.com/Agenda/Roller-state.pdf, p. 5 e Friederiszick, H.

A análise económica pode ser útil na determinação da selectividade de uma medida. Uma medida é selectiva se beneficiar de forma particular certas empresas em detrimento de outras, afectando consequentemente o equilíbrio até então existente entre as empresas beneficiárias e as suas competidoras. A selectividade permite distinguir os auxílios de Estado das medidas gerais que beneficiam por igual todas as empresas e todos os sectores económicos de um determinado Estado membro. A selectividade da medida determina-se pelos efeitos reais que provoca no mercado, não dependendo em absoluto da sua forma de exteriorização. Assim, uma medida de incentivo tomada por um Estado membro, por meio de um acto concreto e individual (por ex. acto administrativo) será com certeza configurável como auxílio de Estado. A esta qualificação, parecem escapar os regimes gerais de auxílios. Os regimes gerais de auxílios prevêm medidas de incentivo de forma geral e abstracta, não individualizando quais as empresas, sectores ou regiões a que se aplicam. Tais regimes gerais de auxílios poderão mesmo assim serem considerados como auxílios de Estado, se a sua aplicação em concreto depender da vontade discricionária das autoridades administrativas competentes. O critério de selectividade pode ainda considerar-se satisfeito se o regime geral se aplicar a uma parte do território ou a uma específica indústria de um Estado membro (tal será o caso dos regimes gerais de auxílio de natureza regional ou sectorial). A análise económica pode dar um contributo significativo para identificar *de facto*, qual o impacto real e efectivo da medida, que *de iure* é geral, sobre certas empresas, sectores ou regiões em concreto³³.

W., L.-H. Röller, et al. (2007). EC State Aid Control: an Economic Perspective. *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*. London, Cameron May: 145-182, p.148.

³³ Cf. Friederiszick, H. W., L.-H. Röller, et al. (2005). European State Aid Control: an economic framework. *Advances in the Economics of*

Em terceiro lugar, a análise económica pode ajudar a esclarecer em que situações a selectividade do auxílio pode, de forma potencial ou efectiva, afectar o comércio e a concorrência entre os Estados membros. A selectividade do auxílio não implica necessariamente uma qualquer forma de distorção, quer no comércio, quer na concorrência, entre os Estados membros, como o atesta, de resto, o caso bem conhecido dos bens e serviços não transaccionáveis. A jurisprudência comunitária tem sido muito pouco exigente nas condições que coloca para o preenchimento dos requisitos de afectação do comércio e da concorrência. Assim, o Tribunal de Primeira Instância³⁴ considerou no acórdão CETM³⁵, que «...a jurisprudência não exige, para que assim se conclua, que a distorção da concorrência, ou a ameaça de tal distorção, e a afectação das trocas comerciais intracomunitárias sejam significativas ou substanciais». Ainda no mesmo acórdão, o Tribunal de Primeira Instância³⁶ considerou que «...*não competia à Comissão proceder a uma análise económica da situação real do mercado em causa, da parte de mercado das empresas beneficiárias dos auxílios, da posição das empresas concorrentes e das correntes de trocas comerciais dos serviços em causa entre os Estados-Membros, uma vez que tinha exposto por que forma os auxílios litigiosos falseavam a concorrência e afectavam as trocas comerciais entre os Estados-Membros*»³⁷. Esta

---

Competition Law, www.crai.com/Agenda/Roller-state.pdf, p. 5 e FRIEDERISZICK, H. W., et al. (2007). *EC State Aid Control: an Economic Perspective. The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*. London, Cameron May: 145-182, p. 148.

³⁴ Hoje Tribunal Geral.

³⁵ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM), processo n.º T-55/99, de 29 de Setembro de 2000, fundamento n.º 94.

³⁶ Hoje Tribunal Geral.

³⁷ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM), processo n.º T-55/99, de 29 de Setembro de 2000, fundamento n.º 102.

situação sofreu alguma evolução com o acórdão Wam³⁸. Em 2006, o Tribunal Geral (nessa altura Tribunal de Primeira Instância) anulou uma decisão da Comissão por insuficiência de fundamentação³⁹, posteriormente confirmada

³⁸ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 6 de Setembro de 2006, Itália e Wam/Comissão, proc. T 304/04 e T316/04.

³⁹ Neste acórdão estava em discussão a questão da falta de fundamentação de uma decisão da Comissão (Decisão 2006/177/CE da Comissão, de 19 de Maio de 2004) que considerou auxílios de Estado a concessão pelas autoridades italianas de dois empréstimos a taxa reduzida a favor da empresa Wam com o objectivo de apoiar as actividades exportadoras desta nos mercados japonês, sul coreano, chinês e de Taiwan. Na sua decisão a Comissão afirmou nos considerandos 75, 77 e 79, o seguinte:

- (75) «Os auxílios [controvertidos] foram concedidos mediante subvenções provenientes de fundos públicos, assumindo a forma de empréstimos em condições favoráveis, a favor de uma empresa específica, a WAM SpA. Estas subvenções melhoram a situação financeira do beneficiário do auxílio. No que se refere à possibilidade de afectarem o comércio intracomunitário, o Tribunal de Justiça salientou que mesmo se o auxílio visar exportações para o exterior da UE, as trocas intracomunitárias podem, não obstante, ser afectadas. Além disso, atendendo à interdependência entre os mercados em que as empresas comunitárias operam, é possível que tais auxílios possam distorcer a concorrência no interior da Comunidade».
- (77) «Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, mesmo se o beneficiário exportar praticamente toda a sua produção para o exterior da UE, do EEE e dos países em vias de adesão, a subvenção das actividades de exportação pode, não obstante, afectar o comércio entre os Estados-Membros».
- (79) «Por conseguinte, independentemente de [os auxílios controvertidos] apoiar[em] as exportações para outros Estados-Membros ou para o exterior da UE, apresenta[m] o potencial de afectar o comércio entre Estados-Membros, sendo portanto abrangido[s] pelo n.º 1 do artigo 87.º [CE]».

O Tribunal de Primeira Instância anulou a decisão da Comissão por falta de cumprimento do dever de fundamentação considerando que não tinha ficado automaticamente demonstrado que os auxílios controvertidos afectavam as trocas comerciais entre os Estados-membros, ou que ameaçavam falsear ou falseavam a concorrência, sendo necessário demonstrar que existia esta possibilidade (considerando n.º 63). O Tribunal de Primeira Instância considerou ainda que a fundamentação não podia consistir numa adesão aos princípios que decorrem da jurisprudência (considerando n.º 66), não podendo deduzir-se simplesmente que a melhoria da situação financeira da empresa proporcionada pelo auxílio basta para demonstrar que estão preenchidos todos os requisitos exigidos pelo artigo 107, n.º 1 (considerando n.º 67). O Tribunal de Primeira Instância salientou também que a distorção da concorrência não se deveria presumir pelo facto de a empresa Wam ter visto a sua posição reforçada relativamente às empresas de outros Estados-membros com as quais poderia entrar em concorrência. Era necessária a existência de outros elementos para se pudesse dizer que tinha havido distorção da concorrência. No considerando 74, o Tribunal de Primeira Instância considerou que o facto da Wam participar nas trocas comerciais intracomunitárias, não basta para demonstrar que as referidas trocas foram afectadas ou que a concorrência foi falseada e, por conseguinte, requer uma análise exaustiva dos efeitos dos auxílios, tendo em conta, nomeadamente, o facto de tais auxílios permitirem fazer face a despesas no mercado do Extremo Oriente, bem como, na medida do necessário, a interdependência entre aquele mercado e o mercado europeu. No considerando 76, o Tribunal de Primeira Instância afirmou que os fundamentos avançados pela Comissão nos considerandos 74 a 79 da Decisão controvertida não permitiam compreender de que forma, nas circunstâncias do presente caso, os auxílios controvertidos podiam afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros e falsear ou ameaçar falsear a concorrência e que, por consequência, as circunstâncias evocadas na decisão controvertida não constituem uma fundamentação suficiente para sustentar as conclusões a que chegou a Comissão relativamente à aplicação do artigo 87.º, n.º 1, CE. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 6 de Setembro de 2006, Itália e Wam/Comissão, proc. T304/04 e T316/04, fund. 62 a 76.

pelo Tribunal de Justiça⁴⁰ ao considerar que a Comissão devia ter procedido a uma análise mais exaustiva dos efeitos potenciais dos auxílios controvertidos sobre as trocas comerciais entre os Estados-Membros e sobre a concorrência.

No âmbito das obrigações de serviço público, tanto o Tribunal de Justiça, a partir do acórdão *Altmark*⁴¹, como posteriormente a Comissão, com a sua Decisão (2005/842/CE) de 28 de Novembro de 2005⁴², deram acolhimento à análise económica, quanto à necessidade de determinar se o montante da compensação não ultrapassa as necessidades de financiamento do serviço público, quanto à forma de selecção do candidato capaz de fornecer as obrigações de serviço

---

⁴⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça (Primeira Secção) de 30 de Abril de 2009, Processo C-494/06.

⁴¹ No acórdão *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* (Col. 2003, p. I-7747), o Tribunal de Justiça fixou jurisprudência de acordo com a qual as compensações de serviço público não constituem auxílios estatais na acepção do artigo 107 do Tratado desde que estejam reunidos quatro critérios cumulativos. Em primeiro lugar, a empresa beneficiária deve efectivamente ser incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público e tais obrigações devem estar claramente definidas. Em segundo lugar, os parâmetros com base nos quais será calculada a compensação devem ser previamente estabelecidos de forma objectiva e transparente. Em terceiro lugar, 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. Por último, quando a escolha da empresa a encarregar do cumprimento de obrigações de serviço público, num caso concreto, não seja efectuada no âmbito de um processo de concurso público que permita seleccionar o candidato capaz de fornecer esses serviços ao menor custo para a colectividade, o nível da compensação necessário deve ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada em meios de transporte, teria suportado.

⁴² Decisão da Comissão (2005/842/CE) de 28 de Novembro de 2005.

público (preferencialmente por concurso público) e quanto ao conceito de lucro razoável.

2.1.2 A análise económica na determinação da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado único

Apesar da presunção negativa do artigo 107, n.º 1, os auxílios podem ser considerados compatíveis com o mercado interno ao abrigo dos números 2 e 3 do referido artigo. A competência para o fazer é regra geral da Comissão, salvo os casos excepcionais em que a competência para tal é do Conselho. A Comissão dispõe de poderes diferentes consoante seja de aplicar o n.º 2 ou o n.º 3 do artigo 107.

Quanto aplica o n.º 2, a Comissão apenas tem de verificar se o auxílio de Estado sobre o qual se vai pronunciar respeita os pressupostos expressos nalguma das suas alíneas, estando obrigada a considerar compatíveis os auxílios que caibam nas situações aí previstas, não dispondo portanto senão de um poder vinculado. Já quando a Comissão aplica o n.º 3 do artigo 107, dispõe de um poder discricionário, isto é, dispõe de um poder próprio de apreciação, competindo-lhe formular e fundamentar um juízo sobre a situação subjacente. Dado o carácter deliberadamente vago das várias alíneas que compõem o n.º 3 do artigo 107 e a natureza, muito diferente entre si, das preferências dos Estados, a Comissão tem de tomar em consideração e apreciar factos e circunstâncias económicas complexas e susceptíveis de evoluir rapidamente⁴³, sempre que decide sobre a compatibili-

---

⁴³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Março de 1977, Arrêt de la Cour du 22 mars 1977, Steinike & Weinlig contre République fédérale d'Allemagne, Demande de décision préjudicielle: Verwaltungsgericht Frankfurt am Main Main – Allemagne, Processo 78/76, *Recueil de jurisprudence* 1977, em esp. fund. 9, p. 610.

dade de um auxílio. O exercício pela Comissão dos seus poderes discricionários na aplicação do n.º 3 do artigo 107 pode traduzir-se na aprovação de legislação secundária (na forma de *soft law* ou na forma de *hard law*) ou, excepcionalmente, fora dos casos não previstos previamente por instrumentos normativos, através de decisões *ad hoc*, nas quais se pronuncia sobre as medidas de auxílio, aplicando directamente as normas do Tratado. Estas decisões são apesar de tudo relativamente raras e têm um alcance e importância diminutos⁴⁴.

Ciente das dificuldades de aplicação do artigo 107, n.º 3, a Comissão tentou bem cedo elaborar legislação secundária com a finalidade de concretizar as várias alíneas do n.º 3 do artigo 107. Surpreendentemente os meios escolhidos não foram instrumentos de *soft law*, mas sim regulamentos. Assim, com base no artigo 93 [actualmente o artigo 108 do TFUE] do Tratado de Roma, a Comissão apresentou ao Conselho duas propostas de regulamento, uma em 1966 e outra em 1972, com vista a regular as várias alíneas do n.º 3 do artigo 107, que não chegaram a ser aprovados por aquele. Perante estes insucessos a Comissão mudou a sua abordagem e foi gradualmente aprovando e publicando cartas, enquadramentos, comunicações, directivas e linhas directrizes. Estes instrumentos de *soft law* deram corpo a uma verdadeira política comunitária dos auxílios de Estado na medida em que concretizaram materialmente o artigo 107, n.º 3.

Esta situação mudou a partir de 1998, data em que foi aprovado pelo Conselho o Regulamento Geral de Isenção Categorical⁴⁵, o qual conferiu à Comissão o poder de adoptar

---

⁴⁴ FRIEDERISZICK, H. W., et al. (2007). EC State Aid Control: an Economic Perspective. *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*. London, Cameron May: 145-182, p.151.

⁴⁵ Regulamento (CE) n.º 994/98 do Conselho de 7 de Maio de 1998 relativo à aplicação dos artigos 92.º e 93.º do Tratado que institui a

regulamentos de aplicação do artigo 107, n.º 3, por meio dos quais declara certas categorias de auxílios como compatíveis com o mercado comum, não estando estas sujeitas à obrigação de notificação⁴⁶. Desde então a Comissão tem vindo paulatinamente a substituir os instrumentos de *soft law* em vigor em normas directamente aplicáveis, isto é, pelos já referidos regulamentos de aplicação⁴⁷.

A avaliação da compatibilidade obedece a um princípio geral, o qual se traduz em comparar os efeitos negativos dos auxílios (na concorrência e na afectação do comércio entre os Estados membros), com os seus feitos positivos (contribuição para a realização de um objectivo de interesse comum europeu). Este teste de balanceamento não era até à aprovação, em 2005, do Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais⁴⁸, realizado de forma explícita e sistemática⁴⁹. O teste

---

Comunidade Europeia a determinadas categorias de auxílios estatais horizontais. Sobre o Regulamento de Isenção Categorical ver ALMEIDA, J. N. (2002). *As Isenções Categoricals no Domínio das Ajudas de Estado. Boletim de Ciências Económicas*. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

⁴⁶ Cf. art. 1.º e art. 2.º do Regulamento (CE) n.º 994/98

⁴⁷ BLAUBERGER, M. (2009). Of 'Good' and 'Bad' Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law. *West European Politics*. **32**: 719-737, pp. 724-725.

⁴⁸ Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais

⁴⁹ O teste de balanceamento tem tido consagração em vários instrumentos normativos publicados pela Comissão (vide por ex. a Comunicação da Comissão de 11 de Agosto de 2009 sobre os critérios para a análise da compatibilidade dos auxílios estatais a favor de trabalhadores desfavorecidos e com deficiência sujeitos a notificação individual, a Comunicação da Comissão de 11 de Agosto de 2009 sobre os critérios de análise da compatibilidade de auxílios estatais à formação sujeitos a notificação individual, o Enquadramento comunitário dos auxílios estatais a favor do ambiente, de Agosto de 2008 e as Orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais e capital de risco a pequenas e médias empresas, de Agosto de 2006).

do balanceamento entre os efeitos positivos e os efeitos negativos dos auxílios aparecia implicitamente nos instrumentos de *soft law* na categoria dos custos elegíveis. O montante dos auxílios que as empresas podiam receber era calculado com base num máximo de determinada percentagem dos custos elegíveis, dependendo esta do específico fim a que o auxílio de Estado se destinava (veja-se, por exemplo, o limite de 50% da despesa em R&D em investigação industrial que podia ser financiada com auxílios, aumentando o montante permitido do auxílio em percentagem se a investigação fosse considerada fundamental). O teste de balanceamento estava implícito no facto de só se considerarem despesas elegíveis aquelas despesas que estavam adstritas à realização de objectivos de interesse comum (despesa em R&D por ex.), procurando-se limitar os efeitos distorçores dos auxílios sujeitando-os a uma determinada percentagem dos custos elegíveis⁵⁰.

A ausência de uma teoria ou de princípios unificadores da avaliação da compatibilidade dos auxílios com o mercado interno levou a Comissão à emissão sucessiva de instrumentos legais sobre os mais variados aspectos dos auxílios (fenómeno do *pigeon-holing*⁵¹). Em consequência, a Comissão foi,

---

Sobre o teste de balanceamento ver em particular REITER, A. (2009). *The Refined Economic Approach In The State Aid Action Plan – The balancing test*. Master of European Studies, College of Europe.

⁵⁰ Cf. FRIEDERISZICK, H. W., et al. (2007). EC State Aid Control: an Economic Perspective. *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*. London, Cameron May: 145-182, pp.151-153; FRIEDERISZICK, H. W., et al. (2005). European State Aid Control: an economic framework. *Advances in the Economics of Competition Law*, www.crai.com/Agenda/Roller-state.pdf, pp. 7-10.

⁵¹ AHLBORN, C. and C. BERG (2003). Can State Aid Control Learn from Antitrust? The Need for a Greater Role for Competition Analysis under the State Aid Rules. *The Law of State Aid in the European Union*:

no correr dos anos, produzindo instrumentos legais diferentes para cada categoria de auxílios, sejam eles horizontais (auxílios regionais, auxílios ao ambiente, auxílios à investigação e desenvolvimento, etc.) ou sectoriais (auxílios aos têxteis, auxílios às fibras sintéticas, auxílios à construção naval ou outros), cada um sujeito a regras particulares e desprovidos de uma visão coerente de conjunto. Estes instrumentos de *soft law* eram, além do mais, aplicados de forma estrita e formal, sem se ter em conta verdadeiramente os seus efeitos na concorrência entre os Estados membros e no comércio intra-comunitário. A consequência inevitável era o cometimento frequente de erros de tipo I (*type I errors*), proibindo “boas” intervenções dos Estado ou de erros de tipo II (*type II errors*), aprovando “más” intervenções dos Estados⁵². Amiúde, consideravam-se compatíveis com o mercado comum, auxílios que preenchiam todas as condições exigidas para tal por determinado enquadramento ou *guideline*, mas que acabavam por ter efeitos distorçores no comércio e na concorrência intracomunitárias (erros de tipo II). Como também era frequente o reverso, ou seja, o de se considerarem como incompatíveis, auxílios que não preenchiam todas as condições exigidas por determinado enquadramento ou *guideline*, mas que acabavam por não ter efeitos distorçores no comércio e na concorrência intracomunitárias (erros de tipo I). Ao longo dos anos a Comissão foi introduzindo mecanismos de modulação ou de ajustamento fino (*fine tuning*) na apli-

---

41-65, pp. 41-65; ALISON JONES, B. S., BRENDA SMITH (2006). *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press., em esp. pp. 322, 435, 742.

⁵² FRIEDERISZICK, H. W., L.-H. RÖLLER, et al. (2007). EC State Aid Control: an Economic Perspective. *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*. London, Cameron May: 145-182, p. 152.

cação das normas constantes de instrumentos de *soft law* de forma a melhorar a sua precisão e adequação. Tais mecanismos de modulação ou ajustamento fino foram, por exemplo, previstos nos auxílios com finalidade regional. O critério tradicional aplicável aos auxílios de carácter regional continuava a ser o do produto interno bruto por habitante em relação ao produto bruto médio comunitário⁵³. Com a finalidade de limitar as distorções da concorrência e do comércio comunitários, outros critérios complementares foram introduzidos⁵⁴. Assim foram estabelecidos limites máximos de auxílio para grandes projectos de investimento, que serão tanto maiores quanto maior for o investimento previsto. Determinou-se que certos sectores com problemas estruturais de excesso de oferta ou em declínio não poderiam receber auxílios e considerou-se ainda não elegível o beneficiário do auxílio, sempre que este for o responsável por mais de 25% das vendas do produto em questão antes do investimento ou responder, após o investimento, por mais de 25%. Também a intensidade dos auxílios à investigação e desenvolvimento variava consoante se tratasse de investigação fundamental (a intensidade do auxílio podia ir até 100%), de investigação industrial (a intensidade do auxílio podia ir até 50%) ou de desenvolvimento experimental (a intensidade do auxílio estava limitada a 25% dos custos elegíveis). No domínio do capital de risco, a Comissão admitiu a possibilidade de concessão de auxílios a fundos de investimento que participassem no capital de pequenas empresas e considerou expressa-

---

⁵³ Cf. as Orientações relativas aos auxílios estatais com finalidade regional (98/c 74/06), ponto 3.5.

⁵⁴ Cf. Comunicação da Comissão – Enquadramento multisectorial dos auxílios com finalidade regional para grandes projectos de investimento, Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 19-3-2002.

mente o critério das falhas de mercado como razão justificativa para a concessão de auxílios na forma de capital de risco⁵⁵.

A opção, quer por uma malha larga na definição de auxílio de Estado, quer por um sistema de aprovação dos auxílios assente na forma e não nos efeitos, acentuou o risco do controlo dos auxílios de Estado se tornar demasiado amplo e impreciso, incapaz de distinguir com suficiente nitidez, entre os «bons» e os «maus» auxílios, contribuindo para um aumento da incerteza e da insegurança jurídicas⁵⁶.

2.2 A utilização da análise económica no controlo dos auxílios estatais. O contributo decisivo do “Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais”

Os autores adeptos de uma análise económica refinada no domínio dos auxílios estaduais têm chamado a atenção para as consequências negativas de uma aplicação estrita e puramente formal das regras relativas aos auxílios de Estado, sem uma visão de conjunto que lhe dê sentido e coerência⁵⁷.

O trânsito para uma maior utilização da análise económica no domínio dos auxílios de Estado pressupõe que as autoridades de concorrência tomem as suas decisões, tanto quanto tal seja possível ou recomendável não somente com base em regras proibitivas de *per se* mas com fundamento na análise dos efeitos concretos dos comportamentos dos Esta-

---

⁵⁵ Comunicação da Comunicação – Auxílios estatais e capital de risco – de 21 de Agosto de 2001.

⁵⁶ FRIEDERISZICK, H. et al. (2007). EC State Aid Control: an Economic Perspective. *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*. London, Cameron May: 145-182, pp. 150-153.

⁵⁷ Vide por ex. SCHWALBE, U. (2008). Der “more economic approach” in der Beihilfenkontrolle. *Der “more economic approach” in der Beihilfenkontrolle*. Berlin, Duncker & Humboldt: 11-37, p. 16.

dos sobre um mercado de referência, tendo em conta as características de cada um dos mercados afectados. Tal obriga no entanto a que se abandone o conforto da verificação mais ou menos mecânica da correspondência da situação concreta à hipótese prevista na norma. O efeito anticoncorrencial terá de passar a ser calculado de forma hipotética a partir de presunções de comportamento das empresas tendo em atenção certas características dos mercados. O efeito anticoncorrencial terá ainda necessariamente de ser avaliado de acordo com um *standard* que é função da finalidade e dos objectivos gerais do controlo dos auxílios de Estado. Esse *standard*, que pode consistir em abstracto no bem-estar dos consumidores, nos ganhos dos produtores, no interesse dos contribuintes ou outro, constitui a referência a partir da qual se poderá saber se um determinado comportamento é ou não anticoncorrencial⁵⁸.

A análise económica pode ser utilizada com vantagem no domínio dos auxílios de Estado em três diferentes níveis. Em primeiro lugar, pode, de *iure condendo*, contribuir para uma melhor definição dos objectivos da política comunitária dos auxílios de Estado. Em segundo lugar, pode contribuir para identificar os instrumentos adequados (normas de isenção categorial, normas de enquadramento, *guidelines*, etc.) à prossecução dos objectivos prosseguidos pela política comunitária dos auxílios de Estado. Em terceiro lugar, pode contribuir para uma aplicação mais refinada e efectiva das normas relativas aos auxílios de Estado⁵⁹.

---

⁵⁸ CHÉROT, J.-I. (2007). Le «plan d'action» de la Commission dans le domaine des aides d'Etat – Progrès et limites de l'analyse économique dans le contrôle communautaire des aides d'État. *AJDA*: 2412-2419, pp. 2412-2413.

⁵⁹ DERENNE, J. and M. MEROLA (2007). Preface. *Economic Analysis of State Aid Rules – Contributions and Limits* –: XI-XII, JAEGER, T. (2008).

2.2.1 O Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais

No domínio dos auxílios de Estado a utilização da análise económica conheceu um impulso fundamental com a publicação, em 2005, pela Comissão, de um documento de consulta denominado “Plano de acção no Domínio dos Auxílios Estatais”⁶⁰. Este plano, que a Comissária europeia de então para as questões da concorrência, Nellie Kroes, considerou, a fazer fê nas suas próprias palavras, o projecto mais importante do seu mandato e a reforma mais abrangente no domínio dos auxílios de Estado nos últimos cinquenta anos⁶¹, constituiu o roteiro da Comissão para a reforma dos auxílios estatais no período entre 2005 e 2009⁶².

O Plano de Acção visou dar cumprimento aos objectivos mais amplos da estratégia de Lisboa⁶³ de aumentar a

---

Systemfragen des More Economic Approach im Beihilfenrecht. *Wirtschaft und Wettbewerb*. **10**: 1064-1077, pp. 1064-1066.

⁶⁰ Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais – Menos auxílios estatais e mais orientados: um roteiro para a reforma dos auxílios estatais 2005-2009. Disponível na Web em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0107:FIN:pt:PDF>, de ora em diante simplesmente Plano de Acção.

⁶¹ “*It’s my flagship project as Competition Commissioner. And it’s the first ever comprehensive reform of State Aid policy in fifty years of Community law*”, in KROES, N. “«Two years into the SAAP-State of Play and Prospects, Speech/07/316, 2007, European State Aid Law Institute Conference.” <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/316&format=HTML&aged=1&language>.

⁶² Sobre o Plano de acção no Domínio dos Auxílios Estatais ver REITER, A. (2009). *The Refined Economic Approach In The State Aid Action Plan – The balancing test*. Master of European Studies, College of Europe.

⁶³ A Estratégia de Lisboa foi adoptada pelo Conselho Europeu de Primavera de 2000 visando transformar a Europa “na economia do conhecimento mais competitiva e dinâmica do mundo, capaz de um crescimento económico sustentável, acompanhado da melhoria quantitativa e qualitativa do emprego e de maior coesão social”. Disponível em

competitividade da economia europeia e de promover o crescimento e o emprego. O Plano de Acção estava também em linha com o Conselho Europeu de Março de 2005, que convidou os «*Estados Membros a prosseguirem numa via de redução do nível geral dos auxílios estatais, sem deixar de ter em conta as eventuais falhas dos mercados. Este movimento deve ser acompanhado de uma reafecção dos auxílios em benefício do apoio a determinados objectivos horizontais, como a investigação e a inovação e a valorização do capital humano. A reforma dos auxílios regionais deverá, além disso, favorecer um nível elevado de investimento e permitir uma redução das disparidades em conformidade com os objectivos estabelecidos na Estratégia de Lisboa*»⁶⁴.

O grande objectivo do Plano de Acção foi o de promover uma reforma ampla e coerente da política de auxílios estatais assente em quatro eixos principais:

- menos auxílios estatais e mais orientados;
- uma abordagem económica mais aprofundada;
- procedimentos mais eficazes, melhor aplicação e maior previsibilidade e transparência;
- partilha de responsabilidades entre a Comissão e os Estados-Membros: a Comissão não poderá aperfeiçoar as regras e as práticas no domínio dos auxílios estatais sem o apoio efectivo dos Estados-Membros e se estes não se empenharem totalmente no respeito das obrigações que lhes incumbem de notificar todos os auxílios previstos e de aplicar correctamente as regras.

<http://www.estrategiadelisboa.pt/InnerPage.aspx?idCat=337&idMasterCat=334&idLang=1&site=estrategiadelisboa>

⁶⁴ Ponto 23 das Conclusões da Presidência.

Disponível em http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/pt/ec/84339.pdf

Subjacente ao Plano de Acção está a ideia de que a política de concorrência parte da premissa de que o sistema de economia de mercado é aquele que melhor serve os interesses dos cidadãos quanto à melhoria das suas condições de vida. «*A existência de mercados eficientes constitui uma condição essencial para se poderem fornecer aos consumidores os produtos que pretendem e a baixo preço. Além disso, a concorrência é indispensável para melhorar a competitividade da economia europeia, porque gera um ambiente em que as empresas eficientes e inovadoras são devidamente recompensadas.*»⁶⁵

No Plano de Acção a Comissão parece defender a ideia segundo a qual o controlo dos auxílios estatais decorre da necessidade de assegurar condições equitativas para todas as empresas que operam no mercado único europeu, qualquer que seja o Estado Membro onde estejam estabelecidas⁶⁶. Esta concepção parece atender mais à protecção dos concorrentes e a lealdade das condições de concorrência (*level playing field*), do que ao processo de concorrência em si mesmo e do bem-estar geral⁶⁷. Este ponto de vista não se coaduna muito bem com a dimensão objectiva do direito da concorrência de protecção de bens e não de direitos subjectivos. Toman-do como referência a protecção do bem concorrência ou, melhor, do processo concorrencial, a própria teoria económica tem mostrado que a atribuição de auxílios nem sempre afecta negativamente a concorrência, o processo concorrencial ou as condições de concorrência. Tudo dependerá da estrutura do mercado onde as empresas exercem a sua acti-

⁶⁵ Cf. Plano de Acção sobre os Auxílios Estatais, § 6.

⁶⁶ Plano de Acção sobre os auxílios Estatais, § 7.

⁶⁷ CHÉROT, J.-I. (2007). Le «plan d'action» de la Commission dans le domaine des aides d'Etat – Progrès et limites de l'analyse économique dans le contrôle communautaire des aides d'État. AJDA: 2412-2419, p. 2415.

vidade. Assim em mercados monopolistas, em mercados em que exista uma grande competição entre as empresas e/ou em mercados em que sejam produzidos produtos homogéneos nos quais o número de empresas seja elevado, a concessão de auxílios apenas terá como efeito o aumento dos lucros das empresas beneficiárias não afectando o processo concorrencial. Os auxílios já serão aptos a afectar a concorrência, se forem concedidos a empresas que exerçam a sua actividade em mercados concentrados, constituídos quer por um pequeno número de empresas sensivelmente da mesma dimensão quer por empresas de dimensões diferentes⁶⁸.

A defesa por parte da Comissão de menos auxílios e mais orientados leva-nos a concluir que, no seu entender, a tarefa central de direcção da actividade económica cabe ao mercado, só sendo concebíveis os auxílios, quando o mercado não consegue a afectação óptima dos bens escassos (ou seja quando existam falhas de mercado) ou a realização dos objectivos horizontais de interesse comum da União no seu conjunto (coesão regional ou local, investigação, emprego, protecção do ambiente, diversidade cultural, etc. A confiança no mercado leva-a, por isso, a defender menos auxílios e mais orientados para objectivos de natureza horizontal, ao invés de auxílios sectoriais por natureza mais adequados a produzirem efeitos nefastos sobre a concorrência.

A Comissão refere no Plano de Acção a necessidade de uma abordagem económica mais aprofundada. Curioso é, no entanto, a Comissão não identificar nenhum método preciso de análise económica⁶⁹, limitando-se a Comissão a referir que «na perspectiva de um melhor contributo para a Estratégia de Lisboa renovada para o crescimento e o emprego, a Comissão reforçará, quando necessário, a sua abor-

---

⁶⁸ Ibid., p. 2415.

⁶⁹ Ibid., p. 2413.

dagem económica da análise dos auxílios estatais.⁷⁰» De acordo com a Comissão o «...recurso mais sistemático a uma abordagem económica mais aprofundada garante uma avaliação correcta e mais transparente das distorções da concorrência e das trocas comerciais inerentes aos auxílios estatais. Esta abordagem também pode ajudar a analisar os motivos pelos quais o mercado por si só não permite atingir os objectivos de interesse comum pretendidos e, por consequência, avaliar os benefícios dos auxílios estatais na realização desses objectivos.

23. Um elemento fundamental nesta matéria é a análise das deficiências do mercado, tais como os efeitos externos, a informação incorrecta ou os problemas de coordenação, que podem ser os motivos pelos quais os mercados não atingem os objectivos de interesse comum pretendidos, em especial se tiverem natureza económica. Em tais casos, a identificação das deficiências do mercado em causa permitirá avaliar melhor se os auxílios estatais podem ser justificados e aceitáveis, se constituem a solução mais adequada e como podem ser aplicados para atingir o objectivo pretendido sem falsear a concorrência e as trocas comerciais numa medida contrária ao interesse comum»⁷¹.

2.2.2 O Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais – Análise crítica

O Plano de Acção tem sido severamente criticado junto de alguma doutrina⁷². Os críticos têm feito notar que a *more*

⁷⁰ Plano de Acção sobre os auxílios Estatais, § 21.

⁷¹ Plano de Acção sobre os auxílios Estatais, § 22 e § 23.

⁷² Designadamente CHÉROT, J.-I. (2007). Le «plan d'action» de la Commission dans le domaine des aides d'Etat – Progrès et limites de l'analyse économique dans le contrôle communautaire des aides d'État. AJDA: 2412-2419; KAUPA, C. (2009). The More Economic Approach – a Reform based on Ideology? *European State Aid Law*. 3: 311-322;

economic approach proposta no Plano de Acção sobre os auxílios estatais visa conformar o direito dos auxílios estatais aos ditames gerais da corrente económica neo-clássica⁷³, propondo uma reforma que esvazia o carácter jurídico do controlo dos auxílios, promovendo em seu lugar uma «...*ideological agenda thtat aims to reduce the role of democratically elected, public institutions on the market*»⁷⁴.

De acordo com corrente económica neo-clássica a concessão de auxílios de Estado só se justifica ou para remediar uma falha de mercado ou com vista a realizar objectivos de equidade (*equity objectives*). O teste de balanceamento entre os efeitos positivos e os efeitos negativos de um auxílio deverá ser feito primariamente a partir do objectivo de eficiência. O conceito de falha de mercado baseia-se na crença neoclássica de que os mercados conduzem a uma afectação óptima dos recursos e de acordo com as preferências das pessoas. Mesmo os objectivos de carácter não económico podem em princípio ser conseguidos pelo simples funcionamento dos mercados. Nos casos em que tal não acontece torna-se necessária a intervenção do Estado. Esta intervenção não terá de ser necessariamente na forma de um auxílio público. Terá de preferir-se uma solução mais amiga do mercado, seja na forma de regulação, de sanções legais ou outras. Não havendo outra menos lesiva que os auxílios terá ainda assim de se avaliar se as desvantagens que necessaria-

---

BUENDIA SIERRA, J. L. and B. SMULDERS (2008). Chapter 1 The Limited Role of the “Refined Economic Approach” in Achieving the Objectives of State Aid Control: Time for Some Realism. *EC State Aid Law/Le Droit des Aides d’Etat dans la CE – Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*. A. Sutton, Kluwer Law International: 1-26.

⁷³ KAUPA, C. (2009). The More Economic Approach – a Reform based on Ideology? *European State Aid Law*. 3: 311-322, p. 311.

⁷⁴ Ibid., p. 311.

mente resultarão da sua concessão (*government failures*, habituação dos beneficiários aos auxílios, risco moral, perpetuação dos auxílios, diminuição da eficiência alocativa e produtiva, etc.) não serão maiores que os benefícios resultantes da sua atribuição. Podemos concluir que, de acordo com o pensamento neoclássico, os auxílios são apenas uma solução de segunda ordem (*second best*) para conseguir uma afectação óptima dos recursos⁷⁵.

O Plano de Acção toma em consideração os auxílios de Estado sob o ângulo da eficiência, quer os auxílios que visam aumentar directamente a eficiência económica, quer os auxílios que visam objectivos de equidade. Nos quadros da teoria neoclássica a eficiência económica é fundamentalmente considerada sob o prisma dos rendimentos individuais agregados. Consequentemente é grande o risco do sucesso ou insucesso de um auxílio ser fundamentalmente medido pelo seu efeito nos rendimentos individuais agregados, ao invés de ser medido em razão do grau em que contribuiu para a realização do fim, económico ou não económico, para o qual foi concebido⁷⁶.

A separação entre objectivos de eficiência económica e objectivos de equidade (*equity objectives*) típica na teoria neoclássica limita ou é de natureza a limitar a capacidade ou a vontade dos Estados em redistribuir o rendimento de acordo com critérios de justiça determinados pelos seus órgãos políticos competentes. De acordo com a economia neoclássica existe em regra um *trade-off* entre eficiência e equidade. O funcionamento dos mercados permite em princípio que a economia produza o máximo de bens na quantidade desejada pelos consumidores. A intervenção do Estado, seja na forma

---

⁷⁵ Cf. Plano de Acção sobre os Auxílios Estadais, § 23.

⁷⁶ KAUPA, C. (2009). The More Economic Approach – a Reform based on Ideology? *European State Aid Law*. 3: 311-322, p. 315.

de auxílios ou sob outra qualquer, só se justifica perante aquelas situações em que o mercado falha na sua tarefa de alocar eficientemente os recursos ou para redistribuir os rendimentos de acordo com critérios de justiça por si definidos, dado que a distribuição operada no mercado apesar de presuntivamente eficiente é vista pela comunidade como injusta ou socialmente inadequada.

A teoria económica dominante chama também a atenção para o facto de que na maioria das situações existe um *trade-off* entre a eficiência e a equidade. A decisão da sociedade por uma maior igualdade tende a fazer-se a expensas de uma menor eficiência. Assim, os órgãos competentes dos Estados terão forçosamente de ter em conta o custo de eficiência suportado pela sociedade em geral quando se decide pela prossecução de objectivos de redistribuição. Contudo, a existência de um *trade-off* entre eficiência e equidade carece de uma prova empírica cabal e, além do mais, depende do contexto escolhido. Se tomarmos em conta, por exemplo, os custos económicos globais e de longo prazo da desigualdade na redistribuição do rendimento, seja os da pobreza ou da inexistência de população instruída ou da doença, será duvidoso pensar que as medidas redistributivas que visam prevenir a pobreza, a falta de educação ou a doença, não sejam eficientes⁷⁷.

A doutrina jurídica tem também olhado de soslaio para a reorientação dos auxílios a favor de objectivos de natureza horizontal proposta pela Comissão no Plano de Acção sobre os Auxílios Estatais⁷⁸. O principal argumento invocado pela Comissão assenta na ideia de que os auxílios horizontais provocam, regra geral, menores distorções na concorrência

---

⁷⁷ Ibid., pp. 316-317.

⁷⁸ MARQUES, A. (2006). *Economia da União Europeia*. Coimbra, Edições Almedina, pp. 320 e segs.

que os auxílios sectoriais. Os críticos avançam contudo com o argumento de que no sistema de controlo europeu dos auxílios compete aos Estados e não à Comissão a determinação da política de auxílios. Quer isto dizer que a Comissão deve tomar como boas as opções de política de auxílios concebidas pelos Estados, mesmo que do ponto de vista da União ou mesmo dos Estados não sejam as mais eficazes ou eficientes, desde que não ponham em causa de forma sensível o funcionamento do mercado interno. Sob este ponto de vista os auxílios devem reflectir as preferências dos Estados e não as idiosincrasias da Comissão⁷⁹.

---

⁷⁹ Ibid., pp. 320 e segs.; PORTO, M. L. and J. N. ALMEIDA (2010). “Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado.” *Concorrência e Regulação*(3): 173-207; BLAUBERGER, M. (2009). *Staatliche Beihilfen in Europa*. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften., pp. 107-11, BLAUBERGER, M. (2009). Of ‘Good’ and ‘Bad’ Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law. *West European Politics*. **32**: 719-737, BLAUBERGER, M. (2009) “From Negative to Positive Integration. European State Aid Control through Soft and Hard Law.” *MPIfG Discussion Paper 08/4*, 1-28, MARTIN, S. and C. STRASSE (2005). La politique communautaire des aides d’Etat est-elle une politique de concurrence? *Concurrences*. **3**: 52-59, p. 57. A posição do Bundeskartellamt foi igualmente muito clara ao referir claramente que a Comissão não tem poderes para avaliar o modo como os Estados gastam o seu dinheiro na concessão de auxílios. «*It is not one of the European Commission’s tasks in state aid control under Arts. 87ss. EC Treaty to supervise the right use of member states’ resources as such*» in Monopolkommission (2008). The “More Economic Approach” in European State Aid Control (Translated Version of Chapter VI of the Biennial Report 2006/2007), Disponível na web em http://www.monopolkommission.de/haupt_17/chapteriv_h17.pdf: 1-81., p. 17. No original alemão ver a p. 421, § 948 em BASEDOW, J., et al. (2008). Weniger Staat, mehr Wettbewerb – Gesundheitsmärkte und staatliche Beihilfen Monopolkommission in der Wettbewerbsordnung – 2006-2007, Monopolkommission: 403-486.

A doutrina também tomou nota do facto de a abordagem económica proposta pela Comissão no Plano de Acção apenas incidir sobre as disposições do artigo 107, n.º 3, sendo praticamente omissa quanto ao n.º 1 do mesmo artigo⁸⁰. Esta ausência pode talvez explicar-se pela intenção da Comissão de propor uma política comunitária (europeia) dos auxílios de Estado tão ampla e profunda quanto possível, na linha do que escrevemos no parágrafo anterior, sendo que uma maior análise económica do conceito de auxílio de Estado poderia paradoxalmente limitar o âmbito e a extensão da referida política. Como sabemos o n.º 1 do artigo 107 define a competência subjectiva e objectiva-material da Comissão no controlo dos auxílios. Nem todos os auxílios que os Estados concedem são objecto de controlo da Comissão. Só os auxílios que cabem no âmbito material do artigo 107.º, n.º 1 estão sujeitos ao controlo da Comissão. Uma abordagem económica aprofundada das condições de aplicação do artigo 107.º, n.º 1, implicaria uma resposta à questão central das finalidades possíveis do controlo dos auxílios (protecção da concorrência entre os Estados; protecção do mercado interno; protecção dos consumidores; protecção dos consumidores e dos produtores; protecção dos consumidores, dos produtores e dos contribuintes; eficiência alocativa e/ou, eficiência distributiva, dos Estados ou da União; etc.), o que poderia por em causa a intenção, por nós presumida, da Comissão

---

⁸⁰ Se exceptuarmos a referência feita no § 19, onde se pode ler que «[Para] cumprir as obrigações que lhe são impostas pelo Tratado, a Comissão recorre a análises económicas e jurídicas, nalguns casos para determinar quando uma medida constitui um auxílio estatal (por exemplo, a aplicação do princípio do investidor numa economia de mercado ou a avaliação da justificação de certas medidas em função da natureza ou da configuração geral do sistema fiscal) e, *nomeadamente*, para determinar se um auxílio estatal pode ser declarado compatível com o Tratado». [Sublinhado nosso] Cf. Plano de Acção sobre os auxílios Estatais, § 19.

em determinar o conteúdo material de uma putativa política europeia de auxílios de Estado⁸¹.

3. Conclusão

O controlo dos auxílios de Estado tem muito a beneficiar com o recurso à análise económica. A ciência económica pode tornar mais transparente, mais efectivo e mais eficiente o controlo dos auxílios. Contudo é absolutamente necessário delimitar o campo de actuação da ciência económica. Cabe ao direito e à política impedir que o senhor não se torne no escravo. A utilização dos ensinamentos da ciência económica deve estar subordinada e condicionada à arquitectura institucional e normativa do controlo dos auxílios de Estado. Neste ponto avulta sobremaneira a definição dos fins do controlo dos auxílios e das competências subjectiva e objectiva para o seu exercício. Cabe em última instância na competência política dos Estados definir os fins do controlo (controlar para quê?), determinar a competência subjectiva para o seu exercício (Comissão?, Conselho?, autoridades nacionais?, tribunais?) e ainda o que se controla (que conceito de auxílio de Estado?).

O Plano de Acção sobre os auxílios estatais constitui um passo valioso no sentido de uma maior aplicação da ciência económica no controlo dos auxílios estatais. Contudo, a «more economic approach» presente no Plano de Acção reflecte apenas as propostas da corrente económica neo-clássica. Esta opção consubstancia uma agenda política da

---

⁸¹ Cf. CHÉROT, J.-I. (2007). Le «plan d'action» de la Commission dans le domaine des aides d'Etat – Progrès et limites de l'analyse économique dans le contrôle communautaire des aides d'État. *AJDA*: 2412-2419, pp. 2413 e segs.

Comissão escondida no véu da racionalidade económica proposta, que em larga medida ultrapassa os limites materiais e de competência plasmados na normativa existente no TFUE sobre os auxílios de Estado. Neste particular, a proposta de uma «more economic approach» no domínio dos auxílios mais não é do que uma tentativa de aplicação do programa económico neo-clássico apesar ou mesmo contra as preferências reveladas pelos Estados no tocante à política de auxílios.

(Página deixada propositadamente em branco)

BIBLIOGRAFIA CITADA

- AHLBORN, C. and C. BERG (2003). Can State Aid Control Learn from Antitrust? The Need for a Greater Role for Competition Analysis under the State Aid Rules. *The Law of State Aid in the European Union*: 41-65.
- ALISON JONES, B. S., Brenda SMITH (2006). *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press.
- ALMEIDA, J. N. (2002). As Isenções Categorias no Domínio das Ajudas de Estado. *Boletim de Ciências Económicas*. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- BASEDOW, J., J. ALDAG, et al. (2008). Weniger Staat, mehr Wettbewerb – Gesundheitsmärkte und staatliche Beihilfen Monopolkommission in der Wettbewerbsordnung – 2006-2007, Monopolkommission: 403-486.
- BESLEY, T. and P. SEABRIGHT (2000). European State Aid Policy. An Economic Analysis. *Competition Policy Analysis*. London: 200-238.
- BLAUBERGER, M. (2009) “From Negative to Positive Integration. European State Aid Control through Soft and Hard Law.” *MPIfG Discussion Paper 08/4*, 1-28.
- BLAUBERGER, M. (2009). Of ‘Good’ and ‘Bad’ Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law. *West European Politics*. **32**: 719-737.
- BLAUBERGER, M. (2009). *Staatliche Beihilfen in Europa*. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- BONICHOT, J.-C. (2008). “La jurisprudence de la CJCE en matière d’aides d’Etat.” *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*(3): 12-17.
- BUENDIA SIERRA, J. L. and B. SMULDERS (2008). Chapter 1 The Limited Role of the “Refined Economic Approach” in Achieving the Objectives of State Aid Control: Time for Some Realism. *EC State Aid Law/Le Droit des Aides d’Etat dans la CE – Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*.
- A. SUTTON, Kluwer Law International: 1-26.
- CHÉROT, J.-I. (2007). Le «plan d’action» de la Commission dans le domaine des aides d’Etat – Progrès et limites de l’analyse économique dans le contrôle communautaire des aides d’Etat. *AJDA*: 2412-2419.

- CHÉROT, J.-I. (2008). “Les liens entre nouvelle approche économique et contrôle des aides d’Etat du point de vue du juriste.” *Concurrences – Revue des droits de la concurrence*(3): 18-22.
- DERENNE, J. and M. MEROLA (2007). Preface. *Economic Analysis of State Aid Rules – Contributions and Limits –*: XI-XII.
- DONY, M. (2007). *Contrôle des Aides d’État*. Bruxelles Editions de l’Université de Bruxelles.
- FRIEDERISZICK, H. W. (2008). Der “Refined Economic Approach” in der Beihilfenkontrolle. Innen- und Aussenansichten. *Der “more economic approach” in der Beihilfenkontrolle*. Berlin, Duncker & Humboldt.
- FRIEDERISZICK, H. W., L.-H. Röller, et al. (2005). European State Aid Control: an economic framework. *Advances in the Economics of Competition Law*, www.crai.com/Agenda/Roller-state.pdf.
- Friederiszick, H. W., L.-H. Röller, et al. (2007). EC State Aid Control: an Economic Perspective. *The EC State Aid Regime: Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*. London, Cameron May: 145-182.
- IMMENG and MESTMÄCKER (2007). Einleitung. *EG-Wettbewerbsrecht*. München.
- JAEGER, T. (2008). Systemfragen des More Economic Approach im Beihilferecht. *Wirtschaft und Wettbewerb*. **10**: 1064-1077.
- Kaupa, C. (2009). The More Economic Approach – a Reform based on Ideology? *European State Aid Law*. **3**: 311-322.
- KROES, N. “Two years into the SAAP-State of Play and Prospects, Speech/ 07/ 316, 2007, European State Aid Law Institute Conference.” <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/316&format=HTML&aged=1&language>.
- LIANOS, I. (2007). *La Transformation du droit de la concurrence par le recours à l’analyse économique*. Bruxelles Bruylant.
- MARQUES, A. (2006). *Economia da União Europeia*. Coimbra, Edições Almedina.
- MARQUES, M. M. L. (2002). *Um curso de direito da concorrência*. Coimbra, Coimbra Editora.
- MARTIN, S. and C. STRASSE (2005). La politique communautaire des aides d’Etat est-elle une politique de concurrence? *Concurrences*. **3**: 52-59.
- MONOPOLKOMMISSION (2008). The “More Economic Approach” in European State Aid Control (Translated Version of Chapter VI of the Biennial Report 2006/2007), Disponível na web em http://www.monopolkommission.de/haupt_17/chapteriv_h17.pdf. 1-81.

- PORTO, M. L. and J. N. ALMEIDA (2010). “Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido e a legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado.” *Concorrência e Regulação*(3): 173-207.
- REITER, A. (2009). *The Refined Economic Approach In The State Aid Action Plan – The balancing test*. Master of European Studies, College of Europe.
- RÖLLER, L.-H. Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe. *European Policy Perspectives*: 11-24.
- RÖLLER, L.-H. and H. W. FRIEDERISZICK (2007). *Ökonomische Analyse in der EU Wettbewerbspolitik. Ein erstes Résumé. Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, Dreizehntes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum, Hebing und Lichtentenhahn.
- SCHMIDT, I. and A. SCHMIDT (2006). *Europäische Wettbewerbspolitik und Beihilfenkontrolle*. München, Verlag Franz Vahlen.
- SCHWALBE, U. (2008). Der “more economic approach” in der Beihilfenkontrolle. *Der “more economic approach” in der Beihilfenkontrolle*. Berlin, Duncker & Humboldt: 11-37.
- SIBONY, A. L. (2008). *Le Juge et le Raisonnement Économique en Droit de la Concurrence*. Paris, L.G.D.J.
- STAIGER, B. (2009). *Die Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Europäischen Union*. Hamburg, Verlag Dr. Kovac.
- THIELEMANN, E. R. (1999). Institutional limits of a ‘Europe with the Regions’: EC state-aid control meets German federalism. *Journal of European Public Policy*. **6**: 399-418.
- VICKERS, J. (2007). Competition Law And Economics: A Mid-Atlantic Viewpoint. *European Competition Journal*. **3**: 1-15.
- WOLFER, M. (2008). *Die vertikale Kompetenzordnung im EG-Beihilfenaufsicht*. Hamburg, Verlag Dr. Kovac.
- ZEITZ, J. (2005). *Der Begriff der Beihilfe im Sinne des Artikels 87 Abs. 1 EG*. Berlin, Lgos Verlag Berlin.

João Nogueira de Almeida
Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra