A INCONGRUÊNCIA JUDICATIVA DE UMA DELIBERAÇÃO POSITIVA DE COMPATIBILIDADE DE UM AUXÍLIO DE ESTADO NÃO NOTIFICADO

Ricardo Quintas[*]

Abstract: *The author briefly analyses the concept of State aid within the meaning of the TFEU. A national judge might have doubts whether a particular measure actually constitutes State aid or not, and may ask the European Commission to intervene as amicus curiae. In this work, the author deals with problems raised by a positive assessment of compatibility of an aid measure with the common market, although either no notification at all has been made, or the measure has been implemented before obtaining the Commission's approval. What if there is an ongoing national court proceeding during the outcome of a positive Commission's compatibility assessment? Should the court order full recovery of the unlawful aid or seek a halfway solution?*

Sumário: 1. Introdução. 2. Indagação conceptual de auxílios de Estado. 3. O fim do dogma do juiz meramente nacional. 3.1. As faculdades do juiz nacional. 3.2. A impossibilidade lógica de o juiz se pronunciar sobre a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno. 3.3. A participação processual da Comissão Europeia como *amicus curiae*. 3.4. Reenvio prejudicial. 4. A decisão superveniente da Comissão no sentido da compatibilidade de um auxílio sem prévia notificação. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O estudo que nos propomos empreender neste trabalho de investigação prende-se, na sua essência problematizante, com a figura do juiz nacional no contencioso dos auxílios de Estado.

---

* Este estudo foi realizado no âmbito da Disciplina de Economia Política, inserida no Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, tendo a regência da disciplina estado a cargo do Senhor Professor Doutor João José Nogueira de Almeida, a quem estamos penhoradamente agradecidos pelos ensinamentos transmitidos, dedicação e amizade. Por opção do autor, este artigo não segue o Novo Acordo Ortográfico.

Num primeiro momento, faremos um breve excurso pelo conceito de auxílio de Estado na discursividade jurídico-comunitária, estabelecendo de imediato ligação às funções atribuídas pela ordem jurídica da União Europeia aos juízes nacionais dos Estados-Membros. Idealizámos, também, como finalidade deste estudo o discorrimento sobre mecanismos próprios do direito da União Europeia, à disposição do julgador, como o recurso à Comissão Europeia, na qualidade de *amicus curiae*, ou o reenvio prejudicial, como espaço vocacionado ao diálogo entre jurisdições.

Por fim, trataremos a problemática suscitada por uma decisão de compatibilidade de um auxílio com o mercado interno, embora não tenha sido notificado à Comissão Europeia. E se decorre um processo nos tribunais nacionais no momento da emissão daquela deliberação? Qual deve ser a atitude do juiz? Exigir o reembolso integral do auxílio em virtude da omissão de notificação prévia ou procurar alcançar uma solução intermédia? São estas questões com que também nos comprometemos, embora estejamos votados a um perfunctório e provisório ponto de chegada.

2. INDAGAÇÃO CONCEPTUAL DE AUXÍLIOS DE ESTADO

Uma aproximação a um conceito nunca pode ser concretizada perfunctoriamente, exigindo, o mais das vezes, a incursão por caminho tenebrosos, mas dúcteis. A temática dos auxílios de Estado encerra em si compreensões multíplices, correlacionando-se inevitavelmente com áreas tão distintas como a economia política ou o direito da concorrência. As ajudas estatais, com algum grau de certeza afirmamos, têm tanta antiguidade quanto a existência do Estado[1]. Naturalmente, não poderia ser precursor, não são um *prius* do Estado, antes um *posterius*. E, no nosso entender, compatíveis com qualquer uma das formas de governo aristotélicas[2], pelo que se espraiaram ao longo de diversos momentos históricos, consoante a vontade política de conceder vantagens a particulares,

1 Apelando a um conceito de ajudas públicas em sentido amplo, que já existiriam em civilizações arcaicas, e que poderiam assumir as mais vastas formas, como a aprovação de normas jurídicas determinadas, a construção de infra-estruturas ou mecanismos de protecção a indivíduos que habitassem em determinadas áreas de um dado território, cfr. Campos, 2013: 214.

2 Tanto nas formas de governo sãs, porque buscam o interesse geral, entre elas a monarquia, aristocracia e *politeia*, como nas concepções degeneradas de governação, porque buscam o interesse exclusivo dos grupos que detêm o poder, entre estas a tirania, oligarquia e democracia (aristotélica), é possível conceber os auxílios de Estado como mecanismos de alcançar os seus fins. Não há incompatibilidade natural, nem sequer com a tirania, julgamos, porque pode haver interesses egoísticos que se harmonizem com este instrumento. Sobre o problema das formas de governo em Aristóteles, v. Freitas do Amaral, 2011: 677-693.

num quadro geral de um determinado programa estadual, com vista à prossecução de certos fins[3-4]. O tema redimensionou-se, inegavelmente, no seio do direito da União Europeia, prevendo-se no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, num capítulo dedicado às regras de concorrência (artigos 101.º a 109.º), normas relativas aos auxílios de Estado (artigos 107.º a 109.º). Não é despiciendo reafirmar que a União Europeia é a única organização económica internacional a submeter os seus membros a um controlo exigente das ajudas públicas às empresas[5].

O conceito de auxílio de Estado à luz do sistema jurídico-comunitário tem um invólucro mais restrito que uma ajuda de Estado em sentido amplo. O que queremos significar é que nem todos os programas de incentivo económico por parte do Estado irão mobilizar o complexo normativo do art. 107.º TFUE[6]. Assim, apenas serão consideradas ajudas de Estado as medidas que sejam tomadas pelos poderes públicos e que reúnam cumulativamente cinco pressupostos, a ver: (i) a transferência de recursos do Estado, seja positiva ou negativamente, através de subvenções directas a particulares ou renunciando a uma receita; (ii) a concessão de uma vantagem económica, beneficiando, pelo menos, um concreto particular; (iii) o carácter selectivo, afastando-se, assim, as medidas gerais, que não sejam dirigidas especificamente a um operador económico; (iv) a distorção da concorrência, bastando a mera ameaça de perturbação da concorrência; (v) e a mera probabilidade de afectação do comércio entre os Estados-Membros[7]. Só preenchendo este conjunto de características, estaremos perante um auxílio de Estado na verdadeira acepção que o Tratado lhe consigna[8].

---

3 Sobre afloramentos de auxílios de Estado na Idade Média e a correlação daqueles com o mercantilismo, v. Nogueira de Almeida, 2012b: 67-71.

4 Os auxílios de Estado enquanto formas de intervenção do Estado na actividade económica são inevitavelmente meios de atingir várias finalidades. Falamos dos fins de correcção de uma deficiente afectação de recursos, do fim de estabilização, ao asseverar a procura do pleno emprego de recursos, e do fim de redistribuição do rendimento, corrigindo a distribuição proporcionada pelo mercado, assim como os objectivos de alcançar maiores níveis de equidade e eficiência. Sobre este problema, v. Nogueira de Almeida, 2012b: 61-66.

5 Assim relembram Nogueira de Almeida, 2012a: 30; e Hancher & Salerno, 2014: 187.

6 Doravante, os artigos sem indicação contrária pertencerão ao TFUE.

7 Sobre os requisitos da previsão normativa do art. 107.º, remetemos para Nogueira de Almeida, 2012a: 30-31; Nogueira de Almeida, 2011: 232-233, Ebner & Gambaro, 2015: 23-61.

8 Noção que carece de clareza, e que se ancora em critérios "elásticos", v. Jouve, 2013: 17.

O art. 107.º, n.º 1, estabelece uma proibição de princípio dos auxílios, ao passo que o n.º 2 considera certas categorias de ajudas como compatíveis com o mercado interno. O n.º 3 prevê espécies de auxílios que podem vir a ser considerados compatíveis.

Indissociável de tudo o que vem a ser afirmado é que a Comissão e os tribunais nacionais assumem um activo protagonismo no controlo da concessão de auxílios de Estado. Desempenham "papéis complementares e distintos"[9], investindo-se as jurisdições nacionais do "dever de proteger os direitos dos particulares lesados pela concessão de uma ajuda ilegal, e do poder de sancionar a violação do direito comunitário pelos Estados-Membros"[10]. Centremo-nos nos tribunais nacionais.

3. O FIM DO DOGMA DO JUIZ MERAMENTE NACIONAL

É indesmentível que o juiz nacional tem vindo a ser incumbido de múltiplas tarefas, com a progressiva e imparável integração europeia. Radica-se no Acórdão *Van Gend en Loos*[11] a atribuição ao juiz nacional de prerrogativas, com vista a garantir a consistência e eficácia interna do Direito Comunitário.

Acompanhamos Monica Claes, quando evidencia que se tornou "um truísmo afirmar que cada tribunal nacional na Comunidade Europeia é agora um tribunal de direito comunitário"[12] desde *Van Gend en Loos*. Ou seja, neste Acórdão firmou-se a criação de uma nova ordem jurídica, e que os tribunais nacionais não estão apenas incumbidos de aplicar o direito nacional, mas também de garantir o direito daquela nova ordem jurídica. Mais. O juiz nacional pode e deve apreciar a compatibilidade das normas legais nacionais com o direito da União Europeia, e em virtude do primado deste Direito, deve afastar aquelas quando concluir pela inconciliabilidade insuperável. Ainda mais. Não deve o juiz nacional sonegar o efeito directo reconhecido a normas do Direito da União, caracterizado por criar direitos nas esferas jurídicas de particulares, por permitir a invocação dessas regras jurídicas em litígios nacionais, e por obrigar os tribunais dos Estados-Membros a apreciar e a adjudicar a pretensão daqueles, pelo reconhecido interesse em agir[13].

---

9 *Ibidem*, pp. 24-25.

10 *Idem*.

11 Para mais desenvolvimentos, v. Piçarra, 2013: 101-121.

12 Claes, 2006: 3.

13 Sobre o significado de efeito directo, a criação de direitos para particulares, a possibilidade de invocação num processo, e a *"justiciability"*, v. Claes, 2006: 75-84.

É este horizonte com que o juiz nacional é confrontado, quando lhe é requerida tutela jurisdicional num processo relativo a auxílios estatais.

3.1. Faculdades do juiz nacional

Em abstracto, os poderes do juiz nacional num dado concreto litígio que verse sobre auxílios de Estado são vastíssimos. Naturalmente, focar-nos-emos nas prerrogativas especialmente pertinentes em processos desta natureza, e não faremos, por certo, uma detida reflexão sobre determinados poderes, como o do inquisitório ou o da gestão processual, transversais a qualquer tipo de acção.

Assim, e na esteira da síntese pragmática de Gorjão-Henriques, aos tribunais nacionais cabe:

"(i) Apreciar se uma dada medida constitui um auxílio público;
(ii) Verificar se as obrigações de notificação prévia e *standstill* foram cumpridas pelo Estado membro;
(iii) Impedir a execução do auxílio público ilegal;
(iv) Ordenar a imediata recuperação do auxílio e dos correspondentes juros relativos ao período de duração da ilegalidade;
(v) Conceder indemnizações por perdas e danos aos concorrentes e outras partes interessadas; e
(vi) Adoptar medidas cautelares"[14].

Nesta sinopse, encontram-se condensadas, em traços gerais, as funções principais que se têm vindo a reconhecer aos tribunais nacionais, tanto por via jurisprudencial como normativa, num litígio que contenda com a matéria dos auxílios de Estado.

Na verdade, tanto a jurisprudência nacional como a comunitária têm vindo a firmar que o juiz pode, atendendo às circunstâncias do caso concreto, analisar a medida que se lhe apresenta, e apreciar se esta se subsume à hipótese normativa do art. 107.º, n.º 1. Assim, o juiz pode verificar se se reúnem os cinco requisitos, já aflorados anteriormente, para que uma medida possa ser considerada auxílio de Estado. No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 23 de Abril de 2013[15], relatado pela Juíza Conselheira Fernanda Maçãs, confirma-se esta orientação inegavelmente consensual, "Decorre da Jurisprudência do Tribunal

14 Gorjão-Henriques, 2014: 711-712.

15 Processo 029/13.

de Justiça que um órgão jurisdicional nacional pode ser conduzido a interpretar e a aplicar a noção de auxílio do artigo 92.º do Tratado (actual art. 107.º do TFUE) com vista a avaliar da legalidade de uma medida estatal instaurada sem ter em conta o processo de controlo prévio do art. 108º, n.º 3, do TFUE".

Verificada a existência de uma medida que configura um auxílio de Estado para efeitos do direito da União Europeia, qual deve ser a preocupação do julgador? Por princípio, considerando-se a medida em concreto como ajuda estatal, nos termos do art. 107.º, n.º 1, o Estado deverá ter sido obrigado a notificar previamente a Comissão Europeia do projecto dessa concessão, e a não violar a proibição do art. 108.º, n.º 3[16], de não lhe dar execução sem o parecer positivo daquela instituição europeia. O juiz nacional fará um controlo, portanto, do cumprimento do dever de notificação prévia por parte do Estado. Verificará ainda a existência ou não de execução prematura do auxílio, bem como terá de ordenar a recuperação de ajudas ilegalmente concedidas[17].

Excepcionalmente, existem casos de auxílios de Estado que dispensam a obrigação de notificação prévia, plasmada no já referido art. 108.º, n.º 3. Assim, o magistrado deve indagar se a medida do caso concreto não configura uma das hipóteses em que o direito da União Europeia desonera os Estados daquele pesado encargo. A ver:

a) Regulamento (CE) n.º 994/98[18], na redacção resultante do Regulamento (UE) n.º 773/2013 do Conselho, de 22.7.2013, relativo a auxílios públicos horizontais;
b) Regulamento (UE) n.º 1407/2013, relativo aos auxílios *de minimis*;
c) Regulamento (UE) n.º 651/2014 da Comissão, de 16 de Junho de 2014, (Regulamento Geral de Isenção por Categoria).

16 A violação da proibição constante da última frase do art. 108.º, n.º 3, "O Estado-membro em causa não pode pôr em execução as medidas projectadas antes de tal procedimento ter sido objecto de uma decisão final." deve ser atendida pelos órgãos jurisdicionais nacionais, visto que o TJUE a considerou directamente aplicável, cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de Julho de 1964, *Costa c. ENEL*, processo 6/64, Colectânea de Jurisprudência 1964, p. 558, confirmado pelo Acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de Dezembro de 1973, *Lorenz*, processo 120/73, Colectânea de Jurisprudência 1973, p. I-1473.

17 Nos termos da jurisprudência comunitária, cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de Novembro de 1990, *Saumon*, processo C-354/90, Colectânea de Jurisprudência 1991, p. I- 5528.

18 A importância prática e simplificadora introduzida pelo princípio da isenção categorial, diminuindo o trabalho burocrático e administrativo da Comissão, conferindo segurança jurídica aos Estados empresas, e "aumentando a eficácia da política de concorrência", v. Nogueira de Almeida, 2002: 358.

Deve, por isso, o juiz procurar saber se a ajuda estatal se subsume a uma das hipóteses normativas daqueles regulamentos[19-20], para, naturalmente, compreender se havia obrigação do Estado em notificar com antecedência a Comissão Europeia, e mobilizar o art. 108.º, n.º 3, em consequência do seu reconhecido efeito directo.

3.2. A impossibilidade lógica de o juiz se pronunciar sobre a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno

Se às jurisdições nacionais cabe, como já foi cabalmente demonstrado, a salvaguarda dos direitos que os particulares retiram da proibição do n.º 3 do art. 108.º, já não lhes caberá fazer um juízo de compatibilidade da ajuda estatal projectada com o mercado interno da União Europeia[21]. É da competência exclusiva da Comissão a verificação da conformidade, quanto ao fundo ou ao mérito, das ajudas públicas com o mercado interno (Processos *Transalpine Ölleitung in Österreich* e *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires* e Outros/França)[22]. E tal estará em conformidade com uma das

19 Assim, alertando para a competência dos tribunais nacionais para se pronunciar "sobre a eventual validade dos auxílios atribuídos com base numa isenção categorial, aplicando o Regulamento n.º 994/98 e os seus regulamentos de aplicação", v. Nogueira de Almeida, 2014: 84. Fazendo também referência a esta verdadeira operação de subsunção nas hipóteses normativas dos regulamentos pelos quais certos auxílios são considerados compatíveis com o mercado interno, cfr. Tedoldi, 2015: 262.

20 Relativamente ao Regulamento (UE) n.º 1407/2013, que versa sobre os auxílios *de minimis*, aqueles que são concedidos a uma empresa única durante um dado período e que não excedam um certo montante fixo (actualmente 200.000€ durante um período de 3 anos) não preenchem todos os critérios estabelecidos no artigo 107.º, n.º 1, pelo que não estão naturalmente sujeitos ao procedimento de notificação. Poder-se-ia, assim, infirmar a metodologia que aqui defendemos, que passa por uma avaliação do juiz, em primeira linha, da existência ou não de um auxílio nos termos daquele artigo, e depois, sim, verificar se recai nas hipóteses daqueles regulamentos. Poder-se-á dizer que tal não fará sentido, pois, na hipótese de ser um auxílio *de minimis*, tal quererá dizer que não é um auxílio nos termos do art. 107.º, n.º 1, como estatui a Comissão no ponto 1 deste Regulamento. Se assim o é, qual o sentido de o juiz começar por avaliar se está perante um auxílio de Estado nos termos do art. 107.º, n.º1, e se estiver, só depois confirmar se está perante uma das previsões dos Regulamentos referidos? Insistimos. Desta forma, daquela primeira apreciação, relativa à existência de um auxílio para aquele artigo do TFUE, poderá haver um despiste mais seguro. Se uma medida não é notoriamente selectiva, por ser uma medida geral, ou se não se vislumbra a transferência de recursos estatais, para quê procurar se recai numa das previsões normativas daqueles regulamentos? O art. 107.º, n.º 1, deve ser o primeiro crivo do julgador. Afirmando que as etapas de controlo são "*mêlées*" e "*enchevêtrées*", não obedecendo necessariamente a uma ordem precisa e metódica, cfr. Jouve, 2013: 47.

21 Sobre isto, v. Gomes, 1995: 55. E por ausência de efeito directo do art. 107.º, como assinala Jouve, 2013: 25.

22 Ebner & Gambaro, 2015, 65; e Tedoldi, 2015: 262; e resultado também da jurisprudência constante do TJUE, cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de Outubro de 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich*, Processo C-368/04, Colectânea de Jurisprudência 2006, p. I-9957, n.º 39 e Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de Novembro de 1990, *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires* e Outros/França, Processo C-354/90, Colectânea de Jurisprudência 1991, p. I-5505, n.º 10.

finalidades consignadas pelo TUE à Comissão, no seu art. 17.º. Esta é a guardiã do cumprimento dos Tratados, pelo que será também supervisora dos auxílios de Estado concedidos pelos Estados-Membros. Mais. A leitura conjunta dos artigos 107.º, n.º 2 e n.º 3, e 108.º, n.º 1 e n.º 3, a este propósito, dissipa qualquer dúvida. Do Tratado resulta que cabe somente à Comissão ponderar a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno, nunca se podendo inferir que caberá às instâncias jurisdicionais esse juízo.

Se a apreciação que a Comissão faz ao abrigo do art. 107.º, n.º 2, é limitada[23], isto é, verificados os pressupostos fácticos da norma, aquela estará obrigada a declarar a compatibilidade da ajuda, no que respeita ao n.º 3 do mesmo artigo, terá margem de liberdade de actuação. Ou seja, o poder atribuído pelo n.º 2 é vinculado, enquanto no n.º 3 estamos perante um verdadeiro poder discricionário. Pode concluir-se, assim, que é a Comissão que deve definir e pôr em prática a orientação da política concorrencial da União Europeia[24].

3.3. A participação processual da Comissão Europeia como *amicus curiae*

O julgador poderá ter dúvidas em diversos momentos processuais. Será naturalmente ainda mais legítimo, estando em causa um conceito que deriva do direito comunitário, envolvendo consequentemente maiores operações de hermenêutica, com fim de interpretar o direito nacional à luz do direito da União Europeia, compatibilizar aquele com este. O problema adensar-se-á ainda mais se se reconhecer que subsumir uma medida ao conceito de auxílio de Estado é uma tarefa cada vez mais complexa, exigindo conhecimentos de áreas económicas. Com esta afirmação, não queremos negar o carácter eminentemente jurídico do conceito de auxílio de Estado[25], mas sim sensibilizar para a urgência de munir os órgãos jurisdicionais comunitários com esses mesmos conhecimentos, para "poderem compreender com sentido crítico o alcance e a coerência interna dos raciocínios económicos"[26]. Ora, a Comissão tem vindo a preocupar-se em auxiliar os tribunais nacionais, tendo publicado diversas

23 Ajudas compatíveis *ipso iure* com o mercado comum, embora tal não dispense a notificação prévia à Comissão, cfr. Nogueira de Almeida, 1997: 31; Gorjão-Henriques, 2014: 706.

24 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 28 de Fevereiro de 1991, *Delimitis*, processo C-234/89, Colectânea de Jurisprudência 1991. p. I-935, n.° 44.

25 E não um conceito económico, v. Nogueira de Almeida, 2014: 74.

26 Nogueira de Almeida, 2011: 227. Para uma melhor compreensão do recurso à análise económica, no domínio dos auxílios de Estado, e a necessidade de uma correlação efectiva e dialógica entre os julgadores e os portadores da ciência económica, v. o mesmo artigo, especialmente pp. 223-230.

comunicações, com intuito de estabelecer linhas orientadoras e diminuir o encargo dos órgãos jurisdicionais nacionais. Assim o fez, sem pretendermos uma indagação exaustiva, relativamente às circunstâncias em que as garantias estatais devem ser consideradas auxílios de Estado[27], ao tratamento que deve ser dado às vendas de terrenos públicos[28], ou ainda à fiscalidade directa das empresas[29]. E mais significativamente o fez, na Comunicação de 9 de Abril de 2009, relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais[30], onde se esclareceu peremptoriamente a ideia de que os tribunais nacionais podem recorrer à Comissão para que esta os esclareça, num determinado procedimento relativo aos auxílios de Estado. Tal poderá ocorrer na qualificação e recondução da medida ao conceito de auxílio de Estado, por vezes tarefa árdua e complexa, ou ainda quando o julgador nacional se veja confrontado com dúvidas quanto à existência ou não do dever de notificação prévia, ou seja, saber se aquele auxílio recai numa das hipóteses normativas dos regulamentos que isentam os Estados daquela obrigação. Estas ideias são confirmadas pela Comissão, ao longo daquela comunicação, afirmando que "em caso de dúvida sobre a qualificação como auxílio estatal, os tribunais nacionais poderão solicitar um parecer à Comissão, conforme indicado na secção 3 da presente comunicação…"[31], e que "o tribunal nacional pode pedir um parecer à Comissão ao abrigo da secção 3 da presente comunicação, caso tenha dúvidas relativamente à aplicabilidade de um Regulamento de isenção por categoria ou de um regime de auxílios existente ou aprovado"[32], consolidando-se a ideia de que o contencioso dos auxílios de Estado deve ser um espaço jurisdicional dialógico e de constante intercomunicação de mundividências das instituições comunitárias com o juízo pragmático-prudencial do julgador nacional. É deste *ir e vir* da Comissão ao processo nacional, que resultará uma melhor e mais apurada qualificação jurídica dos factos por parte do magistrado, salvaguardando-se sempre o princípio *iura novit curia*, só o juiz conhece o Direito, pois não está sujeito às considerações ou qualificações jurídicas de outrem. Mas pode

27 Comissão Europeia, 2008: 10.

28 Comissão Europeia, 1997: 3.

29 Comissão Europeia, 1998: 3.

30 Comunicação 2009/C 85/01.

31 Comissão Europeia, 2009: 3-4, ponto 13.

32 *Ibidem*: 5, ponto 18.

auxiliá-lo nessa tarefa, que pode configurar-se titânica, como se de um Atlas a segurar os céus se tratasse, se atendermos à complexidade normativa e técnica das matérias. É, assim, necessária uma dialéctica correlação entre tribunal nacional e Comissão, para alcançar a *justeza material da decisão*[33]. E esta virá ao processo como um verdadeiro *amicus curiae*, um participante processual que se caracteriza muito sucintamente por: (i) a sua entrada no processo dar-se apenas por autorização do tribunal nacional[34] (ii) ser uma figura processual neutral e imparcial relativamente às partes e à lide[35] (iii) ser um participante processual, desinvestido de poderes de conformação da tramitação do processo[36]. Dúvidas não parecem restar que esta colaboração entre Comissão e tribunais nacionais se funda num princípio positivado no art. 13.º, n.º 2, do TUE, o princípio da cooperação leal, que vincula os Estados-Membros e Instituições Europeias a adoptar comportamentos recíprocos com intuito de garantir a eficácia do Direito da União[37]. A assistência prestada pela Comissão aos magistrados nacionais radica, assim, naquele princípio e tem como consequência lógica a emergência de diversas obrigações na esfera jurídica daquela. Neste domínio, a Comissão deve transmitir informações sobre processos relativos a medidas de auxílios de Estado pendentes, ou esclarecer se uma medida foi devidamente notificada, de acordo com o art. 108.º, n.º 3, assim como se está a decorrer uma investigação formal, e se está iminente uma decisão. Bem como deve transmitir aos tribunais cópias de decisões que tenha adoptado e que não tenham sido ainda publicadas, estatísticas, estudos de mercado e análises económicas,

33 Expressão muito conveniente e oportuna de Bronze (1994: 363).

34 A propósito dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, ou seja, relativos à interdição de cartéis e interdição do abuso de posição dominante, a Comissão arroga-se do poder de submeter apreciações por escrito aos tribunais nacionais, quando contribuam para assegurar a aplicação coerente daqueles artigos. No entanto, carecem de autorização do juiz para fazer alegações orais, tal resulta do art. 15.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002. Quanto à classificação da participação processual da Comissão Europeia como *amicus curiae*, v. Kochevar, 2013: 1653.

35 Como bem realçou a Comissão, ainda na mesma Comunicação, 2009/C 85/01, no ponto 80, "uma vez que a assistência que presta aos tribunais nacionais faz parte do seu dever de defesa do interesse público, a Comissão não tem intenção de defender os interesses privados das partes no processo que corre no tribunal nacional. Assim, a Comissão não ouvirá nenhuma das partes no processo que corre no tribunal nacional relativamente à assistência que presta a esse órgão jurisdicional".

36 Não pode, a nosso ver, alegar novos factos para além daqueles deduzidos pelas partes, nem alargar a base instrutória, nem requerer meios de prova, muito menos recorrer da decisão. Será apenas um auxiliar do juiz, afastado da concreta conflitualidade existente entre as partes, abstraído objectivamente destes, que responderá às questões daquele, e contribuir para uma aperfeiçoada realização do direito em concreto.

37 Sobre o princípio da cooperação leal, cfr. Mota de Campos & Mota de Campos, 2010: 276-277.

ou seja, aproximar o julgador da discursividade jurídico-económica, que deve envolver o regime dos auxílios de Estado, para uma efectiva «*more economic approach*».

Todavia, a participação da Comissão nestes processos pode também dar-se de uma outra forma, através da emissão de pareceres, em resposta a dúvidas colocadas pelo juiz nacional. No nosso entendimento, um verdadeiro sucedâneo funcional do reenvio prejudicial, previsto no art. 267.º, embora em âmbitos diferentes, o que iremos comprovar de seguida. Vejamos, a Comissão responderá a questões suscitadas pelo magistrado nacional, o mais das vezes incertezas sobre:

(i) Se determinada medida pode ser qualificada como auxílio de Estado;
(ii) Se cumpre requisitos de um regulamento de isenção por categoria;
(iii) Se existem circunstâncias excepcionais, que impeçam o tribunal nacional de ordenar a recuperação integral do auxílio[38];
(iv) E caso se deva proceder à recuperação de juros, assistência quanto ao seu cálculo[39].

As informações solicitadas serão entregues no prazo de quatro meses a partir da data do pedido, e importa, agora, firmar que, ao emitir o seu parecer, "a Comissão limitar-se-á a fornecer aos tribunais nacionais as informações factuais ou os esclarecimentos de natureza económica ou jurídica solicitados, sem analisar, quanto ao mérito, o processo instaurado no tribunal nacional"[40]. O parecer da Comissão não vincula juridicamente o tribunal nacional, ao contrário da interpretação do direito da União Europeia pelos tribunais comunitários, ou seja, a Comissão participa na qualidade de *amicus curiae*[41]. Tal parecer não contende com a possibilidade de o tribunal nacional formular questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça da União Europeia, doravante TJUE.

38 Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça, 11 de Julho de 1996, *SFEI,* processo C-39/94, Colectânea de Jurisprudência 1996, p. I-3547, onde se alude a circunstâncias excepcionais, que tornam inadequada a restituição.

39 Comissão Europeia, 2009: 20, ponto 91.

40 Comissão Europeia, 2009: 20, especialmente ponto 93.

41 No mesmo sentido, de que a Comissão pode intervir em processos nacionais através do mecanismo do *amicus curiae*, com intuito de ajudar o julgador na realização do Direito em concreto v. Jouve, 2013: 600.

3.4. Reenvio prejudicial

No art. 267.º, prevê-se uma soberana e imponente marca do direito comunitário europeu, o reenvio prejudicial. É um autêntico mecanismo de cooperação entre os tribunais nacionais e o TJUE. A eficácia do direito da União Europeia sedimenta-se na actuação do juiz nacional, é este quem decide se vota a ordem jurídica europeia a um marcescente estado complexo ou a um uniforme e coerente ordenamento[42].

Assim, se o juiz nacional estiver hesitante quanto à correcta interpretação de direito da União Europeia relativo às ajudas estatais, pode esclarecer-se pela via do art. 267.º, em virtude de estarem em causa questões complexas e que não puderam ser aprofundadas, em regra, pelos magistrados[43].

A outra finalidade do art. 267.º é, como reaviva Nogueira Serens, permitir aos particulares o acesso à justiça comunitária, uma autêntica "*vereda*, que comple(men)ta a *avenida do art. 230.º, [hoje art. 263.º] quarto parágrafo*"[44-45]. Em regra, o reenvio prejudicial é facultativo. O magistrado apenas recorrerá ao corpo normativo do art. 267., se assim o entender imprescindível. Mas, em certas circunstâncias, o reenvio é obrigatório. Muito sucintamente, será forçoso quando o tribunal nacional seja confrontado com uma questão de interpretação do direito europeu primário ou uma questão de interpretação ou de validade do direito europeu secundário, e cumulativamente seja um tribunal de decisão irrecorrível, não se incluindo os recursos extraordinários nesta noção de irrecorribilidade. A este propósito, surge uma marcada divergência, tanto doutrinal como jurisprudencial. Uma primeira tese, que se posiciona no sentido de que apenas os órgãos jurisdicionais nacionais cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso ordinário tal como previsto no direito interno (*máxime*, tribunais do topo da pirâmide judiciária) são obrigados ao reenvio prejudicial. Uma segunda, pela qual serão obrigados a proceder ao reenvio os tribunais cujas decisões, no caso concreto, sejam insusceptíveis de recurso. À primeira, tem-se vindo a dar o nome de *abstract theory*, enquanto a segunda

42 Acentuando que o *diálogo de juiz a juiz*, característico do reenvio prejudicial, é uma via de consolidação do Direito da União, Tching, 2011: 145.

43 Assim, cfr. Mota de Campos & Mota de Campos, 2010: 415.

44 Nogueira Serens, 2011: 627.

45 A impugnação de actos normativos por particulares está sujeita a critérios muito rigorosos, v. Mota de Campos & Mota de Campos, 2010: 467-469.

tem sido intitulada *concrete theory*[46]. Pendemos para a primeira, na esteira de Mota de Campos[47], pois os tribunais inferiores, ainda que as sua decisões sejam irrecorríveis em concreto, não põem em perigo a unidade de interpretação do direito da União Europeia, ao mesmo tempo que se evita uma sobrecarga excessiva para o TJUE. Admitimos, contudo, que esta via poderá pôr em causa uma tutela jurisdicional efectiva dos particulares que, em causas menores em que haja uma incorrecta prefiguração do direito da União, ver-se-ão naturalmente lesados e subtraídos da "*função de protecção jurídica*" do reenvio prejudicial[48]. No entanto, esta obrigação de reenvio decorrente da insusceptibilidade de recurso pode ser derrogada[49].

Naturalmente, há que fazer ainda mais uma precisão. O reenvio é também obrigatório, nos termos do Acórdão Foto-Frost[50], quando um julgador nacional, ao apreciar a validade de uma norma da União Europeia, penda para a invalidade daquela, necessariamente terá de submeter a questão ao TJUE.

Uma última nota. A omissão ilícita do reenvio não tem sanção expressa no nosso ordenamento jurídico. Ou seja, referimo-nos àquelas situações em que o reenvio é obrigatório e esse dever não foi cumprido pelo tribunal nacional. Tal poderia ser colmatado com a criação de um recurso autónomo para o TJUE, da iniciativa de particulares, a denominada "queixa comunitária"[51], pelo qual o Tribunal de Justiça determinaria se a omissão teria sido ilegal ou não, embora comprometa o espírito dialógico-judicativo, característica decisiva do instituto. Ou ainda, na esteira de Mariana Nogueira Sá, introduzindo uma nova alínea no n.º 2 do art. 629.º do CPC, pelo qual haveria recurso de uma omissão de reenvio, independentemente do valor da alçada e do critério da sucumbência[52]. Mas acaba a mesma autora por firmar que o "art. 267º TFUE é, pois, uma

46 V. Nogueira Serens, 2011: 629-633.

47 Assim, Mota de Campos & Mota de Campos, 2010: 423-425.

48 Cfr. Nogueira Serens, 2011: 632.

49 Nos termos do Acórdão CILFIT (do Tribunal de Justiça, de 6 de Outubro de 1982, Processo n.º 283/81), existem três situações que dispensam o reenvio: (i) quando a questão de direito da União Europeia for despropositada ou dispensável para a resolução do caso concreto; (ii) quando o TJUE já se tenha pronunciado em caso análogo sobre essa mesma questão; (iii) ou quando as normas da UE aplicáveis ao caso sejam tão claras que não suscitam dúvidas ao julgador. Como relembra Nogueira Serens (2011: 638), esta teoria do acto claro é um regresso ao brocardo medieval "*in claris non fit interpretatio*".

50 Processo n.º 314/85, de 22.10.82.

51 Quadros, 2006: 192-193.

52 Sá, 2012: 51.

verdadeira *lex imperfecta*. Esta imperfeição gera um nível de garantia inferior das normas da UE face às garantias concedidas às normas nacionais e torna o exercício dos direitos concedidos por aquelas uma tarefa árdua e provavelmente infrutífera. E nessa medida, a lei civil portuguesa incumpre com as obrigações que para si decorrem dos princípios da efetividade e da equivalência"[53].

4. A DECISÃO SUPERVENIENTE DA COMISSÃO NO SENTIDO DA COMPATIBILIDADE DE UM AUXÍLIO SEM PRÉVIA NOTIFICAÇÃO

Sempre que um auxílio de Estado é concedido em violação do art. 108.º, n.º 3, o auxílio é ilegal por vício de forma. Será ilegal, na falta de notificação prévia à Comissão por parte do Estado, ou, tendo havido notificação prévia, este lhe tenha dado execução antes da emissão da decisão final. Ou ainda, quando for concedida em violação das condições de autorização dada pela Comissão[54]. E se o auxílio é ilegal, o juiz nacional tem um papel fundamental para sancionar as ajudas ilegais, embora o fundamento jurídico da sua intervenção seja muito estreito, como alerta Denis Jouve, por "repousar quase exclusivamente no efeito directo do art. 108.º, n.º 3"[55]. E sendo-lhe reconhecido efeito directo, lembramos que tal significa o ingresso na esfera jurídica dos particulares de um conjunto de direitos, "direitos esses invocáveis perante os tribunais encarregados de os garantir, quer perante os poderes públicos (efeito directo vertical), quer perante outros particulares (efeito directo horizontal)"[56]. Assim, o juiz nacional prefigura-se como o guardião dos direitos e obrigações conferidos pelo direito da União Europeia, direitos esses que podem ser invocados pelos particulares em litígios concretos, e os quais terão de ser tidos em conta, porque os tribunais nacionais são *tribunais comunitários de direito comum*.

Na análise pragmática de Nogueira de Almeida, "Os tribunais [nacionais] têm assim uma dupla obrigação. Por um lado, devem ordenar, em razão do efeito directo reconhecido ao art. 93.º, n.º 3, do Tratado de Roma [art. 108.º, n.º 3], o reembolso das ajudas que tenham sido concedidas, sem terem sido previamente notificadas. Por outro lado, devem controlar a validade das decisões

53 Ibidem, pp. 52-53.

54 Alertando para esta terceira modalidade de ilegalidade, embora consideremos que seja praticamente semelhante a uma ajuda estatal não notificada à Comissão, Tedoldi, 2015: 256.

55 Jouve, 2013 : 23-24.

56 Piçarra, 2006: 3.

nacionais que ordenem o reembolso das ajudas, tendo em conta as regras do direito comunitário"[57].

E tem sido quase unanimemente decidido e pensado que a violação da obrigação de *standstill* que decorre do art. 108.º, n.º 3, não pode ser sanada, por qualquer meio, tampouco por uma decisão superveniente da Comissão no sentido da compatibilidade do auxílio com o mercado interno[58]. Afirmam os defensores, e porventura bem, que qualquer outra interpretação levaria à sistemática violação do dever de notificação prévia por parte dos Estados-Membros, na esperança de uma decisão de compatibilidade posterior da Comissão, e que levaria à anulação do já mencionado efeito directo do art. 108.º, n.º 3[59]. O que não existe, portanto, é uma sinalagmaticidade entre ilegalidade e incompatibilidade. São dois conceitos distintos, que podem intercomunicar entre si, mantendo no entanto a sua independência. Um auxílio pode ser ilegal, e, contudo, ser compatível com o mercado interno. Não havendo uma coincidência imediata entre ilegalidade e incompatibilidade, podem daí advir problemas dogmáticos sérios. Mais. Parece que desta desafinação e dissonância resultarão esforços infrutíferos que, a nosso ver, são de todo prescindíveis num ordenamento jurídico que se quer prático, coerente e não à mercê de mecanismos desnecessários e repetitivos. Vejamos. Se o juiz nacional extrair todas as consequências jurídicas da violação do art. 108.º, n.º 3, ao abrigo da legislação nacional, sem sonegar que o direito da União Europeia foi integrado nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, à Comissão cabe-lhe um papel complexo e moribundo. Assim, Nogueira de Almeida confirma que "[a Comissão] deve, maugrado a ilicitude da ajuda, prosseguir o seu exame quanto ao fundo, em vista à determinação da sua compatibilidade com o mercado comum, não lhe sendo autorizado pelo Tribunal de Justiça determinar a sua incompatibilidade com o mercado comum somente devido ao vício de forma da ajuda"[60]. Ora, será esta a melhor solução a retirar desta dissonância? Esta desarmonia em sede do regime de auxílios de Estado é desejável num

57 Nogueira de Almeida, 1997: 207.

58 Jouve, 2013 : 64; Acórdão de Tribunal de Justiça de 21 de Novembro de 1991, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et syndicat national des négociants de saumon c/ France*, processo C-354/90, Colectânea de Jurisprudência 2011, p. I-5055; e Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Outubro de 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH c/ Finanzlandesdirektion für Tirol*, processo C-368/04, CJ 2006, p. I-09957.

59 Assim, Tedoldi, 2015: 256-257.

60 Nogueira de Almeida, 1997: 208.

direito que se pretende pragmaticamente coerente? Não será a teleologia do art. 108.º, em parte, a obtenção de uma decisão da Comissão quanto à compatibilidade de um auxílio? Se a ajuda é, quanto ao fundo, quanto ao seu mérito, lícita, porque é compatível com o mercado interno, após juízo ponderado e prudencial feito pela Comissão, pode um juiz nacional comprometer essa licitude material por violação do procedimento? Pode. A jurisprudência tem sido largamente partidária da resposta afirmativa. Assim, o nosso Supremo Tribunal Administrativo, no Acórdão de 23.10.2013[61], relatado pelo Juiz Conselheiro Casimiro Gonçalves, dispõe que "uma decisão da Comissão que declare um auxílio não notificado compatível com o mercado comum não tem por consequência regularizar, *a posteriori*, os actos de execução que são inválidos por terem sido adoptados em violação da proibição contida nessa disposição (n.º 3 do art.º 88.º) [*rectius* n.º 3 do art.º 108.º], porquanto «qualquer outra interpretação conduziria a favorecer a inobservância, pelo Estado-Membro em causa, dessa disposição e privá-la-ia do seu efeito útil»". Duas notas essenciais a este propósito. Uma primeira, a de que será sempre recomendável ao juiz nacional recorrer à Comissão como *amicus curiae* ou «dialogar» com o TJUE através do reenvio prejudicial, como já expusemos anteriormente, para se certificar que está perante um auxílio estatal. Seria manifestamente contrário ao direito da União que um juiz de um tribunal de um Estado-Membro considerasse erradamente uma medida como um auxílio e que, posteriormente, a declarasse ilegal por vício de forma, por violação de um hipotético dever de notificação prévia. É nestes termos que se pode evitar decisões materialmente erróneas. Uma segunda, relativa ainda ao mesmo Acórdão do STA, de 23.10.2013, a Comissão veio a considerar num procedimento oficioso, superveniente ao processo jurisdicional, na Decisão de 20.7.2010[62], depois rectificada pela Decisão C(2012) 2111, de 4 de Abril de 2012, tal como mencionado pelo acórdão, que apenas "as medidas relativas à promoção e à publicidade do vinho português nos mercados dos outros Estados-Membros e de países terceiros e as medidas relativas ao respectivo regime de financiamento podem constituir auxílios de Estado nos termos do artigo 107.º do TFUE, mas não as medidas relativas ao regime de financiamento da formação, que não constitui um auxílio de Estado, pelo que não carece de notificação prévia nos termos do artigo 108.º,

61 Processo 0176/13.

62 Relativa à taxa parafiscal de promoção do vinho aplicada por Portugal C 43/04 (ex NN 38/03), notificada com o número C(2010) 4891.

n.º 3 do TFUE". Ora, podendo constituir auxílio de Estado, a dúvida sobre a existência de um auxílio não ficaria dissipada.

Um juiz "moderno" deveria procurar mais, e não automaticamente tabelar aquela medida como auxílio de Estado. Ao abrigo do princípio do inquisitório, pelo qual deve por si mesmo procurar as bases constitutivas da sua decisão, sem se bastar com as meras alegações das partes, com intuito de descobrir a verdade material.

Na verdade, aquela decisão da Comissão foi acompanhada de um convite "para que Portugal demonstrasse que os apoios considerados como auxílios estatais no âmbito do procedimento concluso, [respeitassem] os limiares *de minimis* aplicáveis, caso em que a Comissão consideraria a Decisão como executada", como resulta das contra-alegações do recorrido. Mais. "Após confirmação de que os limiares *de minimis* aplicáveis não foram excedidos por nenhum dos agentes económicos do sector vitivinícola em Portugal, o IVV enviou uma carta à Comissão comunicando que os apoios respeitaram os limiares *de minimis* aplicáveis e que por esta razão o Estado considera a Decisão de 2010 plenamente executada, sem necessidade de proceder a qualquer reembolso" tomando a Comissão "boa nota do entendimento do Estado de que as poucas medidas classificadas como auxílio no âmbito da Decisão de 2010, conforme alterada pela Decisão de 2012, se encontram abrangidos pelos Regulamento (CE) n.º 1998/2006 da Comissão, de 15 de Dezembro de 2006 e cumprem os limites *de minimis* aí estabelecidos". Ou seja, queremos demonstrar que houve, num primeiro momento, motivações "aparentes" para o juiz nacional determinar a recuperação do auxílio, pois a Comissão em procedimento autónomo, considerava uma das medidas em litígio como auxílio de Estado, mas que, num segundo momento, foi considerada abrangida pelo Regulamento relativo aos auxílios *de minimis*. Tal vem demonstrar que estes processos, envolvidos numa atmosfera de enorme complexidade, devem constituir uma plataforma de entendimento dialógico entre partes, juiz, Comissão e, porventura, Tribunal de Justiça.

Mas, conscientes de que ainda não pusemos em causa a tese vigente, tese essa que assume que uma decisão de compatibilidade de um auxílio de Estado não pode nunca sanar o incumprimento do dever de notificação prévia, nos termos do art. 108.º, n.º 3, diremos mais. Qual é, afinal, o espírito do sistema jurídico dos auxílios de Estado?

Nogueira de Almeida é peremptório, estatuindo que "[o] regime jurídico regulador dos auxílios de Estado não tem como finalidade principal e directa a protecção das posições subjectivas, mas garantir uma ordem jusconcorrencial

que permita a todas as empresas participar no jogo da concorrência valendo-se somente dos seus méritos"[63]. Jónatas Machado reafirma uma ideia latente, ao estabelecer que "[o] direito dos auxílios pretende a rápida restauração das condições de concorrência efectiva"[64]. A tónica do regime estará mais na protecção de direitos subjectivos dos concorrentes ou no valor abstracto da concorrência em si mesmo[65]? Somos de opinião que a sua vocação é a de proteger o processo de concorrência. A questão que colocamos é: em virtude do efeito directo reconhecido ao art. 108.º, n.º 3, um auxílio de Estado não notificado deve ser categoricamente recuperado, ainda que lhe sobrevenha uma decisão de compatibilidade, antes do fim do processo jurisdicional? Vejamos, estamos perante situações excepcionais. Se aquele artigo "abre um direito subjectivo aos particulares [*rectius* aos concorrentes dos beneficiários]"[66], o juiz declara-se competente para apreciar a causa mal aquela norma seja invocada em litígio[67]. Por outro lado, julgamos existir, neste campo de tensões, uma verdadeira colisão de valores. É que se os concorrentes do beneficiário podem invocar aquele artigo num processo nacional, também não se pode negar que a decisão superveniente da Comissão a declarar a compatibilidade daquele auxílio com o mercado interno tem um peso superior a um *nada jurídico*. Pode não sanar a omissão da notificação prévia, mas não pode ser votada a um vazio inerte ou a uma advertência silenciosa. É que, se por um lado, está um duvidoso ou presuntivo direito de um concorrente do beneficiário, que se viu prejudicado pela concessão daquele auxílio, ainda que seja compatível com o mercado interno, ou seja, ele sempre sofreria aquela desvantagem, por outro, está o simbolismo da validade, leia-se validez, daquela medida com o mercado interno. Valor que não deve ser derrogado por um vício procedimental, entendemos. O vício de

63 Nogueira de Almeida, 2012b: 362.

64 Machado, 2014: 483.

65 As críticas avançadas por Nogueira de Almeida em relação ao Plano de Acção no Domínio dos Auxílios Estatais da Comissão [disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=URISERV:l26115&from=PT] põem em evidência esta mesma questão. Para o autor, ao defender-se nesse Plano a ideia de que o "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 estabelecidas", parece atender-se "mais à protecção dos concorrentes e à lealdade das condições de concorrência [...], do que ao processo de concorrência em si mesmo e do bem-estar geral", concluindo que "[e]ste 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". V. Nogueira de Almeida, 2011: 250.

66 Jouve, 2013: 49.

67 *Ibidem*, p. 52.

forma não deve sustar a bondade material em toda e qualquer circunstância. Há que delimitar o campo de superação da forma sobre a substância.

Em jurisprudência recente do TJUE, veio reafirmar-se que "[a] consequência lógica da constatação da ilegalidade de um auxílio é a sua supressão por via de recuperação, a fim de restabelecer a situação anterior (v., designadamente, acórdãos Itália e SIM 2 Multimedia/Comissão, C-328/99 e C-399/00, EU:C:2003:252, n.o 66, e Mediaset/Comissão, C-403/10 P, EU:C:2011:533, n.o 122)"[68]. No mesmo processo, assume-se que "o principal objectivo visado pela recuperação de um auxílio de Estado concedido ilegalmente é eliminar a distorção da concorrência provocada pela vantagem concorrencial proporcionada por esse auxílio (v., neste sentido, acórdãos Alemanha/Comissão, C-277/00, EU:C:2004:238, n.º 76, e Comissão/MTU Friedrichshafen, C-520/07 P, EU:C:2009:557, n.º 57)" porque "com o reembolso do auxílio, o beneficiário perde a vantagem de que dispunha no mercado face aos seus concorrentes e a situação anterior à concessão do auxílio é reposta (acórdão Comissão/Itália, C-350/93, EU:C:1995:96, n.º 22)"[69]. Ou seja, haverá uma fusão entre direitos subjectivos dos concorrentes dos beneficiários e condições de concorrência efectiva? Ainda no mesmo Acórdão, se firma a posição maioritária quanto a uma eventual decisão de compatibilidade da Comissão, se se tiver violado a obrigação imposta pelo art. 108.º, n.º 3. Assim," mesmo admitindo que a Comissão declara numa decisão final que venha a tomar que a garantia do Estado é compatível com o mercado interno, o juiz nacional continua obrigado a ordenar o reembolso desse auxílio em conformidade com o seu direito nacional. Com efeito, sob pena de prejudicar o efeito directo do artigo 108.º, n.º 3, último período, TFUE e de não respeitar os interesses dos particulares que os órgãos jurisdicionais nacionais têm por missão proteger, a referida decisão final da Comissão não tem como consequência sanar, *a posteriori*, os atos de execução que eram inválidos por terem sido praticados contra a proibição contida nesse artigo. Qualquer outra interpretação conduziria a favorecer a violação, pelo Estado-Membro em causa, do n.º 3, último período, do mesmo artigo e privá-lo-ia de efeito útil (v., neste sentido, acórdãos Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des

68 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 19 de Março de 2015, *OTP Bank Nyrt v Magyar Állam, Magyar Államkincstár*, processo C-672/13, p. 11.

69 Idem.

négociants et transformateurs de saumon, C-354/90, EU:C:1991:440, n.º 16, e SFEI e o., C-39/94, EU:C:1996:285, n. os 67 a 69)."

Parece-nos que entramos em terrenos pantanosos e num ponto nevrálgico do regime dos auxílios públicos. É tempo de marcar uma posição.

O Acórdão CELF[70] introduz uma brecha na consistência e unidade de interpretação da relação entre uma decisão de compatibilidade do auxílio com a omissão do dever de notificação prévia. Vejamos atentamente. Conclui-se nesse acórdão que "[o] artigo 88.º, n.º 3, último período, CE deve ser interpretado no sentido de que o tribunal nacional não é obrigado a ordenar a recuperação de um auxílio executado com inobservância dessa disposição quando a Comissão das Comunidades Europeias tiver adoptado uma decisão final em que declare a compatibilidade do referido auxílio com o mercado comum, na acepção do artigo 87.º CE. Por força do direito comunitário, o tribunal nacional é obrigado a ordenar ao beneficiário do auxílio o pagamento dos juros relativos ao período de duração da ilegalidade. No âmbito do seu direito nacional, o tribunal nacional pode eventualmente ordenar ainda a recuperação do auxílio ilegal, sem prejuízo do direito do Estado-Membro de voltar a dar-lhe execução ulteriormente. Pode também ser levado a deferir pedidos de indemnização dos prejuízos causados pela ilegalidade do auxílio". Na já referida Comunicação 2009/C 85/01, a Comissão veio relembrar o Acórdão CELF, sustentando que neste, "o TJCE clarificou que a obrigação do tribunal nacional de ordenar a recuperação integral de auxílios estatais ilegais cessa se, na altura em que o tribunal nacional proferir a sua sentença, a Comissão tiver já adoptado uma decisão em que declare a compatibilidade do auxílio com o mercado comum. Uma vez que a obrigação de «standstill» se destina a garantir que só seja dada execução aos auxílios compatíveis, este objectivo deixa de poder ser contrariado após a Comissão ter confirmado a compatibilidade do auxílio. Portanto, a obrigação de os tribunais nacionais protegerem os direitos dos particulares ao abrigo do n.º 3 do artigo 88.º do Tratado não é afectada caso a Comissão não tenha ainda tomado uma decisão, independentemente de a Comissão ter ou não dado início a um procedimento". Não será esta a via mais consentânea com a teleologia do regime dos auxílios?

70 Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de Fevereiro de 2008, *Centre d'exportation du livre français (CELF) e Ministre de la Culture et de la Communication contra Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE),* processo C-199/06.

A Comissão também aclarou a radicação da obrigação de recuperação desses juros correspondentes ao período de duração da ilegalidade. Assim, adianta que "[n]o seu acórdão «CELF», o TJCE clarificou que a necessidade de recuperar a vantagem financeira resultante da execução prematura do auxílio (adiante referida como «juros relativos ao período de duração da ilegalidade») faz parte da obrigação que incumbe aos tribunais nacionais por força do n.º 3 do artigo 88.º do Tratado. Tal acontece porque a execução prematura de um auxílio ilegal terá por consequência, pelo menos, fazer com que os concorrentes, consoante as circunstâncias, sofram mais cedo os efeitos do auxílio em termos de concorrência. O beneficiário obteve portanto uma vantagem indevida."

Esta orientação jurisprudencial é mais concordante e harmónica com o regime jurídico dos auxílios, no seu sentido mais puro. Por um lado, sopesa dois valores colidentes, o da existência de uma decisão de compatibilidade do auxílio e a protecção que se deve prover, pelo art. 108.º, n.º 3, no caso de violação do dever de notificação prévia. Não se configura uma prática prudencial comprimir completamente o primeiro, para salvaguardar totalmente o segundo. Não enveredamos pelo argumentário de Blumann[71], com o qual concordamos quanto ao resultado, mas cujo *iter* nos suscita algumas dúvidas. Estatui o autor que tal compressão absoluta da decisão da Comissão resulta numa violação do princípio do primado do direito da União Europeia, quando, na verdade, pensamos existir uma actuação do juiz nacional ao abrigo de uma norma do Tratado em oposição a uma deliberação de uma instituição europeia, o que não implica uma transgressão daquele princípio.

A solução pela qual propugnamos, desbravada pelo Acórdão CELF, oferece um conjunto de vantagens. A nosso ver, o juiz nacional não deve exigir o reembolso das ajudas não notificadas ou postas em execução antes da decisão da Comissão, no caso de esta emitir um juízo favorável à compatibilidade até à prolação da sentença. Desde logo, um proveito ao nível de economia de meios. Para quê reembolsar uma ajuda, que será de imediato concedida pelo Estado ao mesmo beneficiário, por haver aquele juízo positivo da Comissão?

Ressalva-se, contudo, a obrigação de pagamento dos juros relativos ao período de duração da ilegalidade, que incumbe ao beneficiário do auxílio, solução que encontra apoio no art. 13.º do Regulamento 2015/1589 do Conselho[72]. Aquele período decorre desde a data em que a ajuda é posta à sua disposição

71 Convocamos o pensamento de Blumann através de Nogueira de Almeida, 1997: 208.

72 De 13 de Julho de 2015.

até à data do juízo favorável da Comissão. E deve pagar, não porque a execução prematura de um auxílio ilegal tenha feito sofrer os concorrentes mais cedo do que deveria ter sido[73], mas sim por violação do art. 108.º, n.º 3. Desta forma, dá-se uma reafirmação contra-fáctica da validade da norma violada, mostrando à comunidade jurídica comunitária que a norma é ainda plenamente vigente.

5. CONCLUSÃO

É tempo de concluir. Julgamos ter demonstrado que o contencioso dos auxílios de Estado assenta em metodologias inquebrantáveis: por um lado, o juiz pode verificar se a medida em litígio é um auxílio de Estado, por outro não pode pronunciar-se sobre a sua compatibilidade com o mercado interno. Contudo, o processo deve ser transformado numa plataforma dialógica, envolvendo a participação da Comissão, bem como o Tribunal de Justiça, através do reenvio prejudicial.

Em razão do efeito directo reconhecido ao n.º 3 do art. 108.º, o tribunal nacional deve determinar o reembolso do auxílio concedido em violação dessa norma, mas no caso de surgir uma decisão superveniente da Comissão no sentido da compatibilidade do auxílio, propendemos para uma solução intermédia: não se determina o reembolso integral, exigindo-se apenas os juros relativos ao período da duração da ilegalidade do auxílio, como estatuído no Acórdão CELF. Por um lado, traduz-se na superlativação de um auxílio dotado de justeza material sobre um vício de forma. Por outro, é mais consonante com uma ideia de economia de meios. E alcança-se a finalidade do art. 108.º, n.º 3, que é alcançar uma decisão da Comissão, seja em que sentido for.

73 Haverá circunstâncias em que os concorrentes se vêem efectivamente prejudicados prematuramente, pois o beneficiário pôde concretizar negócios à custa do auxílio, negócios que só seriam possíveis de realizar naquele momento. Mas o regime dos auxílios de Estado não visa proteger em primeira linha direitos subjectivos, antes visa amparar o processo de concorrência em si mesmo. Se os juros relativos ao período da duração da ilegalidade não colmatarem a lesão que o processo concorrencial sofreu, podemos admitir que casuisticamente possam ser feitas outras exigências.

BIBLIOGRAFIA

Bronze, Fernando José

1994 *A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*, Coimbra: Coimbra Editora.

Campos, Manuel Fontaine

2013 «A concessão de ajudas públicas atè à II.ª Guerra Mundial: fundamentos históricos da sua regulamentação internacional», *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, vol. 56, pp. 213-244.

Claes, Monica

2006 *The national courts' mandate in the European Constitution*, Oxford, Portland: Hart Publishing.

COMISSÃO EUROPEIA

1997 *Comunicação da Comissão no que respeita a auxílios estatais no âmbito da venda de terrenos e imóveis públicos*, JO C 209, de 10.7.1997.

1998 *Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade directa das empresas*, JO C 384, de 10.12.1998.

2008 *Comunicação da Comissão relativa à aplicação dos artigos 87.o e 88.o do Tratado CE aos auxílios estatais sob forma de garantias*, JO C 155, de 20.6.2008.

2009 *Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais*, JO C 85, de 9.4.2009.

Ebner, Martino & Gambaro, Edoardo

2015 «The Notion of State Aid and Derogation», *in* A. Santa Maria (ed.), *Competition and State Aid: An Analysis of the EU Practice*, 2nd ed., Alphen Aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 21-76.

Freitas do Amaral, Diogo

2011 «Três Conceitos de «Constituição» em Aristóteles», in R. P. Duarte, J. Lebre de Freitas, A. Cristas, M. T. Silva, (eds.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. IV, Coimbra: Almedina, pp. 677-693.

Gomes, José Caramelo

1995 *O contencioso dos auxílios de Estado*, Relatório de Mestrado, Faculdade de Direito da UCP, disponível em: http://repositorio.uportu.pt/bitstream/11328/1508/1/O_Contencioso_Dos_Auxilios_De_Estado_Jo.pdf.

Gorjão-Henriques, Miguel

2014 *Direito da União*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2014.

Hancher, Leigh & Salerno, Francesco

2014 «State Aids in European Union Competition Law», in Thomas Cheng, Joannis Lianos, D. Daniel Sokoi, (eds.), *Competition and the State*, Stanford University Press, pp. 187-204.

Jouve, Denis

2013 *Le juge national et le droit des aides d'Etat: étude de droit comparé franco-espagnol*, Droit, Université Grenoble Alpes, disponível em: https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-01200764/document.

Kochevar, Steven

2013 «Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions», in *Yale Law Journal*, vol. 122, pp. 1653-1669.

Machado, Jónatas

2014 *Direito da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª ed.

Mota de Campos, João & Mota de Campos, João Luiz

2010 *Manual de direito europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica, o ordenamento económico da União Europeia*, 6.ª ed., Coimbra: Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora.

Nogueira de Almeida, João José

1997 *A restituição das ajudas comunitárias concedidas em violação do direito comunitário*, BFD – Stvdia Ivridica, 28, Coimbra: Coimbra Editora.

2002 «As isenções categoriais no domínio das ajudas de Estado», in *Boletim de Ciências Económicas*, vol. 45-A, pp. 349-371.

2011 «Conteúdo e limites da análise económica no controlo da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno», in *Boletim de Ciências Económicas*, vol. 54, pp. 219-263.

2012a «O sentido da atribuição de auxílios de Estado numa economia de mercado», *in* Nunes, Cunha, & Martin, (eds.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Aníbal de Almeida*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 29-62.

2012b *Sobre o controlo dos auxílios de Estado na União Europeia: conteúdo, sentido e limites da análise económica na avaliação da compatibilidade dos auxílios de Estado com o mercado interno*, Coimbra.

2014 «Os Princípios Gerais de Avaliação da Compatibilidade dos Auxílios Consagrados no Regulamento Geral de Isenção por Categoria (Regulamento n.º 651/2014)», *Boletim de Ciências Económicas*, vol. 57, Tomo I, pp. 69-114.

Nogueira Serens, Manuel

2011 «A obrigação de reenvio prejudicial decorrente do art. 234.º, § 3.º (ex-art. 177.º, § 3.º) do Tratado CE», in R. P. Duarte, J. Lebre de Freitas, A. Cristas, & M. T. Silva (eds.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. IV, Coimbra: Almedina, pp. 627-642.

Piçarra, Nuno

2006 "A eficácia do Direito Comunitário", Sumários Desenvolvidos, disponível em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_3545.doc.

2013 «Nos 50 anos do Acórdão Van Gend en Loos. A génese dos princípios do efeito directo e do primado do direito da União Europeia e o seu impacto constitucional nos Estados-Membros», in *Themis*, ano XIII, n.ºs 24/25, pp. 101-121.

Quadros, Maria Inês

2006 *A função subjectiva da competência prejudicial do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, Coimbra: Almedina.

Sá, Mariana Nogueira

2012 *Artigo 267.º* TFUE: Lex Imperfecta? Das consequências da *omissão do reenvio prejudicial à luz da lei civil portuguesa*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa.

Tching, Maria Rosa Oliveira

2011 «Juiz nacional – um juiz cada vez mais europeu!», in *Julgar*, n.º 14, Coimbra Editora, pp. 135-155.

Tedoldi, Alberto

2015 «Unlawful State Aid: Protection before National Courts», in A. Santa Maria, (ed.), *Competition and State Aid: An Analysis of the EU Practice*, 2nd ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, pp. 255-295.