

O REGIME JURÍDICO DOS AUXÍLIOS PÚBLICOS ÀS EMPRESAS NA COMUNIDADE EUROPEIA

Reflexos na caracterização
do sistema económico português (*)

Pelo Dr. Carlos Botelho Moniz

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

- I — CONSTITUIÇÃO ECONÓMICA PORTUGUESA E CONSTITUIÇÃO
ECONÓMICA COMUNITÁRIA: CONFLITO OU CONVERGÊNCIA?
- II — O ESTABELECIMENTO DO MERCADO COMUM
E A REGULAMENTAÇÃO COMUNITÁRIA DOS AUXÍLIOS
PÚBLICOS ÀS EMPRESAS
 - a) *Princípio geral: justificação teórica;*
 - b) *Noção de «auxílio público»;*
 - c) *Os auxílios públicos enquanto instrumento de política económica:
excepções ao princípio geral.*
- III — POLÍTICA COMUNITÁRIA NO DOMÍNIO DOS AUXÍLIOS
PÚBLICOS ÀS EMPRESAS
 - a) *Política comunitária no domínio dos auxílios regionais;*
 - b) *Política comunitária no domínio dos auxílios sectoriais;*

(*) Texto concluído no final de 1984.

- c) *Política comunitária no domínio dos auxílios gerais;*
- d) *Novas orientações quanto à apreciação da compatibilidade dos auxílios públicos às empresas com o mercado comum;*
- e) *A situação particular das empresas públicas.*

IV — REFLEXOS DA DISCIPLINA COMUNITÁRIA DOS AUXÍLIOS PÚBLICOS ÀS EMPRESAS NA CARACTERIZAÇÃO DO SISTEMA ECONÓMICO PORTUGUÊS

- a) *Ao nível do equilíbrio dos sectores de propriedade dos meios de produção;*
- b) *Ao nível da garantia de uma concorrência efectiva entre as empresas;*
- c) *Ao nível da escolha de instrumentos de política económica.*

CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das negociações relativas à adesão de Portugal às Comunidades Europeias tem proporcionado um debate vivo sobre o problema da adequação da Constituição portuguesa aos princípios fundamentais da ordem jurídica comunitária. E no centro da polémica tem estado a constituição económica.

Em que medida as soluções acolhidas no texto fundamental de 1976, revisto em 1982, são compatíveis com os Tratados de Paris e de Roma; em que medida a lógica intrínseca da constituição económica portuguesa é compatível com a da constituição económica comunitária, são questões que têm preocupado os autores ⁽¹⁾.

Não é nossa intenção, neste trabalho, retomar o problema no seu conjunto, até porque a investigação deu já passos fundamentais no sentido do cabal esclarecimento de algumas questões ⁽²⁾.

Parece-nos, no entanto, do maior interesse, até porque aí, sim, se verificam lacunas ao nível da investigação, estudar o problema, mais restrito, da disciplina comunitária dos auxílios públicos às empresas — sejam elas privadas ou públicas — e suas repercussões quanto à caracterização do sistema económico português.

⁽¹⁾ Cf. para uma identificação precisa dos problemas ao nível da constituição económica, A. L. de Sousa Franco, «A Revisão da constituição económica», *Rev. Ord. Adv.*, 1982, p. 601; ver ainda P. de Pitta e Cunha, «O enquadramento constitucional do sistema económico na perspectiva do ingresso no mercado comum». *Rev. Ord. Adv.*, 1979, p. 563.

⁽²⁾ Cf. Isabel Jalles, «Implicações jurídico-constitucionais da adesão de Portugal às Comunidades europeias. — Alguns aspectos», *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* (116), Lisboa, 1980; João Mota de Campos, «A ordem constitucional portuguesa e o direito comunitário», Braga, 1981.

Naturalmente, a análise desta questão não pode ser feita sem que previamente tomemos posição sobre o problema global atrás enunciado. É o que faremos, de forma sucinta, numa primeira parte deste trabalho.

I — CONSTITUIÇÃO ECONÓMICA PORTUGUESA E CONSTITUIÇÃO ECONÓMICA COMUNITÁRIA: CONFLITO OU CONVERGÊNCIA?

Do ponto de vista da caracterização abstracta dos sistemas económicos, pode-se dizer que há hoje um largo consenso no sentido de se identificarem dois modelos ideais, a que correspondem como princípios fundamentais de regulação da actividade económica, respectivamente, o mercado e o plano ⁽³⁾.

São, no primeiro caso, as chamadas economias abertas ou descentralizadas ou de mercado; no segundo caso, as economias planificadas ou de direcção central.

Mas os sistemas económicos concretos ⁽⁴⁾ afastam-se sempre, em maior ou menor grau, dos referenciais teóricos, resultando antes da reacção da realidade de certo espaço económico sobre o modelo teórico que lhe está subjacente. Como sublinha Sousa Franco, a ideia de sistema concreto é o resultado da tensão que se forma entre o ideal de um sistema abstracto e as circunstâncias concretas de uma dada economia ⁽⁵⁾.

Ora, traduzindo a constituição económica a apreensão normativa que do sistema económico faz uma determinada ordem jurídica, o problema da compatibilidade das constituições económicas portuguesa e comunitária deve ser analisado na dupla

⁽³⁾ É muito vasta a bibliografia relativa aos sistemas económicos. Cf. A. L. de Sousa Franco, «Manual de Finanças Públicas e Direito Financeiro», Lisboa, 1974 e A. J. Avelãs Nunes, «Os sistemas económicos», Coimbra, 1975 e a extensa bibliografia citada por estes dois autores.

⁽⁴⁾ Para a distinção entre sistema económico abstracto e sistema económico concreto, cf. A. L. de Sousa Franco (nota 3), pp. 391 s.

⁽⁵⁾ A. L. de Sousa Franco (nota 3), p. 395.

perspectiva do sistema económico abstracto e do sistema económico concreto.

Uma divergência de soluções no primeiro dos referidos níveis de análise implicaria certamente incompatibilidade de natureza; soluções divergentes ao nível do sistema económico concreto traduzem apenas, no nosso entender, uma diferença de grau, isto é, a inevitável diferença de reacção do mesmo modelo ideal sobre realidades concretas distintas ⁽⁶⁾.

A questão central quanto à compatibilidade dos modelos teóricos coloca-se, pois, ao nível do princípio básico de regulação da actividade económica. E se em relação à Comunidade não são legítimas quaisquer dúvidas quanto à identificação do mercado como mecanismo regulador, no que diz respeito a Portugal o problema tem sido discutido.

Entendemos, no entanto, que uma análise cuidada do texto constitucional, sobretudo na redacção que resulta da primeira revisão — aliada à consideração das circunstâncias e do sentido em que tem sido aplicado —, revela a consagração de uma ordem económica que, não se identificando inteiramente com qualquer dos sistemas ideais atrás mencionados, antes acolhendo elementos próprios de um e de outro, atribui claro predomínio ao mercado.

E podemos afirmar, sem risco de contradição, que a Constituição consagra — com as limitações decorrentes do papel que ao Estado é reservado — os princípios essenciais das economias de mercado ⁽⁷⁾. Assim:

- garante o *direito à propriedade privada*, de bens de consumo e de bens de produção, e à sua transmissão em vida ou por morte ⁽⁸⁾;

⁽⁶⁾ Soluções diferentes ao nível do sistema económico abstracto traduzem uma irredutível contradição de princípios teóricos; as divergências que se verifiquem ao nível do sistema concreto são sanáveis, dentro da lógica do mesmo sistema, através de correcções e ajustamentos.

⁽⁷⁾ Cf. A. L. de Sousa Franco (nota 1), e M. Afonso Vaz, «Direito económico — a ordem económica portuguesa», Coimbra, 1984.

⁽⁸⁾ CR82, art. 62.º, n.º 1; e nos termos do n.º 2, «a requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e fora dos casos previstos na Constituição (art. 87.º e 88.º), mediante pagamento de justa indemnização.

- estabelece que a *iniciativa económica privada* se pode exercer livremente, nos quadros definidos pela Constituição e pela Lei, enquanto instrumento do progresso colectivo ⁽⁹⁾;
- inscreve, entre as incumbências prioritárias do Estado, a salvaguarda de uma *concorrência equilibrada entre as empresas* ⁽¹⁰⁾;
- prevê que os *preços se formem livremente*, embora admita a intervenção do Estado na sua determinação, com o fim de combater actividades especulativas, evitar práticas comerciais restritivas e adequar a evolução dos preços de bens essenciais aos objectivos da política económica e social ⁽¹¹⁾;
- consagra uma *estrutura salarial livre*, embora mitigada pelo princípio de solidariedade, expresso no direito de contratação colectiva a exercer pelas associações sindicais ⁽¹²⁾;
- prevê a coexistência, sem predominância de qualquer deles, de *três sectores de propriedade dos meios de produção*: o público, o privado e o cooperativo ⁽¹³⁾.

O predomínio do mercado não resulta, no entanto, apenas da consagração expressa dos princípios atrás referidos. Decorre também da concepção subjacente à regulamentação constitucional do plano, que faz ressaltar a natureza complementar do mesmo ⁽¹⁴⁾. Com efeito, o plano não é, na Constituição portuguesa, instrumento imperativo para o conjunto das actividades económicas. É-o apenas para o sector público estadual, o que significa que tem carácter meramente indicativo, não só para os sectores privado e cooperativo, mas também para o sector público não estadual.

⁽⁹⁾ CR82, art. 61.º

⁽¹⁰⁾ CR82, art. 81.º, f); cf. ainda Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro.

⁽¹¹⁾ CR82, art. 109.º, n.º 1; cf. quanto à interpretação desta disposição, A. L. de Sousa Franco (nota 1), p. 666.

⁽¹²⁾ CR82, art. 60.º, n.º 1, alínea a); cf. quanto ao direito de contratação colectiva o art. 57.º, n.º 3.

⁽¹³⁾ CR82, art. 89.º; cf. ainda Lei n.º 46/77, de 8 de Julho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 406/83, de 19 de Novembro.

⁽¹⁴⁾ CR82, arts. 91.º a 95.º

O plano é, antes de mais, o instrumento privilegiado da acção coordenadora do Estado na prossecução dos objectivos de desenvolvimento económico e social. Mais em jeito de complemento da função reguladora do mercado do que em contradição com os princípios próprios das economias abertas. Como sublinha G. d'Oliveira Martins, através do planeamento procura-se orientar e coordenar a acção do desenvolvimento económico e social, impedindo que este seja deixado ao arbítrio das iniciativas individuais, das suas incapacidades e limitações, das suas ambições e excessos ⁽¹⁵⁾. E com o mesmo autor pensamos que o plano é tratado na Constituição actual em termos idênticos àqueles que se nos deparam em sociedades onde não se põe em causa que vigore um sistema de economia aberta ⁽¹⁶⁾.

Uma análise desapassionada do texto constitucional revela assim — independentemente da subsistência pontual de formulações próprias do discurso revolucionário — que a noção de mercado é o pressuposto teórico sobre que assenta a ordem económica portuguesa.

Mas sustentar — como o fazemos — que a constituição económica portuguesa e a constituição económica comunitária convergem na consagração do mercado como instrumento essencial de regulação da actividade económica, não significa que não existam conflitos ao nível do sistema económico concreto. Esses conflitos existem — como, aliás, em maior ou menor grau, em todos os Estados-membros da Comunidade ⁽¹⁷⁾ — são detectáveis e corrigíveis.

Basta que pensemos nos problemas que se colocam ao nível da eliminação dos obstáculos à circulação de bens, quer se trate do problema específico dos direitos aduaneiros, quer se trate das questões relativas ao alcance do conceito de encargo de efeito equivalente, quer se trate dos problemas ligados ao ajustamento do

⁽¹⁵⁾ Cf. Guilherme d'Oliveira Martins, «Lições sobre a constituição económica portuguesa», vol. I, AAFDL, Lisboa 1983/84, p. 139.

⁽¹⁶⁾ Cf. (nota 15), p. 140.

⁽¹⁷⁾ Cf. os relatórios elaborados no âmbito do «Research Committee on European Integration (I.P.S.A.)», 1982, relativos à aplicação do direito comunitário pelos Estados-membros.

sistema fiscal português às normas comunitárias, quer se trate do domínio, por si só vastíssimo, das chamadas medidas de efeito equivalente às restrições quantitativas, ou ainda dos monopólios públicos de exportação e comercialização de bens, para se compreender aquilo que está em jogo e o esforço de adaptação que, concretizada a adesão, será exigido da Administração e dos agentes económicos portugueses.

Ora, o que nos propomos neste trabalho é, justamente, seleccionar para efeito do seu estudo, uma das áreas sensíveis em que, no nosso entender, se colocarão problemas sérios de adaptação: a da disciplina comunitária dos auxílios públicos às empresas.

Qual o enquadramento normativo desta questão no Tratado de Roma, em termos materiais e institucionais? Qual o sentido das decisões do Tribunal das Comunidades? Quais os critérios de orientação que decorrem da prática administrativa da Comissão, enquanto entidade competente para controlar a acção dos Estados? Que consequências resultarão do impacto destas orientações na caracterização do sistema económico (concreto) português? Tudo questões a tratar nas páginas que se seguem.

II — O ESTABELECIMENTO DO MERCADO COMUM E A REGULAMENTAÇÃO COMUNITÁRIA DOS AUXÍLIOS PÚBLICOS ÀS EMPRESAS

A integração de um país na Comunidade Económica Europeia implica a sua vinculação ao conjunto de disposições e normas jurídicas constantes, quer do direito originário, quer do direito derivado. Nesse sentido, as negociações de adesão visam mais o estabelecimento de um calendário que permita ao Estado em questão adaptar-se progressivamente a esse complexo normativo, do que discutir o seu conteúdo essencial. E porque a Comunidade se traduz, antes de mais, no estabelecimento de um mercado comum entre os Estados que a compõem, daí decorre para aqueles que a ela aderem a obrigação de alinhar pelos parâmetros dessa exigência fundamental, dentro dos prazos previstos, a sua ordem jurídico-económica interna.

a) *Princípio geral: justiça teórica*

O Tratado de Roma consagra, no n.º 1 do art. 92.º, o princípio geral da incompatibilidade dos auxílios públicos às empresas com o mercado comum. O seu verdadeiro alcance, no entanto, só pode ser apreendido se nos referirmos à economia geral do tratado.

Com efeito, a existência e o bom funcionamento de um mercado comum supõem, nos termos do art. 3.º (18):

- a eliminação dos direitos aduaneiros e das restrições quantitativas existentes no âmbito do comércio intra-comunitário, bem como de todas as medidas de efeito equivalente;
- o estabelecimento de uma pauta aduaneira comum e de uma política comercial comum, nas relações com terceiros Estados;
- a supressão dos obstáculos à livre circulação de pessoas, serviços e capitais, entre os Estados-membros;
- a instauração de políticas comuns nos domínios da agricultura e dos transportes;
- a existência de um regime de garantia da concorrência; e
- a harmonização das legislações nacionais.

Trata-se, pois, de eliminar os obstáculos às transacções comerciais e à circulação dos factores de produção no conjunto do território comunitário. E isto, sublinhe-se, quer tais obstáculos resultem de actos imputáveis aos poderes públicos, quer se trate de comportamentos decorrentes da acção dos agentes económicos.

Assim, assume particular importância a previsão de um regime de garantia da concorrência, uma vez que nele aflora a dupla exigência atrás referida. Na verdade, através de tal regime, visam-se não só as situações relativas às chamadas práticas comerciais restritivas da concorrência (objecto central do direito «anti-trust» ou

(18) Cf. C. Botelho Moniz, «Direito económico da CEE — Reflexão sobre os objectivos, instrumentos e princípios da acção comunitária» (segunda parte), Ass. Eur., 1983, pp. 171 s. e bibliografia aí citada.

direito da concorrência no sentido estrito do termo), mas também as intervenções dos poderes públicos através das quais a concorrência é distorcida em virtude do auxílio prestado a certo, ou certos, agentes económicos em detrimento dos seus concorrentes.

Compreende-se, sem dificuldade, numa perspectiva teórica, que num espaço integrado em que o mercado constitui o mecanismo central de regulação da actividade económica, deva ser garantida uma certa igualdade de condições entre os vários participantes no jogo económico.

Ora, os auxílios públicos às empresas implicam um conflito de interesses entre aqueles que beneficiam do auxílio e aqueles que, não beneficiando do mesmo, se encontram no mercado em situação menos favorável do que seria normalmente a sua na ausência de tal auxílio. A isto acresce que, no mercado comunitário, o desenvolvimento de acções unilaterais, sem perspectiva de conjunto, sem coordenação de esforços e sem prossecução de objectivos assumidos por todos os Estados, leva inevitavelmente a desperdício de recursos, a riscos de neutralização recíproca das políticas prosseguidas a nível nacional ou à simples «exportação» dos problemas de uns Estados para outros. Daí a regra do n.º 1 do art. 92.º relativa à incompatibilidade de princípio dos auxílios públicos às empresas com o mercado comum.

No entanto, como a própria Comissão reconhece no seu primeiro relatório sobre a política de concorrência, «les interventions des États représentent un instrument de politique structurelle nécessaire lorsque à lui seul le jeu du marché ne permet pas (ou ne le permet pas dans des délais acceptables), d'accéder à certaines finalités de développement légitimées par le souci d'une meilleure croissance quantitative ou qualitative ou lorsqu'il conduirait à des tensions sociales intolérables. D'où ces dispositions d'exception au principe d'incompatibilité qui permettent aux autorités communautaires d'adopter dans le contrôle des aides des positions fondamentalement réalistes et d'admettre les actions qui contribuent à la réalisation des objectifs généraux visés à l'article 2 du traité» (19).

(19) «Premier rapport sur la politique de concurrence — 1971», Commission, Bruxelles, 1972, p. 112.

Três ideias fundamentais decorrem, no nosso entender, desta passagem, essencial ainda hoje para se compreender a acção da Comissão neste domínio:

1.ª — A insuficiência do mercado para garantir, em todas as circunstâncias, a prossecução legítima de objectivos de desenvolvimento económico e social. Tal insuficiência é particularmente evidente quando o simples jogo do mercado não permite a prossecução de tais objectivos dentro de prazos razoáveis ou sem custos sociais intoleráveis.

2.ª — A admissibilidade, ou melhor, a necessidade de intervenção dos poderes públicos para ultrapassar as insuficiências do mercado, sempre que as mesmas se manifestem.

3.ª — A necessidade de uma aplicação «realista» das excepções ao princípio de incompatibilidade, resultantes do art.º 92.º, n.ºs 2 e 3, isto é, a leitura destas disposições à luz das duas ideias básicas atrás enunciadas.

Deste entendimento resulta uma larga margem de apreciação para a Comissão — submetida a controlo judicial pelo Tribunal das Comunidades — no exercício dos poderes que lhe confere o art. 93.º do Tratado.

Mas antes de prosseguir, impõe-se que caracterizemos com maior rigor a própria noção de auxílio. E são vários os elementos a considerar para a determinação do seu alcance à luz do n.º 1 do art. 92.º

b) *Noção de «auxílio público»*

A noção de auxílio público decorre do n.º 1 do art. 92.º. Uma análise cuidada desta disposição revela-nos cinco critérios a tomar em consideração para a caracterizar com rigor ⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ Cf. X. de Roux, D. Voillemot, «Le droit de la concurrence de la CEE», Paris, 1982 (capítulo IX); D. Lasok, J. W. Bridge, «The law of the economy in the european communities», Londres, 1980 (capítulo 8); D. Wyatt, A. Dashwood, «The substantive law of the EEC», Londres, 1980 (capítulo 20); Cf. ainda os artigos de A. Dashwood, «Control of state aids in the EEC: prevention and cure under article 93», CMLR, 1975, p. 43; D.

— «Auxílios concedidos pelos Estados ou através de recursos de Estado».

Para que uma medida seja abrangida pelo conceito de auxílio é necessário que se traduza num encargo financeiro para o Estado, quer tal encargo resulte da realização de despesas, quer resulte da renúncia a certas receitas. Impõem-se, no entanto, dois esclarecimentos: o termo «Estado» abrange todas as pessoas colectivas de direito público — de base territorial ou não — por intermédio das quais seja possível a mobilização de recursos; a circunstância de a intervenção das autoridades públicas ser indirecta ou mediata não exclui a aplicação do princípio de incompatibilidade ⁽²¹⁾.

— «Sob qualquer forma».

O essencial na noção de auxílio é o efeito favorável da medida sobre a situação financeira da empresa, quer se trate de uma prestação positiva ⁽²²⁾ quer se trate de uma intervenção dos poderes públicos através da qual se atenuam ou eliminam certos encargos que normalmente oneram as empresas ⁽²³⁾. A configuração técnica da medida em causa (subsídio directo, crédito bonificado, isenção fiscal, redução dos encargos sociais, preferência na adjudicação de obras públicas ou na celebração de contratos de fornecimento...) é, pois, irrelevante. O que importa é tratar-se de uma vantagem específica concedida sem qualquer contrapartida.

— «Favorecendo certas empresas ou certas produções».

É inerente ao conceito de auxílio a natureza selectiva da medida em causa. Dela beneficiarão certos agentes económicos, com exclu-

Gilmour, «The enforcement of community law by the Commission in the context of state aids: the relationship between articles 93 and 169 and the choice of remedies», CMRL, 1981, p. 63 e G. Schrans, «National and regional aid to industry under the EEC treaty», CMLR, 1973, p. 174.

⁽²¹⁾ Cf. Decisão da Comissão 72/34/CEE, JO L 10/22, 13-1-1972.

⁽²²⁾ Cf. entre muitas, Decisão da Comissão 71/121/CEE, JO L 57/19, 10-3-1971.

⁽²³⁾ Cf. entre muitas, Decisão da Comissão de 25/7/73, JO L 254/14, 11-9-1973.

são dos restantes. O que nos leva a evocar a questão, delicada mas fundamental, da distinção entre os conceitos de auxílio e de medida de política económica geral ⁽²⁴⁾. Com efeito, não devem confundir-se medidas deste tipo, como a desvalorização da moeda ao nível da política cambial, ou as medidas de controlo da massa monetária através da contracção ou da expansão do crédito, das quais poderão resultar vantagens para certas empresas do país relativamente aos seus concorrentes de outros países da Comunidade, com medidas cujo objectivo específico seja a concessão de vantagens particulares, a certas ou certas empresas. Mas que a distinção não é fácil, nem pacífica, prova-o a decisão do Tribunal do Luxemburgo nos processos 6 e 11/69... ⁽²⁵⁾ e a controvérsia que se gerou a propósito da mesma.

— «Que falseiem ou ameacem falsear a concorrência».

O direito comunitário não prevê uma proibição absoluta dos auxílios às empresas. A incompatibilidade com o mercado comum depende da afectação da concorrência. Mas não é necessário que se prove uma restrição efectiva da concorrência para que o n.º 1 do art. 92.º se aplique; basta que se verifique uma ameaça eventual ao equilíbrio concorrencial.

Abordamos assim um ponto particularmente importante: o que diz respeito ao equilíbrio das condições gerais de concorrência no conjunto da Comunidade.

O problema foi levantado, em termos vigorosos, pelos governos francês e italiano nos processos 6 e 11/69 e 173/73 ⁽²⁶⁾. Com efeito, argumentavam os Executivos dos referidos países, as medidas em causa ⁽²⁷⁾ tinham como único objectivo compensar o

⁽²⁴⁾ Cf. D. Wyatt, A. Dashwood, (nota 20), pp. 325-327.

⁽²⁵⁾ Cf. Acórdão do TCE de 10-12-1969, procs. 6 e 11/69, «Commission c. France», Rec. 1969, p. 523.

⁽²⁶⁾ Cf. Acórdão do TCE de 2-7-1974, proc. 173/73, «Italie c. Commission», Rec. 1974, p. 709.

⁽²⁷⁾ No primeiro caso o estabelecimento pelo Banco de França de uma taxa de desconto preferencial para os créditos à exportação; no segundo uma redução temporária e parcial dos encargos sociais a suportar pelas empresas do sector têxtil italiano.

«handicap» de que sofriam as empresas nacionais relativamente às suas congéneres de outros países da Comunidade, em virtude, respectivamente, das diferenças existentes ao nível da taxa de redescuento praticada pelos bancos centrais e dos encargos sociais, muito elevados, que incidiam sobre o sector têxtil italiano.

O Tribunal não foi sensível a esta argumentação e decidiu: «...dans l'application de l'article 92, paragraphe 1, il faut nécessairement partir de la situation concurrentielle existante sur le Marché Commun avant que la mesure litigieuse soit prise» (28).

Esta jurisprudência não significa, no nosso entender, que o equilíbrio concorrencial existente na Comunidade seja um dado imutável. Tal asserção não seria apenas contrária às mais elementares exigências de razoabilidade e de justiça, como seria, em si mesma, um contra-senso. O que o Tribunal pretende afirmar é que a modificação da situação de concorrência, deve resultar da harmonização das legislações internas, ou da coordenação das políticas económicas nacionais ou da adopção de medidas internas de carácter geral. Como sublinha o Advogado-Geral Warner nas conclusões apresentadas no processo 173/73, «...beaucoup d'industries dans de nombreux États membres souffrent de handicaps particuliers d'une nature ou d'une autre. Si les mesures prises pour pallier ceux-ci ne devaient pas être considérées comme étant des aides, l'article 92 deviendrait rapidement lettre morte» (29). E com Wyatt e Dashwood diremos, «if the arguments of the French and Italian Governments had been accepted, the scope of articles 92 to 94 would have been drastically reduced,... since it would have been all too easy for a State to joint to a particular high-cost factor as justifying a compensatory aid» (30).

Uma reforma geral do sistema de segurança social em Itália, de que resultasse uma redução do nível das contribuições patronais não constituiria, em si mesma, um auxílio incompatível com o mercado comum. Tal não é certamente o caso de uma medida

(28) Cf. (nota 26), considerando 36.

(29) Cf. (nota 26), «Conclusions de l'Avocat-Général M. Jean-Pierre Warner, présentées le 15 Mai 1974, p. 728.

(30) Cf. (nota 20), p. 327.

— como a efectivamente adoptada — integrada numa lei relativa à reestruturação, reorganização e reconversão do sector têxtil e destinada a vigorar por um período limitado de três anos. O seu carácter selectivo é indiscutível.

— «Na medida em que afectem as trocas entre Estados-membros».

Num mercado como o comunitário, as restrições de concorrência — exceptuadas as hipóteses puramente internas — andam necessariamente de par com a afectação do comércio entre Estados-membros. É o que resulta, aliás, da jurisprudência «sector têxtil italiano», podendo ler-se no considerando 45: «...la modification des coûts de production de l'industrie textile italienne par le dégrèvement des charges sociales en cause affecte nécessairement les échanges entre les États membres» ⁽³¹⁾.

Por isso o Tribunal, como aliás a Comissão, nas suas decisões, analisa normalmente em conjunto os dois últimos requisitos.

Procurando sintetizar, e assumindo os riscos correlativos, pensamos poder dizer que constitui um auxílio público, para o efeito da aplicação do art. 92.º, qualquer vantagem específica concedida a certa ou certas empresas, através de um acto imputável a uma entidade pública, implicando a mobilização de recursos financeiros, da qual resulte — em virtude da situação de privilégio assim criada — uma afectação actual ou potencial da concorrência e uma distorção dos fluxos comerciais no interior da Comunidade.

Temos consciência de que a multiplicidade de situações potencialmente abrangidas pelo n.º 1 do art. 92.º torna muito difícil encerrar nos limites precisos de uma definição o conceito de auxílio público. E também que este tem natureza instrumental em relação ao estabelecimento do mercado comum e à prossecução dos objectivos últimos da Comunidade. Mas o intérprete não pode renunciar — seríamos tentados a dizer, sobretudo no terreno difícil da intersecção entre o jurídico e o económico — a procurar critérios, precisar noções, definir fronteiras.

⁽³¹⁾ Cf. (nota 26).

Julgamos, por isso, igualmente de afastar as duas posições seguintes:

- a dos que consideram que a aplicação destas disposições a um país como Portugal constitui necessariamente um travão ao desenvolvimento económico e social, uma vez que se retiram às autoridades meios de intervenção indispensáveis à recuperação do atraso existente em relação aos restantes países da Comunidade;
- a dos que, ao contrário, consideram que o «realismo» necessário à aplicação destes princípios torna o disposto no art. 92.º, n.º 1 irrelevante no que diz respeito a um país como Portugal.

A consideração do que tem sido a política da Comissão nesta matéria levar-nos-á a conclusões distintas.

c) *Os auxílios públicos enquanto instrumento de política económica: excepções ao princípio geral.*

O Tratado de Roma é o reflexo de um compromisso entre liberalismo e intervencionismo no quadro de um sistema de mercado. E o art. 92.º é certamente uma das disposições em que tal compromisso é mais evidente.

Partindo, por razões de coerência do modelo teórico, do princípio geral da incompatibilidade dos auxílios públicos às empresas com o mercado comum — expresso no n.º 1 — o art.º 92.º abre, logo nos n.ºs 2 e 3, um conjunto importante de excepções a este princípio.

O teor destas excepções, em especial a da alínea a) do n.º 2 e as do n.º 3, revelam que foi propósito claro dos autores do tratado salvaguardar — dentro de certos limites — a utilização por parte dos Estados de importantes instrumentos de política económica.

A imperfeição do sistema comunitário, do ponto de vista da condução da política económica geral, tornava-o, aliás, inevi-

tável ⁽³²⁾. Com efeito, se no que diz respeito ao estabelecimento do mercado comum — isto é, à eliminação dos entraves ao comércio e dos obstáculos à circulação de factores de produção — do tratado e do direito derivado resulta um conjunto coerente de normas substantivas que corresponde ao conceito de integração económica e jurídica, quanto à condução da política económica o tratado situa-se — com as excepções da política agrícola e, em menor medida, da política de transportes — ao nível da simples cooperação inter-estadual.

Assim, como afirmámos em contexto distinto ⁽³³⁾, na ausência de uma autoridade central com competência decisória geral em matéria económica e conseqüentemente na falta de uma política económica comunitária, o tratado limita-se a utilizar o quadro institucional por ele criado, para a coordenação de políticas que, na sua génese e na sua essência, são políticas nacionais.

Compreende-se, por isso, que os Estados — independentemente das diferentes tradições nacionais ao nível da intervenção dos poderes públicos na vida económica — não possam renunciar à utilização de instrumentos que lhes permitam orientar a actividade económica no sentido considerado mais ajustado à prossecução dos objectivos gerais de desenvolvimento económico e social.

Tal utilização, no entanto, está limitada pela avaliação, no contexto comunitário, das vantagens e dos inconvenientes das medidas em causa.

A consagração de excepções ao princípio de incompatibilidade traduz assim a perspectiva de que, em certas circunstâncias, os benefícios decorrentes da concessão de estímulos a certas empresas compensam e superam os efeitos negativos decorrentes da restrição de concorrência e da afectação do comércio que necessariamente implicam.

Tal juízo só pode ser formulado caso a caso, com base em princípios orientadores que deixem à entidade competente uma mar-

⁽³²⁾ Cf. para um enquadramento bastante completo dos problemas no domínio da política económica, J. Mégret et autres, «Le droit de la Communauté économique européenne — Vol. VI, Politique économique», ULB, Bruxelles, 1976.

⁽³³⁾ Cf. (nota 18), p. 209.

gem significativa de apreciação. Como sublinha Robert Baldwin: «...No simple, precise rule or enumeration of specific types of subsidies can be formulated to differentiate between 'good' and 'bad' subsidies. In no other class of non-tariff trade distortions is need more apparent for a set of general rules and an institutional arrangement for judging specific cases by these guidelines.»⁽³⁴⁾

Ora, no quadro da Comunidade cabe, em primeira linha, à Comissão — sob controlo do Tribunal — exercer tais poderes de apreciação. E das decisões por ela adoptadas, bem como das comunicações por ela emitidas, à luz das orientações gerais definidas no art. 92.º, resultam já políticas relativamente coerentes e elaboradas, designadamente nos domínios regional e sectorial.

III — POLÍTICA COMUNITÁRIA NO DOMÍNIO DOS AUXÍLIOS PÚBLICOS ÀS EMPRESAS

O art. 92.º foi concebido, no sistema do Tratado, como instrumento de integração negativa, com vista à salvaguarda do mercado comum. Mas ao atribuir poderes de controlo, nesta matéria, à Comissão, o art. 93.º conferiu a esta instituição a possibilidade de — abandonando uma aproximação dos problemas puramente casuística — traçar directrizes gerais de enquadramento regional ou sectorial com vista à definição de verdadeiras políticas comunitárias. E essa tem sido, crescentemente, a orientação seguida.

Reveste-se, por isso, da maior importância para a caracterização do sistema económico concreto avaliar o sentido em que tais directrizes se têm orientado⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Cf. R. E. Baldwin, «Non-tariff distortions of international trade», Londres, 1970, p. 131, citado in J. A. Winter, «Application du Traité CEE en temps de crise: aides d'État (art. 92 et 93)», relatório apresentado no colóquio de Maio de 1983, organizado em Bruxelas pelo «Institut d'Études Européennes», subordinado ao tema «Discipline communautaire et politiques économiques nationales».

⁽³⁵⁾ As fontes documentais mais importante para o estudo da política comunitária nesta matéria são os treze relatórios sobre a política de concorrência já publicados (cobrindo os anos de 1971 a 1983) e as inúmeras decisões da Comissão aí repertoriadas.

a) *Política comunitária no domínio dos auxílios regionais*

Foi nesta área que a Comissão definiu mais cedo princípios coordenadores da acção dos Estados. Não cabe certamente no âmbito deste estudo analisar a evolução das orientações da Comissão desde o princípio dos anos setenta ⁽³⁶⁾, mas é indispensável apreender o sentido geral dos princípios de coordenação hoje aplicáveis. Cremos serem cinco as ideias-força que prevalecem na acção fiscalizadora da Comissão e que, por isso, os Estados devem tomar em consideração ao definir as suas políticas de desenvolvimento regional.

— Consagração de «plafonds» de intensidade diferenciados.

Os auxílios públicos às empresas aferem-se através de dois critérios alternativos: ou em percentagem do investimento realizado, ou num montante determinado de ECUs por posto de trabalho criado.

O limite máximo para cada caso é função da classificação das regiões da Comunidade, em quatro categorias distintas, a que correspondem — segundo o seu grau de desenvolvimento económico — «plafonds» variáveis de intensidade dos auxílios públicos admissíveis. Assim, um projecto de investimento a realizar no «Mezzogiorno» ou na República da Irlanda poderá beneficiar de estímulos muito superiores aos admissíveis para um projecto localizado nas regiões de Hamburgo ou de Paris. A classificação do território nacional à luz dos critérios referidos reveste-se assim da maior importância.

⁽³⁶⁾ Cf. «Communication de la Commission au Conseil — Principes de coordination des régimes généraux d'aides à finalité régionale», JO C 111/7, 4-11-1971; «Communication...» du 27 juin 1973, COM (73) 1110 du 27-6-1973; «Communication...» du 26 février 1975, Cinquième Rapport, p. 76; «Communication de la Commission sur les Régimes d'aides à finalité régionale», JO C 31/9, 3-2-1979. Este último texto, cuja revisão está em estudo, contém os princípios em vigor.

— Garantia de transparência dos mecanismos de financiamento

Para que a Comissão emita um juízo favorável relativamente a um determinado auxílio é indispensável que o mecanismo de financiamento adoptado permita quantificar com precisão a ajuda concedida. É uma exigência inerente ao próprio exercício de poderes de controlo, cuja justeza foi confirmada pelo Tribunal no domínio dos próprios auxílios sectoriais ⁽³⁷⁾.

— Exigência de especificidade

Os mecanismos de auxílio regional não podem cobrir indiscriminadamente o conjunto do território nacional, antes devendo identificar com precisão — através de critérios geográficos ou quantitativos — as regiões beneficiárias ou, no interior destas, as zonas a que as ajudas se destinam.

Se a realização de projectos nas zonas em causa beneficiar de estímulos financeiros canalizados através do FEDER, os auxílios nacionais devem, em princípio, inscrever-se no quadro dos programas de desenvolvimento regional a que aqueles estímulos obedecem.

— Avaliação das repercussões sectoriais.

Ao autorizar esquemas de auxílio de tipo regional a Comissão toma em consideração as repercussões sectoriais de tais ajudas. Na ausência de orientações claras a nível comunitário, ela analisa com as autoridades nacionais se a situação de determinado sector justifica que se introduzam restrições aos mecanismos de auxílio regional, em função de critérios sectoriais.

⁽³⁷⁾ Cf. Acórdão do TCE de 25-6-1970, proc. 47/69, «France c. Commission», Rec. 1970, p. 487. Considerandos 18 e 19: «...si un tel système, intégrant à une aide le produit d'une taxe affectée était généralisé, il aurait pour effet d'ouvrir une brèche dans l'article 92 du traité et de porter atteinte aux possibilités d'un contrôle permanent par la Commission; il conduit en effet à un système d'aides permanentes dont le montant est imprévisible et difficilement contrôlable.»

Por outro lado, a Comissão opõe-se à acumulação, para além do limite dos «plafonds» fixados, de auxílios regionais com auxílios sectoriais.

— Controlo comunitário eficaz.

A garantia de cumprimento destas orientações está ligada à eficácia do controlo realizado pela Comissão com base no disposto no art. 93.º — quer se trate do controlo prévio relativo aos «auxílios novos», quer se trate do controlo de acompanhamento relativo à execução dos «auxílios existentes».

A Comissão coloca, por isso, grande ênfase na obrigatoriedade de comunicação de dados precisos, por parte dos Estados e por parte das empresas, bem como na sua competência para realizar investigações e inquéritos no quadro de tais mecanismos de controlo. Em contrapartida, é garantido um tratamento dos dados fornecidos que salvguarde a confidencialidade e o segredo dos negócios.

Os princípios de coordenação assim definidos e a aplicação que deles tem sido feita através de decisões da Comissão constituem uma base sólida de enquadramento comunitário da acção dos Estados — não necessariamente no sentido da sua limitação quantitativa, mas certamente no da sua melhoria qualitativa.

b) *Política comunitária no domínio dos auxílios sectoriais*

No domínio sectorial a Comissão tem hesitado em definir princípios gerais de enquadramento, pelo receio de que essa definição constitua, em si mesma, uma incitação à concessão de auxílios injustificados. Tem assim predominado nesta área a apreciação casuística das questões. Mas o agudizar de situações de crise em sectores económicos importantes, como a construção e reparação naval, a siderurgia ou os têxteis, levou o executivo comunitário a adotar, ou a propor ao Conselho de Ministros, para esses sectores específicos, medidas de enquadramento com vista à recuperação dos mesmos. Da análise desses vários casos pensamos poderem deduzir-se as orientações seguintes.

Este tipo de auxílios deve-se limitar aos sectores em que se verifique a necessidade de uma intervenção dos poderes públicos no sentido de corrigir os efeitos nefastos do simples jogo do mercado — quer se trate de sectores tradicionais, em crise por virtude de uma concorrência internacional acrescida, quer se trate do desenvolvimento de sectores de ponta que careçam de investimentos iniciais muito vultosos.

Os auxílios a sectores em crise só são admissíveis se destinados a garantir a viabilidade económica dos mesmos a médio e longo prazo e não à simples manutenção do statu quo, diferindo as decisões e os ajustamentos necessários ⁽³⁸⁾. Por isso, a concessão de tais ajudas deve estar sempre dependente da execução de planos de reestruturação e o seu carácter deve ser transitório e degressivo. Só assim se poderá avaliar o impacto do auxílio na recuperação do sector, garantindo que as verbas mobilizadas sejam proporcionais às dificuldades do mesmo.

Os custos sociais das operações de reestruturação justificam ainda a admissibilidade dos chamados auxílios de urgência («aides de sauvetage»), limitados na última decisão da Comissão sobre o sector siderúrgico ⁽³⁹⁾ a um período de seis meses, bem como dos auxílios destinados a enfrentar as consequências sociais ou regionais da reestruturação, expressamente admitidos pela quinta directiva do Conselho relativa à construção naval ⁽⁴⁰⁾.

c) *Política comunitária no domínio dos auxílios gerais*

Para além das medidas nacionais do tipo das anteriormente analisadas — isto é, ligadas a objectivos de desenvolvimento regio-

⁽³⁸⁾ Cf. «Treizième rapport sur la politique de concurrence — 1983», Bruxelles, 1984, p. 152. N.º 229 § 3.º: «...Il ne suffit pas d'apporter des modifications mineures à la ligne de produits ou à l'organigramme. Il faut encore prouver que les modifications envisagées sont suffisantes pour garantir, à moyen ou à long terme, la viabilité de l'entreprise sans nouvelles aides.»

⁽³⁹⁾ Cf. Decisão da Comissão n.º 2320/81/CECA, JO L 228/14, 13-8-1981. Embora a Comissão actue, neste caso, com base nos poderes que lhe confere o tratado de Paris, designadamente o seu art. 95.º, o sentido das orientações tomadas integra-se na filosofia geral da Comissão em matéria de auxílios públicos às empresas.

⁽⁴⁰⁾ Cf. Directiva do Conselho n.º 81/363/CEE, JO L 137/39, 23-5-1981.

nal ou de apoio sectorial — a Comissão é frequentemente confrontada com disposições legislativas de enquadramento genérico da actividade de fomento do Estado, como a lei belga de 30 de Dezembro de 1970 sobre a expansão económica ⁽⁴¹⁾ ou a lei holandesa de 29 de Junho de 1978 relativa à promoção e orientação do investimento ⁽⁴²⁾.

Nestas hipóteses, o controlo prévio — relativo à aprovação de tais disposições legislativas — revela-se ineficaz, dada a ausência de especificidade regional ou sectorial das medidas em causa. Os mecanismos de auxílio assim criados são, pois, susceptíveis de aplicação a empresas de qualquer sector, situadas em qualquer região.

A posição de princípio adoptada pela Comissão é a de considerar este tipo de ajudas incompatível com o mercado comum.

Mas se é fácil definir, em abstracto, orientações doutrinárias, é muitas vezes difícil garantir a sua transposição para o terreno dos factos. Com efeito, a aprovação deste tipo de medidas releva na generalidade dos Estados-membros, da competência das instituições parlamentares e a Comissão tem procurado evitar, sistematicamente, qualquer conflito com os Parlamentos nacionais. Assim, limita-se a exigir a notificação dos casos mais significativos de aplicação deste tipo de medidas. Mas na sua avaliação recorre aos critérios de especificidade regional e sectorial que atrás analisámos...

Não é por acaso, aliás, que a jurisprudência relativa à «necessidade» dos auxílios resulta da apreciação de uma hipótese de auxílio geral.

d) *Novas orientações quanto à apreciação da compatibilidade dos auxílios públicos às empresas com o mercado comum*

O recurso frequente por parte dos Estados a auxílios de tipo geral levou a Comissão a reequacionar — no sentido de um maior

⁽⁴¹⁾ Cf. Decisão da Comissão n.º 72/173/CEE, JO L 105/13, 4-5-1972.

⁽⁴²⁾ Cf. Decisão da Comissão n.º 79/743/CEE, JO L 217/17, 25-8-1979.

rigor — os seus critérios de interpretação do art. 92.º. As novas orientações comunitárias quanto à apreciação da compatibilidade dos auxílios públicos às empresas com o mercado comum resultam da decisão «Philip Morris», confirmada no essencial pelo acórdão proferido no processo 730/79 (43).

A Comissão confirma que a apreciação dos auxílios gerais deve ser feita casuisticamente e que a admissibilidade de determinada medida, adoptada com base num regime de auxílios gerais, deve ser julgada à luz dos critérios próprios dos auxílios regionais e/ou dos auxílios sectoriais. Isto é, se não corresponder às exigências de desenvolvimento de certa região ou de estímulo a certo sector, nos termos atrás definidos, a incompatibilidade com o mercado comum não é sanável.

Mas mais; pondo como regra que as excepções devem ser interpretadas restritivamente, a Comissão faz uma leitura do n.º 3 do art. 92.º, designadamente da sua alínea c), no sentido de que as derrogações só aproveitam a ajudas «...dont la Commission est à même d'établir que, sans elles, le jeu du marché ne permettrait pas d'obtenir à lui seul des entreprises bénéficiaires qu'elles adoptent un comportement de nature à contribuer à la réalisation de l'un des objectifs visés par ces dérogations» (44).

Dito de outra forma, não basta a constatação objectiva de que o auxílio em causa favorece o desenvolvimento de determinada região ou permite fazer face às dificuldades de certo sector. É preciso que se constate também que, sem o auxílio, aquela empresa concreta não estaria em condições de realizar a operação em causa. Ou, de forma ainda mais simples: não basta que o auxílio seja útil; é preciso que seja necessário.

Inútil insistir quanto às implicações desta orientação relativamente ao alcance das derrogações ao princípio de incompatibilidade.

(43) Cf. (nota 42) e Acórdão do TCE de 17-9-1980, proc. 730/79, «Philip Morris c. Commission», Rec. 1980, p. 2671.

(44) Cf. (nota 42), p. 18 (III — considerando 2).

e) *A situação particular das empresas públicas*

O capítulo I, do Título I, da Terceira Parte do Tratado de Roma aplica-se por igual às empresas privadas e às empresas públicas. Tal resulta, quer da economia geral do tratado, quer dos termos das disposições que integram aquele capítulo.

Assim, face às normas constantes dos arts. 85.º e 86.º, por um lado, e dos arts. 92.º e 93.º, por outro lado, o estatuto das empresas públicas é idêntico, em termos substantivos, ao das empresas privadas.

Pode, pois, dizer-se que a norma constante do n.º 1 do art. 90.º não é mais do que um caso particular de aplicação da cláusula geral do art. 5.º ⁽⁴⁵⁾. E por isso constitui, de alguma forma, uma repetição.

Não sendo indispensável, ela é no entanto útil. Com efeito, assim fica vincado o desígnio dos autores do tratado de, não obstante os laços particulares — designadamente de natureza financeira — que ligam o Estado às suas empresas, submeter estas últimas à disciplina do mercado em igualdade com as empresas privadas.

A particularidade do art. 90.º resulta do seu n.º 3, ao conferir poderes especiais à Comissão para garantir o respeito do princípio da igualdade. No uso de tal faculdade a Comissão emitiu, em 1980, uma directiva relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados e as empresas públicas ⁽⁴⁶⁾.

Visa-se com este instrumento jurídico — através do estabelecimento de obrigações precisas quanto à prestação de informações relativas às contas das empresas públicas e à utilização dos dinheiros públicos a elas afectos — distinguir com clareza o papel do Estado enquanto «poder público» e enquanto proprietário ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ Cf. «Semaine de Bruges 1968 — L'entreprise publique et la concurrence», Bruges, 1969, p. 393; ver ainda nesta área Alan C. Page, «Member states, public undertakings and article 90», ELR, 1982, p. 19.

⁽⁴⁶⁾ Cf. Directiva da Comissão n.º 80/723/CEE, JO L 195/35, 29-7-1980.

⁽⁴⁷⁾ Note-se, no entanto, que o conceito de empresa pública, para efeitos da aplicação desta directiva, é muito amplo. Cf. art. 2.º «...toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.»

Como se sublinha num dos considerandos da directiva, em relação à matéria que agora nos ocupa, «...une application efficace et équitable aux entreprises publiques et privées des règles du traité CEE concernant les aides ne peut se faire que pour autant que ces relations financières soient rendues transparentes» (48).

E o recurso de anulação intentado pelos governos francês, italiano e britânico, com a intervenção dos governos holandes e alemão — de que um dos fundamentos era a existência de discriminação em detrimento das empresas públicas —, foi julgado improcedente pelo Tribunal das Comunidades (49).

IV — REFLEXOS DA DISCIPLINA COMUNITÁRIA DOS AUXÍLIOS PÚBLICOS ÀS EMPRESAS NA CARACTERIZAÇÃO DO SISTEMA ECONÓMICO PORTUGUÊS

A análise que realizámos na terceira parte deste trabalho revelou-nos que a Comissão, ao exercer as competências que lhe são atribuídas pelo art. 93.º, se tem colocado numa perspectiva que ultrapassa a óptica da simples conservação de condições de equilíbrio concorrencial no mercado comum. É assim, como sugerimos ao iniciar tal análise, podemos agora afirmar, sem risco de

(48) Cf. (nota 46), considerando 5.

(49) Cf. Acórdão do TCE de 6-7-1982, procs. 188 a 190/80, respectivamente, França, Itália e Grã-Bretanha c. Comissão, Rec. 1982.

Considerando 21: «...le principe d'égalité, que les gouvernements invoquent en ce qui concerne les rapports entre les entreprises publiques et les entreprises privées en général, présuppose que les deux groupes se trouvent dans des situations comparables. Or, les entreprises privées déterminent, dans les limites posées par la législation applicable, leur stratégie industrielle et commerciale en tenant compte, notamment, des exigences de rentabilité. Les décisions des entreprises publiques, par contre, peuvent subir l'impact de facteurs d'un ordre différent, dans le cadre de la poursuite, par les autorités publiques qui peuvent influencer ces décisions, des buts d'intérêt général. Les conséquences économiques et financières d'un tel impact conduisent à l'établissement, entre ces entreprises et les pouvoirs publics, de relations financières d'un type particulier, différentes des relations qui existent entre les autorités publiques et les entreprises privées. Comme la directive concerne justement ces relations financières particulières, le moyen fondé sur l'existence d'une discrimination ne saurait être retenu.»

erro de apreciação, que as regras do tratado relativas aos auxílios públicos às empresas têm servido de base jurídica, se não para a elaboração de verdadeiras políticas comunitárias, pelo menos para um enquadramento comunitário eficaz de certas políticas nacionais.

Desta circunstância decorrem inevitavelmente algumas consequências para a caracterização do sistema económico concreto dos Estados-membros. E o nosso propósito nesta quarta parte é o de explorar algumas pistas de reflexão no que diz respeito ao impacto de tais orientações na caracterização do sistema económico português, na eventualidade da adesão do nosso País à Comunidade.

Sem qualquer pretensão de esgotar as questões, julgamos poder distinguir, com utilidade, três níveis de análise: o da caracterização e equilíbrio dos sectores de propriedade dos meios de produção; o das garantias de existência de uma concorrência efectiva entre as empresas e o da escolha de instrumentos de política económica.

a) *Ao nível do equilíbrio dos sectores de propriedade dos meios de produção*

A disciplina comunitária dos auxílios públicos às empresas não interfere, em princípio, com a definição e a extensão em cada Estado-membro, dos sectores de propriedade dos meios de produção. O que não significa que certa medida concreta de nacionalização ou de participação pública no capital de uma empresa não possa ser contrária ao art. 92.º Com efeito, o Tratado de Roma quer-se neutro, nos termos do art. 222.º⁽⁵⁰⁾, do ponto de vista do regime de propriedade, designadamente de bens de produção, vigente em cada Estado-membro.

⁽⁵⁰⁾ Art. 222.º: «O presente tratado em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-membros.»

Muito se tem discutido sobre a interpretação desta disposição, não existindo consenso na doutrina quanto ao seu alcance. Pela nossa parte, entendemos que: ⁽⁵¹⁾

- 1.º — o tratado não opta expressamente por qualquer regime de propriedade dos meios de produção;
- 2.º — um regime em que a regra seja a atribuição da propriedade dos meios de produção ao Estado ou outras entidades públicas e a propriedade privada a excepção, contrária a filosofia geral do tratado — assente na noção de mercado — embora não directamente a letra do art. 222.º;
- 3.º — as nacionalizações não são, in abstracto e genericamente, incompatíveis com o direito comunitário;
- 4.º — a legalidade das medidas concretas de nacionalização deve aferir-se em função da sua compatibilidade com as normas substantivas de direito económico comunitário, designadamente as referentes aos monopólios nacionais de natureza comercial, ao direito de estabelecimento, às práticas comerciais restritivas e aos auxílios públicos às empresas.

Daqui decorre que a participação pública no capital de uma empresa pode ser contrária ao tratado, nomeadamente ao seu art. 92.º, se preencher os requisitos que levem à sua qualificação como auxílio público ⁽⁵²⁾.

A este respeito é elucidativa a decisão da Comissão, de 22 de Julho de 1982, relativa a medidas tomadas pelo governo belga em favor de uma empresa do sector do papel ⁽⁵³⁾.

O conjunto de medidas em causa — visando evitar o encerramento da empresa — incluía a participação do governo regional da Wallonie no capital da sociedade.

Ora, a análise da situação feita pela Comissão, à luz dos critérios decorrentes da jurisprudência «Philip Morris», levou a

⁽⁵¹⁾ Cf. sobre o alcance do art. 222.º (nota 45), em especial o relatório de Luigi Ferrarini-Bravo, pp. 409-438.

⁽⁵²⁾ E não for susceptível de derrogação com base nos n.ºs 2 e 3 do art. 92.º

⁽⁵³⁾ Cf. Decisão da Comissão n.º 82/670/CEE, JO L 280/30, 2-10-1982.

considerar que, contrariamente aos restantes auxílios previstos, a participação no capital da empresa era incompatível com o mercado comum. Lê-se, com efeito, a páginas 32 do Jornal Oficial: «l'aide octroyée par le gouvernement belge sous forme d'une prise de participation dans le capital de l'entreprise bénéficiaire n'est pas directement liée à la restructuration de l'entreprise; il s'agit d'une aide de sauvetage destinée à permettre à l'entreprise de faire face à ses engagements financiers» ⁽⁵⁴⁾.

Não foi pois o facto de se tratar de uma medida através da qual uma parte do capital social da empresa passava para a titularidade dos poderes públicos que levou a Comissão a condenar a operação, mas tão só a circunstância de se tratar de uma vantagem financeira concedida sem contrapartida, susceptível de restringir a concorrência e afectar o comércio intracomunitário.

No seu último relatório sobre a política de concorrência, a Comissão exprime, no entanto, preocupações sérias pela multiplicação de situações deste tipo, sobretudo em sectores em crise. E embora recorde o princípio da neutralidade do tratado no que diz respeito aos regimes de propriedade, expresso no art. 222.º, não deixa de sublinhar que nos encontramos perante auxílios públicos, incompatíveis com o direito comunitário, «...lorsque les États fournissent des capitaux aux entreprises à des conditions qui ne sont pas équivalentes à celles que réclamerait un investisseur travaillant dans les conditions normales du marché ou lorsqu'ils remplacent de la sorte des formes d'aides plus classiques» ⁽⁵⁵⁾.

Pensamos, no entanto, poder concluir que a aplicação a Portugal das normas do art. 92.º não provocará, por si só, qualquer alteração significativa na definição e no equilíbrio dos sectores de propriedade dos meios de produção que decorre do nosso sistema jurídico-económico. E isto não só pelas razões de princípio que decorrem do art. 222.º do Tratado de Roma, mas também porque não é política das autoridades portuguesas — nem é previsível que o venha a ser num futuro próximo — multiplicar a participação do Estado no capital social de empresas em dificuldade, com o objectivo de as recuperar.

⁽⁵⁴⁾ Cf. (nota 53).

⁽⁵⁵⁾ Cf. (nota 38), p. 148, n.º 222.

b) *Ao nível da garantia de uma concorrência efectiva entre as empresas*

Um segundo nível de análise a considerar diz respeito à salvaguarda da concorrência. E aqui são de esperar consequências mais significativas para a caracterização do sistema económico português da aplicação da disciplina comunitária dos auxílios públicos às empresas. São duas as razões fundamentais que nos inclinam para tal conclusão.

A primeira diz respeito à aplicação da Directiva da Comissão n.º 80/723/CEE, relativa à transparência das relações financeiras entre o Estado e as empresas públicas ⁽⁵⁶⁾. A segunda resulta do sentido em que a Comissão tem utilizado os poderes de controlo que lhe atribui o art. 93.º — confirmado, no essencial, pela jurisprudência do Tribunal.

Uma das condições essenciais para a existência de concorrência efectiva ⁽⁵⁷⁾ numa economia mista é que as empresas públicas — excepto quando delas sejam pedidos serviços a prestar à colectividade — se pautem por critérios de rentabilidade económica. Esta só pode ser assegurada através de uma gestão eficaz e responsável, exigindo independência de decisão e transparência nas relações financeiras com o Estado. E deste se deve esperar que se comporte, no mercado, como qualquer investidor normalmente o faria.

Não será difícil admitir que nem sempre tem sido esse o padrão por que se tem pautado o comportamento dos poderes públicos em Portugal. E que do reforço da disciplina exigida do Estado e das suas empresas sairão reforçadas as condições de concorrência no mercado português

Mas para além do impacto específico do direito comunitário no sector empresarial do Estado, resultante da aplicação desta directiva, pensamos que o sentido em que o art. 92.º tem sido aplicado reforçará também a lógica de mercado em Portugal. Concludente parece-nos ser, quer a jurisprudência relativa à transparência e

⁽⁵⁶⁾ Cf. (nota 46).

⁽⁵⁷⁾ No sentido de «workable competition».

controlo dos mecanismos de financiamento ⁽⁵⁸⁾, quer a jurisprudência relativa às condições de modificação do equilíbrio concorrencial ⁽⁵⁹⁾, quer, finalmente, a jurisprudência referente à «necessidade» dos auxílios ⁽⁶⁰⁾.

Deve-se, no entanto, admitir que o desenvolvimento das condições de concorrência no mercado interno depende, em primeira linha, dos mecanismos da ordem jurídico-económica de cada Estado — designadamente da aplicação de um direito da concorrência que entre nós dá os seus primeiros passos.

c) Ao nível da escolha de instrumentos de política económica

Vimos que o «auxílio público» é, no sistema do tratado, um conceito muito amplo, cobrindo potencialmente medidas que relevam, quer das políticas monetária e cambial, quer da política financeira, quer das políticas de rendimentos e preços.

O que significa que o direito comunitário condiciona a utilização de tais instrumentos pelos Estados-membros, devendo estes, ao formular as suas opções, tomar em consideração tal condicionamento. A inobservância do mesmo pode dar lugar a procedimento judicial perante o Tribunal das Comunidades. E da constatação de uma infracção ao art. 92.º decorre para o Estado faltoso a obrigação jurídica de cessação imediata do comportamento ilícito e de reposição da situação anterior à violação da norma comunitária. Na jurisprudência «Kohlegesetz» ⁽⁶¹⁾ o Tribunal admite mesmo que essa obrigação pode comportar a exigência de restituição do auxílio concedido em violação do tratado ⁽⁶²⁾.

Não pensamos, no entanto, que do art. 92.º decorra, em termos de necessidade lógica, a exclusão de qualquer tipo de medida. O art. 92.º não limita a intervenção económica do Estado enquanto

⁽⁵⁸⁾ Cf. (nota 37).

⁽⁵⁹⁾ Cf. (nota 26).

⁽⁶⁰⁾ Cf. (nota 43).

⁽⁶¹⁾ Cf. Acórdão do TCE de 12-7-1973, proc. 70/72, «Commission c. Allemagne», Rec. 1973, p. 813.

⁽⁶²⁾ Cf. (nota 61), considerando 13.

tal, limita sim o sentido de tal intervenção. O Estado não deve sobrepor-se ao mercado, suprimindo ou atenuando a sanção do mesmo — isto é, o desaparecimento das empresas não competitivas ⁽⁶³⁾ — a não ser que a sua intervenção se faça no sentido do desenvolvimento e não no da simples conservação do *statu quo*. Daí a posição de princípio da Comissão contra os auxílios públicos que se não inscrevam numa lógica de desenvolvimento regional ou sectorial — quer se trate da reestruturação de sectores em crise, quer se trate de estímulos a sectores de ponta.

A repercussão das orientações comunitárias relativas aos auxílios públicos às empresas na escolha de instrumentos de política económica por parte dos Estados é, pois, mais de natureza qualitativa que quantitativa.

Da sua aplicação a Portugal não resultará necessariamente «menos Estado» — para utilizar uma expressão que parece fazer moda. O que poderá resultar, ao menos tendencialmente, é uma intervenção deste qualitativamente superior.

CONCLUSÃO

A análise realizada revela uma incidência muito vincada da ordem comunitária na caracterização do sistema económico concreto dos Estados-membros. Não que ela implique uniformidade de soluções, e aí estão as diferentes experiências nacionais a prová-lo, mas supõe certamente um certo grau de convergência das orientações fundamentais adoptadas ao nível de cada Estado.

Assim, a adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia — assente que está a compatibilidade dos modelos quanto ao sistema económico abstracto — implicará um esforço de adaptação

⁽⁶³⁾ Cf. quanto a este ponto, o teor de duas decisões da Comissão separadas por mais de uma década: a Decisão n.º 72/34/CEE JO L 10/22, 13-1-1972 «...ces crédits aux entreprises en difficulté ont empêché le jeu normal de l'économie du marché en supprimant la sanction de celui-ci, c'est à dire la disparation des entreprises non compétitives...»; e a Decisão n.º 82/670/CEE (nota 53) — «...une telle aide destinée à permettre le maintien en activité de capacités de production est de nature à porter une atteinte particulièrement grave aux conditions de concurrence, car le libre jeu des forces du marché exigerait normalement la fermeture de l'entreprise ce qui permettrait aux coucurrents plus compétitifs de se développer.»

da ordem jurídico-económica interna aos padrões comunitários. Esse esforço de adaptação terá repercussões a dois níveis.

Ao nível legislativo, exigindo a modificação das disposições legais cujo conteúdo normativo seja incompatível com o tratado — e na área que nos preocupa, com os arts. 92.º a 94.º

Ao nível da definição e execução das políticas concretas, uma vez que a utilização dos instrumentos disponíveis está limitada pelos condicionalismos que atrás analisámos.

Saliente-se a título de exemplo, no que diz respeito aos ajustamentos necessários no domínio legislativo, o chamado Sistema Integrado de Incentivos ao Investimento (SIII) ⁽⁶⁴⁾. Como já foi apontado por Isabel Jalles ⁽⁶⁵⁾ é duvidoso que o método dos pontos entre nós adoptado seja compatível com os princípios de coordenação constantes da última Comunicação ⁽⁶⁶⁾. Se tal entendimento vingasse ao nível da Comissão e — em última instância — ao nível do Tribunal, daí decorreria para o Estado português a obrigação de proceder às adaptações legislativas adequadas. O SIII encontra-se, aliás, neste momento em fase de revisão.

No domínio dos condicionalismos impostos à utilização dos instrumentos disponíveis citem-se, também a título de mero exemplo, a Lei n.º 1/73 ⁽⁶⁷⁾ relativa à concessão de avales do Estado a operações de crédito interno ou externo a realizar por empresas nacionais e o Decreto-Lei n.º 51/75, que criou o Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas Industriais (IAPMEI), ao qual compete decidir sobre a concessão de avales a prestar a PMEs ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁴⁾ Cf. Decreto-Lei n.º 194/80, de 19 de Junho, DR n.º 139, I Série, 19-6-1980.

⁽⁶⁵⁾ Cf. Isabel Jalles, «Ajudas de Estado com finalidade regional no âmbito do Mercado Comum», Ass. Eur., 1982, p. 81.

⁽⁶⁶⁾ Cf. (nota 36).

⁽⁶⁷⁾ Cf. Lei n.º 1/73, de 2 de Janeiro, DG n.º 1, I Série, 2-1-1973. Ver, sobre a natureza jurídica e efeitos do aval do Estado, o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, homologado por despacho do Secretário de Estado do Tesouro de 26-8-83, DR n.º 4, II Série, 5-1-84 e ainda Costa Freitas, «O aval do Estado. Natureza jurídica e efeitos», Boletim Ord. Advg., n.º 23, Fev. 84, p. 4.

⁽⁶⁸⁾ Cf. Decreto-Lei n.º 51/75, de 7 de Fevereiro, DG n.º 32, I Série, 7-2-1975 e Despacho Normativo n.º 231/78, de 15 de Setembro, DR n.º 213, I Série, 15-9-1978.

Nestes dois casos estamos perante diplomas legais de tal forma genéricos ⁽⁶⁹⁾ — implicando a qualificação dos mecanismos por eles estabelecidos como auxílios gerais — que o controlo comunitário, para ser eficaz, se terá de fazer casuisticamente mediante notificação ⁽⁷⁰⁾. E na apreciação dos casos concretos a Comissão não deixará de aplicar os critérios regionais e sectoriais já mencionados.

Daqui decorre — e com esta nota terminamos as nossas observações finais — que a utilização pelas autoridades portuguesas de mecanismos de incentivo ao desenvolvimento económico e social depende, em larga medida, de uma escolha adequada de prioridades e meios e da capacidade de negociação que a Administração nacional demonstrar perante o executivo comunitário.

Concluimos assim que a aplicação a Portugal da disciplina comunitária dos auxílios públicos às empresas reforça os mecanismos de garantia da concorrência e a lógica de mercado no sistema económico (concreto) português, sem coarctar uma intervenção adequada do Estado no sentido do desenvolvimento económico e social — antes a racionalizando.

⁽⁶⁹⁾ Cf., designadamente o teor da Base II da Lei n.º 1/73.

⁽⁷⁰⁾ No caso das PME's pode falar-se de um «preconceito» favorável da Comissão relativamente à concessão de auxílios a tal tipo de empresas. Cf. «Sixième rapport sur la politique de concurrence — 1976», Bruxelles, 1977, p. 150, n.º 253 s.