

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA
INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO
FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

C&R

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Periodicidade: Trimestral

Direção: João Espírito Santo Noronha • Luís Silva Morais
Presidência do Conselho Científico: Eduardo Paz Ferreira • Manuel Sebastião
Presidência do Conselho de Redação: Paulo de Sousa Mendes

ANO I • NÚMERO 3
JULHO – SETEMBRO 2010



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL (IDF)

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA



AS ENERGIAS RENOVÁVEIS: UMA LUZ VERDE AOS AUXÍLIOS DE ESTADO?¹

Ana Rita Gomes de Andrade²

ABSTRACT: *In the current European legal framework for renewable energies, a topic stands out due to its interest and importance, especially in times of harsh economical crisis: state aid. European environmental commitments, progressively more evident and oriented, and that correspond, in part, to an inducement and a support to renewable energies – are in fact a green light for Member States to press forward internal aid to the production and distribution of these energy sources? What sort of European control will remain over these incentives, even if a certain degree of flexibility and of legal opening exists in the name of a greater objective – fitting climate change and global warming? What criteria and specificities these aids to the renewable energy sector entail? In this article, we shall meditate on these issues and how the European Legislator has tried to balance the laudable incentive to renewable energies and the control it must maintain over the instinctive economical interference of the States in their industries, which tends to distort the unstable competitive common market.*

SUMÁRIO: 1. Nota preliminar. 2. Introdução: O tema. 3. Critérios: “Menos Auxílios e mais orientados”. 4. Especificidades dos auxílios em matéria de Energias Renováveis. 4.1. O Regime Geral de Isenção por Categoria – Um passo desejado e inovador. 4.2. A existência de um benefício efectivo, novo e excepcional para o ambiente. 4.3. A categórica necessidade do auxílio. 4.4. A intensidade do auxílio. 5. As Orientações 2008 – Novas e inovadoras? 6. Recurso aos tribunais nacionais – uma nova “frente”. 7. Considerações finais.

1 Trabalho preparado para avaliação final da Pós-Graduação em Direito da Energia 2009, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, coordenada pelo Professor Doutor Jorge Miranda e pela Professora Doutora Carla Amado Gomes.

2 Advogada do Departamento de Direito Concorrência, Direito Comunitário e Regulatório da Sociedade Rebelo de Sousa & Advogados Associados, RL.

“The State aid guidelines are a significant contribution to Energy and Climate Change policy in the Union and to the continuing process of the State aid reform. This is a win-win opportunity for the Member States to finance environmental projects and for economic growth in the EU.”

NEELIE KROES, Anterior Comissária Europeia para a Concorrência¹

1. NOTA PRELIMINAR

No actual quadro jurídico comunitário das energias renováveis, um tema se destaca pelo seu interesse e relevância, sobretudo nos actuais tempos de aguda crise económica: o dos auxílios de Estado.

Os compromissos ambientais europeus, progressivamente mais claros e direccionados² e que se traduzem, em parte, em incentivo e apoio às energias renováveis – serão uma luz verde para os Estados avançarem com auxílios internos à produção e distribuição destas fontes?

Que controlo comunitário permanece sobre tais incentivos, pese embora alguma flexibilidade e abertura legislativa em razão de um objectivo mais amplo – o combate às alterações climáticas e ao aquecimento global? Que critérios e especificidades envolvem estas ajudas no sector das energias renováveis?

Nas páginas que se seguem reflectiremos acerca destes problemas e de como o legislador comunitário tem procurado alcançar o equilíbrio entre o louvável incentivo às energias renováveis e o controlo que deve manter sobre a *instintiva* interferência económico-financeira dos Estados na sua indústria nacional, que tende a distorcer o periclitante mercado comum concorrencial.

2. INTRODUÇÃO – O TEMA

A Comunicação da Comissão Europeia relativa ao *Enquadramento Comunitário dos Auxílios Estatais a Favor do Ambiente* (2008/C82/01) – doravante Orientações 2008 – é, como resulta do próprio preâmbulo (Considerando 4),

1 KROES, Neelie, in *opening page* do site da DG COMP, *Energy and Climate Change*, disponível em: http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/environment_en.html [consultado em 13.09.2010].

2 Como disse e bem a representante da European Renewable Energies Federation (EREF), FOUQUET Dörte, na *Round Table on Environmental Protection and Climate Change – Cost, opportunities and the role of public support*, de 27 de Maio de 2008, as energias renováveis passaram de “nice to have” to “necessary to push forward” – apresentação disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/conferences/fouquet.pdf> [consultado em 13.09.2010].

um dos instrumentos para aplicar o Plano de Acção construído pelo Conselho Europeu quando, na Primavera de 2007, decidiu lançar o repto aos Estados-membros – que o assumiram como um compromisso firme – de reduzir no espaço europeu, até 2020, pelo menos, 20% das emissões de gases com efeito de estufa, e em 20% o consumo energético, *subscrevendo ainda, como meta mínima e vinculativa, a de que 20% desse consumo seriam de energias renováveis*. Estabeleceu-se ainda uma outra meta, igualmente vinculativa, de 10% de biocombustíveis no consumo total de gasolina e gasóleo para transportes, em cada Estado-Membro.

Os auxílios de Estado ganham desta forma e nesta matéria como que uma legitimidade pública, não obstante a sua proibição genérica nos termos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). A Comissão assume a importância do papel que podem ter na dinamização deste sector, chocando com o carácter proibido, limitado e regressivo do seu regime genérico.

Estas Orientações 2008 servem os propósitos da segurança e da transparência jurídica na apreciação dos auxílios por parte da Comissão Europeia, sobretudo numa matéria de melindrosa diplomacia política, por isto que os potenciais infractores são directamente os Estados-membros e não empresas que actuam no mercado europeu, como acontece por regra noutras infracções jusconcorrenciais – como nos cartéis ou nas concentrações.

3. CRITÉRIOS: “MENOS AUXÍLIOS E MAIS ORIENTADOS”³

Os auxílios de Estado não podem ser vistos de forma maniqueísta – totalmente perversos ou totalmente vantajosos – razão pela qual “equilíbrio” é uma palavra de força nesta matéria.

A Comissão optou, no mencionado Plano de Acção, por menos auxílios (restringindo o número dos admissíveis) mas mais orientados (prevendo um aumento muito significativo e sem precedentes no montante / intensidade do auxílio directamente relacionado com a protecção do ambiente).

Encontramos, pelo menos, três motivos para esta curiosa *aposta* comunitária nos auxílios de Estado, *genericamente proibidos*, relembre-se, *no artigo 107.º, n.º 1 do TFUE*:

³ Expressão feliz usada pela Comissão no seu plano de acção em matéria de auxílios de Estado, in «Plano de Acção no domínio dos auxílios estatais – Menos auxílios estatais e mais orientados: um roteiro para a reforma dos auxílios estatais 2005-2009», 2005, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0107:FIN:pt:PDF> [consultado em 13.09.2010].

(i) *Alternativa ao Princípio do Poluidor Pagador*

Os auxílios de Estado podem substituir de forma positiva o paradigma do Princípio do Poluidor Pagador (PPP) – que, na vertente da promoção de Energias Renováveis, se pode mostrar limitado e insuficiente. Inovador no seu tempo, o PPP está hoje algo desfasado em relação aos novos objectivos comunitários, que vão além deste princípio. Ainda que se pague, a poluição existe, e é esta que se pretende reduzir... Pagar não pode continuar a ser a única forma de eximir a responsabilidade dos operadores energéticos – tem de haver uma mudança de paradigma e o PPP continua preso a uma concepção que se deseja ultrapassar.

(ii) *Alavanca económica para o sector das Energias Renováveis*

O auxílio de Estado deve ser um mecanismo de incentivo, oferecendo apoio e vantagens económicas aos empresários que estejam dispostos, apesar do custo acrescido na sua instalação e funcionamento, a aceitar esta nova energia.

(iii) *Criação de um novo mercado sustentável*

As Energias Renováveis são um “novo negócio”, a oportunidade de um novo mercado que pode gerar mais riqueza, maior crescimento económico, mais emprego. O “*green business*” atrai cada vez mais empresários e consumidores, que procuram estes produtos distintivos no mercado. Assim, ao incentivar este sector energético, os Estados estão também a impulsionar as economias nacionais.

Há, pois, razões para considerar estes auxílios como uma “*win-win opportunity*”, na citada expressão da anterior Comissária para a Concorrência, em que todos – Estados, empresários e consumidores – saem a ganhar. Mas como se constrói esta alternativa, garantindo a sã concorrência do mercado?

Analisaremos criticamente como o legislador comunitário concebeu o regime de auxílios para as Energias Renováveis – forma, tipo e intensidade do auxílio, critérios de proporcionalidade e necessidade da ajuda estatal – sem esquecer, no entanto e como acima se referiu, a maior de todas as novidades: aos olhos da Comissão e dos Estados, estes auxílios ambientais transformaram-se num instrumento de regulação económica.

4. ESPECIFICIDADES DOS AUXÍLIOS EM MATÉRIA DE ENERGIAS RENOVÁVEIS

A matéria dos auxílios de Estado é larga e complexa, com abundantes decisões e jurisprudência, para já não mencionar a vasta doutrina que sobre ela se tem debruçado. Sempre se dirá, no entanto, que, a nível nacional, os auxílios em geral foram tratados de forma parcimoniosa e dispersa, e que mesmo a nível internacional, os auxílios em matéria ambiental ainda têm espaço de crítica – não só por serem recentes, mas por estarem em contínua mutação.

Por estas razões, limitar-nos-emos às especificidades deste regime para as Energias Renováveis.

A matéria dos auxílios de Estado tem particularidades no sector do ambiente e daí que também as Energias Renováveis gozem e partilhem dessas especificidades, já que é na protecção do ambiente que estas energias têm o seu campo de acção⁴.

Destacamos e desenvolvemos abaixo alguns desses aspectos diferenciadores – os mais relevantes dos quais são, na nossa opinião:

- (i) a existência de um Regime Geral de Isenção por Categoria (RGIC);
- (ii) a existência de um benefício efectivo, novo e excepcional para o ambiente;
- (iii) a categórica necessidade do auxílio; e
- (iv) a intensidade do auxílio.

4.1. O Regime Geral de Isenção por Categoria – um passo desejado e inovador

O Regime Geral de Isenção por Categoria (RGIC)⁵ surgiu alguns meses depois da entrada em vigor das Orientações 2008, através do Regulamento (CE) n.º 800/2008 da Comissão, de 6 de Agosto de 2008⁶, declarando certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do TFUE.

4 Dispensamo-nos de abundar nesta matéria, que a Prof. Dra. Carla Amado Gomes desenvolve já, com a necessária amplitude, in Gomes, 2008.

5 Para um estudo mais aprofundado das “block exemptions”/ isenções por categoria, veja-se Rydelski, 2006: 671 ss.

6 Publicado no JO L 214 de 9.8.2008, pp. 3-47.

Consolida as várias isenções dispersas e inclui, pela primeira vez, cinco tipos de auxílios⁷ que até esse momento não beneficiavam da isenção de notificação – entre eles *os auxílios à protecção do ambiente*.

Era pela doutrina e por muitos sectores empresariais⁸ exigida a simplificação administrativa em matéria de promoção da melhoria ambiental através de um RGIC, o último passo que faltava à Comissão para mostrar o seu genuíno compromisso de apoio ao sector das Renováveis.

O RGIC introduziu, então, novas categorias de auxílios a favor do ambiente não sujeitas à obrigação de notificação⁹. Naturalmente e à semelhança do que acontece em todos os regimes de isenção, a dispensa de notificação depende do respeito pelas condições enunciadas no RGIC, sobretudo quanto às intenções. Se estes apoios ultrapassarem os limiares para a notificação individual de 7,5 M€ por empresa e por projecto de investimento, devem ser notificados e apreciados nos termos das Orientações 2008.

4.2. A existência de um benefício efectivo, novo e excepcional para o ambiente

O objectivo do controlo dos auxílios estatais é sobejamente conhecido: garantir que o Estado, através da sua intervenção económica, não distorça a favor dos “jogadores nacionais” a livre concorrência no Espaço Europeu, i.e. a Comissão pretende que a intervenção estatal seja sempre evitada, mas principalmente quando implique distorções da concorrência.

No entanto, e caso admita uma ajuda de Estado, a Comissão assegurar-se-á de que, ao nível concorrencial, os efeitos positivos dos auxílios sejam superiores aos seus efeitos negativos. Já no domínio da protecção do ambiente

7 Os restantes quatro novos tipos isentos da obrigação de notificação são os auxílios à inovação, auxílios à investigação e ao desenvolvimento a favor das grandes empresas, auxílios sob forma de capital de risco e auxílios às pequenas empresas recentemente criadas por mulheres empresárias.

8 Era o caso da INFORSE (*The International Network for Sustainable Energy*), uma rede de organizações não-governamentais independentes cujo escopo consiste em encontrar soluções para energias sustentáveis – uma das muitas vozes que reclamava a existência de um regime de excepção, como no texto disponível em <http://www.inforse.org/europe/pdfs/INFORSE-on-state-aid.pdf>.

9 Estão isentos da obrigação de notificação, nos casos e termos admitidos pelo RGIC, *os auxílios ao investimento que permitem às empresas superar as normas comunitárias em matéria de protecção do ambiente ou, na sua ausência, aumentar o nível de protecção do ambiente; os auxílios à aquisição de novos veículos de transporte que superem as normas comunitárias ou, na sua ausência, que melhorem o nível de protecção do ambiente; os auxílios à adaptação antecipada a futuras normas comunitárias a favor das PME; os auxílios ao investimento a favor de medidas de poupança de energia; os auxílios ao investimento a favor da co-geração de elevada eficiência; os auxílios ao investimento a favor da promoção da energia produzida a partir de fontes renováveis; os auxílios a favor de estudos ambientais; e os auxílios sob a forma de reduções ou isenções de impostos ambientais*.

nasce uma preocupação adicional, uma vez que o controlo destas ajudas estatais consiste em assegurar que com os auxílios se obtém um *nível de protecção do ambiente superior ao que ocorreria sem os auxílios*.

Esta exigência de um benefício efectivo, novo e excepcional para o ambiente fica bem patente nas Orientações 2008, sobretudo no que se prende com a definição dos custos elegíveis para fins do benefício a receber.

Repare-se que são apenas custos elegíveis, em matéria de *auxílios a favor de fontes de Energias Renováveis*:

(i) Quanto aos *auxílios ao investimento*:

Os custos estritamente limitados aos custos de investimento *suplementares* suportados pelo beneficiário em relação a uma central eléctrica convencional ou a um sistema de aquecimento convencional com a mesma capacidade (investimento de referência). Os auxílios para biocombustíveis só são permitidos em relação a biocombustíveis *sustentáveis*.

Ou seja, não se trata, por exemplo, de abranger com o auxílio um projecto de construção de um parque eólico por inteiro. Deve encontrar-se um “investimento de referência”, neste caso, na produção de electricidade, com a mesma capacidade produtiva, e apresentar apenas como custos elegíveis o diferencial de custos em relação ao dito “investimento de referência”.

(ii) Quanto aos *auxílios ao funcionamento*:

Estes limitam-se a cobrir o diferencial entre o custo de produção da energia produzida a partir de fontes energéticas renováveis e o preço de mercado do tipo de energia em causa.

Aqui, o critério ganha algum interesse para o empresário das Energias Renováveis, já que no investimento à instalação o diferencial pode ser insignificante ou nulo (depende, claro, do “investimento de referência”), enquanto que o custo de produção da energia renovável é quase sempre superior ao da restante energia não sustentável, razão pela qual as candidaturas incluem sempre um pedido de auxílio ao funcionamento.

4.3. A categórica necessidade do auxílio

Contrariamente ao que acontece noutros tipos de auxílios – em que se pode admitir que o pedido da empresa ao Estado-membro anteceda o pedido de autorização deste à Comissão (veja-se o exemplo dos auxílios com finalidade

regional¹⁰) – aqui, em matéria ambiental, a decisão de investir e/ou produzir Energias Renováveis tem de estar totalmente dependente da concessão do auxílio. Em nosso entender e apesar de se tratar de um aspecto aparentemente menor, esta característica será marcante na forma como o auxílio às Energias Renováveis está estruturado.

Mas a necessidade do auxílio manifesta-se noutras exigências da Comissão, como seja a de que os projectos não sejam “*intrinsecamente atractivos*”.

Ou seja, no âmbito dos seus poderes de controlo, a Comissão verificará se o investimento não teria sido realizado na ausência de qualquer auxílio estatal.

Isto é, se o projecto apresenta inequívocas vantagens económicas para o beneficiário (por exemplo, aumenta as receitas e/ou diminui os custos ou o consumo de energia e de matérias – primas), de tal forma que o projecto seja “intrinsecamente atractivo” ao ponto de o beneficiário não precisar do apoio estatal para prosseguir-lo porque o projecto “vende-se” a si próprio, então, mesmo que o investimento melhore o nível de protecção do ambiente, seja pelo recurso a Energias Renováveis, seja pela melhoria da eficiência energética – o auxílio deve ser considerado incompatível com os propósitos do mercado comum.

A Comissão verificará se o investimento “não teria sido realizado na ausência de qualquer auxílio estatal” – e aqui, salvo melhor opinião, o critério terá ido longe demais, perdendo alguma coerência sistemática com o objectivo da protecção ambiental.

Vejamos,

Parte da justificação para a autorização aos auxílios de Estado reside no facto de o beneficiário não ter interesse em suportar individualmente custos por “externalidades”, nem ser movido, na sua actividade económica, por interesses ambientalistas. Logo, se acede em melhorar o nível de protecção do ambiente, para além do que lhe é legislativamente imposto, aceitará o auxílio no mínimo por não lhe trazer qualquer benefício (hipótese difícil, que admitimos como argumento), e no restante e esmagador número de casos, se lhe trouxer benefícios adicionais.

Mas a pergunta final da Comissão será esta: se o auxílio não existisse, a empresa tomaria necessariamente/economicamente a decisão de investir

10 Parágrafo 38 das Orientações Relativas aos Auxílios Estatais com Finalidade Regional para o Período 2007-2013 (2006/C 54/08), conhecidas como RAG (*Regional Aid Guidelines*), disponíveis em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:054:0013:0044:PT:PDF>.

naquele mesmo sentido (em abstracto, se a ajuda for negada, a empresa fará por si esse investimento)?

O Estado-membro deverá, neste caso, apresentar factos à Comissão, comparando, com dados e estimativas, os níveis de actividade com e sem auxílio. Ou seja, não se trata de avaliar o projecto antes e depois do auxílio, mas de aferir como estará a actividade findo o período de auxílio e como estaria, nessa mesma data, sem auxílio.

A Comissão avança dois exemplos de vantagens a ponderar em cada caso concreto – por exemplo, a possibilidade de reciclar resíduos, ou o aumento do preço ou das vendas por serem “eco-friendly”. Outro exemplo – uma actividade a jusante como a recolha de biomassa.

Em suma, quanto mais atraentes forem os motivos para a empresa, menos atraentes serão enquanto candidatos a um auxílio.

A solução parece-nos criticável, por demasiado intransigente. Cumprido o objectivo de interesse comum – a protecção ambiental – verificando-se que não há prejuízo para a concorrência e que a possibilidade do auxílio se abre a todos os operadores do mercado, não seriam de rejeitar *a priori* “projectos intrinsecamente atraentes”. Estes, além de todos os objectivos, são os que, em abstracto, podem criar riqueza e desenvolver de forma sustentável a economia.

Este aspecto traz à colação um outro, que se relaciona com alguma incongruência do sistema em matéria de auxílios de Estado: ao compartimentar auxílios por “grandes objectivos” perde a visão de complementaridade¹¹ entre objectivos. Em abstracto, um único projecto pode ser candidato a vários regimes de auxílios, *v.g.* Energias Renováveis, eficiência energética, com carácter de *eco*-inovação.

É, portanto, natural que estas ajudas possam, em abstracto, originar cumulativamente outros benefícios ambientais – que estão enumerados e desenvolvidos nas Orientações de 2008 e que se dividem em vários tipos de auxílios, nomeadamente, a favor da adopção precoce ou pioneira de normas, de estudos ambientais e de poupança de energia.

Para estes casos, a Comissão admite a cumulação, se esta não resultar numa intensidade de auxílio superior à prevista nas Orientações; e quando as despesas susceptíveis de beneficiar de auxílios a favor do ambiente forem elegíveis, no todo ou em parte, para efeitos de auxílios com outras finalidades, a

11 A Prof. Carla Amado Gomes (Gomes, 2008) alerta, na análise ao Acórdão PreussenElektra, para esta tendência de não olhar para os objectivos finalísticos dos auxílios de Estado.

parte comum fica sujeita ao limite mais favorável ao abrigo das regras aplicáveis. Esta cumulação é, contudo, imperfeita porque permite acumular um objectivo “ambiental” com outros auxílios não-ambientais (desenvolvimento regional/tecnológico ou outros), mas não objectivos ambientais entre si. Crê-se que seria um aspecto a reformular.

Uma última nota, ainda quanto à necessidade do auxílio.

São naturalmente excluídos, e aqui com toda a propriedade, os auxílios que visem apoiar as empresas a cumprir com normas comunitárias obrigatórias pré-existentes (entendidas aqui como as já em vigor ou vigentes a curto/médio prazo, embora as Orientações 2008 as não definam) de protecção ambiental. Admite-se apenas, e de forma inovadora, o auxílio às empresas que desejem ir além do exigido pelas normas comunitárias ou às empresas que inovem e implementem medidas de protecção na ausência de normas comunitárias nessa matéria. Repare-se num outro detalhe de grande importância e originalidade: os auxílios serão compatíveis mesmo que visem atingir metas nacionais, desde que estas superem as comunitárias.

O nosso país é, neste particular, um bom exemplo porque, apesar do sonoro objectivo de 20% de Energias Renováveis até 2020, abraçou antes um horizonte de 31% de Energias Renováveis para esse mesmo ano, como resulta do Programa *Portugal Eficiência 2015* – desenvolvido pelo Ministério da Economia e da Inovação. Este objectivo é, portanto, abstractamente compatível com o Mercado Comum e candidato a um auxílio estatal.

Trata-se de um plano de acção para eficiência energética desenvolvido pelo Estado Português, com medidas que visam alcançar, além da meta de 31% de renováveis na energia final em 2020, a redução da factura energética em 1% ao ano, e em aumentar em 10% a eficiência energética até 2015.

4.4. A intensidade do auxílio

Na protecção ambiental, a percentagem de auxílio autorizável atinge níveis muito relevantes e excepcionais face a outros tipos previstos na legislação comunitária, podendo chegar a 100% dos custos elegíveis (ou mais).

É certo que a Comissão se preocupou em diminuir o número de auxílios “autorizáveis” fora do RGIC (“*menos auxílios*” é a palavra de ordem), mas o mesmo não aconteceu quanto ao grau de intensidade autorizada da ajuda. Aliás, nas actuais orientações há um aumento significativo da intensidade do auxílio, quer em relação às anteriores Orientações de 2001, quer em relação ao então projecto das Orientações hoje em vigor.

Não interessa sobremaneira nem se justifica descrever em pormenor as intensidades dos auxílios, mas é de sublinhar o facto de, contra os característicos 50% de auxílio sobre os custos elegíveis, no campo das Renováveis, se estabelecerem à partida 60%, com uma majoração adicional para as pequenas (20%) e médias (10%) empresas quando estas introduzam melhorias da protecção ambiental (na ausência de normas nacionais ou comunitárias que as imponham). Também se prevê a aplicação de uma majoração adicional e cumulativa (mais 10%), caso o projecto preveja uma *eco*-inovação (isto é, um projecto inédito ou de melhoria substancial de risco comercial acrescido mas com um benefício significativo e extraordinário para o ambiente).

A intensidade máxima dos 100% está prevista para casos específicos. Destacam-se dois aspectos, que evidenciam as preocupações de transparência quando a intensidade do auxílio possa atingir aquela percentagem dos custos elegíveis:

- *Necessidade de um concurso público*. Não se define o que se entende por aberto a “um número suficiente de empresas”, mas consideramos que deva tratar-se de um concurso verdadeiramente competitivo, aberto a todos os operadores ou futuros operadores e não reduzido aos chamados “players” do mercado;
- *Orçamento fechado*, no sentido de estar pré-definido, ou seja, o auxílio não pode ficar aberto e dependente do número de candidaturas, devendo o valor do auxílio pedido corresponder à candidatura e não a negociações posteriores. Aqui, serão de excluir também “derrapagens orçamentais” ou outros custos imprevisíveis.

5. AS ORIENTAÇÕES 2008 – NOVAS E INOVADORAS?

Não podendo ter-se por inovadoras face ao anterior Enquadramento de 2001, a verdade é que as Orientações 2008 consagram soluções coerentes com o objectivo de menos auxílios mas mais orientados.

Destacam-se como as principais alterações das novas Orientações 2008:

- Introdução de novos tipos de auxílios (aos estudos no domínio do ambiente, ao aquecimento urbano, a favor da gestão de resíduos, entre outros) com regras próprias de avaliação, salientando-se os auxílios destinados à adaptação precoce às normas comunitárias em matéria ambiental.
- Aumento das intensidades de auxílio de forma muito significativa – em cerca de 20% para pequenas/médias e grandes empresas. Além disso, em

casos de investimento que se traduzam numa eco-inovação¹², pode ser concedida uma bonificação adicional de 10%.

- Possibilidade de um projecto receber um apoio de 100% sobre os custos elegíveis, a qual não estava prevista nem nas anteriores Orientações, nem tão pouco no projecto destas novas Orientações. Esta intensidade máxima depende da verificação de vários requisitos, entre os quais, que a escolha de candidaturas se faça por concurso público. A Comissão marca, assim, o seu propósito de viabilizar o apoio generoso a projectos dedicados a uma melhoria efectiva na protecção do ambiente.
- As orientações de 2008 surgem na esteira da simplificação administrativa dos processos de controlo dos auxílios de Estado – fortemente criticados, por vezes, pela sua complexidade e morosidade.

(i) Estabelece duas modalidades de análise:

- *análise*, digamos, *normal* ou simplificada (Capítulo 3) – em relação a auxílios que não atinjam um determinado patamar;
- *análise aprofundada*¹³ (Capítulo 5) – que consiste num exame mais minucioso dos casos que se apresentam como mais susceptíveis de distorcer a concorrência e as trocas comerciais, por exemplo, auxílios com o *plafond* excedido (7,5M€ em investimento ou 5M€ ao funcionamento) ou auxílios a instalações com capacidade de produção superior a 125MW (no caso de biocombustíveis, com produção superior a 150.000 t por ano, e nos de co-geração, superior a 200MW) ou, ainda, auxílios a novas instalações, se o respectivo montante se basear num cálculo dos custos externos evitados (i.e., se os custos elegíveis com a protecção ambiental não forem claramente diferenciáveis).

12 Definidas nas Orientações 2008, art.º 2.2., parágrafo 4, como: “*todos os tipos de actividades inovadoras que conduzam ou visem uma melhoria significativa a nível da protecção do ambiente. A eco-inovação inclui novos processos de produção, novos produtos ou serviços, bem como novos métodos de gestão e modelos empresariais, cuja utilização ou aplicação seja susceptível de suprir ou reduzir substancialmente os riscos para o ambiente, a poluição e outros efeitos negativos que advêm da utilização dos recursos, durante todo o ciclo de vida das actividades conexas*”.

13 Estes valores estão sucintamente explicados, por meio de uma tabela, para uma consulta rápida em “*Vademecum das Regras Comunitárias em matéria de Auxílios Estatais*”, Comissão Europeia, 2008, pág. 28, disponível em: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/vademecum_on_rules_09_2008_pt.pdf [consultado em 13.09.2010].

(ii) Antecipa o Regime Geral de Isenção por Categoria

Esta Isenção veio desobrigar os Estados-Membros de notificar certas medidas de auxílio à Comissão, reduzindo assim a carga administrativa.

6. RECURSO AOS TRIBUNAIS NACIONAIS – UMA NOVA “FRENTE”

Uma derradeira nota, ainda a respeito do controlo dos auxílios – que, até agora, se tem limitado ao controlo prévio e obrigatório por parte da Comissão Europeia.

Importa realçar que existe a possibilidade de recurso aos tribunais nacionais, perante um auxílio de Estado ilegal, em matéria de Energias Renováveis, como em todas as demais. O recurso é *a posteriori*, não podendo os tribunais nacionais ou qualquer outra entidade – nomeadamente a Autoridade da Concorrência – substituir-se à Comissão nesse papel.

Recentemente, esta possibilidade de recurso aos tribunais nacionais foi, aliás, sustentada e desenvolvida numa interessante “*Comunicação da Comissão relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais*” (2009/C85/01), de 21 de Fevereiro de 2009¹⁴, que também merece destaque porque faz parte do mencionado «*Plano de Acção no domínio dos auxílios estatais – Menos auxílios estatais e mais orientados: um roteiro para a reforma dos auxílios estatais 2005-2009*».

Por meio desta comunicação, a Comissão relembra que existem outras *frentes de combate* para além da denúncia à própria Comissão.

Os auxílios concedidos através de uma decisão administrativa ou de qualquer outro acto de entidades públicas, em violação do artigo 108.º n.º 3 do TFUE, estão sujeitos ao controlo judicial pelos tribunais nacionais. Têm legitimidade para contestar um auxílio alegadamente ilegal quaisquer concorrentes que tenham um interesse directo e individual na anulação de tal auxílio, não precisando, por isso, de demonstrar que a concessão do auxílio violou directamente os seus direitos ou interesses protegidos.

É de salientar, porém, sem desprimor para o Julgador, que os tribunais nacionais denotam alguma falta de sensibilidade e uma natural falta de experiência nesta matéria, há largos anos tratada no perímetro comunitário.

14 Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:085:0001:0022:PT:PDF> [consultado em 13.09.2010].

Até à data, não se conhece qualquer decisão de anulação de auxílios estatais ilegais por parte dos tribunais portugueses, sendo ainda poucos, de resto, os casos em que os auxílios estatais foram discutidos nos tribunais nacionais. Refiram-se, a título de exemplo, os acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 15 de Março de 2000 e de 13 de Novembro de 2002, bem como o parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 41/2002, de 28 de Setembro de 2002, em todos os três se tendo concluído pela inexistência de um auxílio estatal ilegal.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema é de grande importância para o desenvolvimento da energia sustentável e logo, não será demais dizer, relevante para o Planeta.

Os auxílios de Estado foram regulados no TFUE como excepcionais, limitados e degressivos mas, ao longo dos anos, têm assumido, de objectivo em objectivo, o papel de um instrumento económico válido e necessário, desde que bem orientado e controlado, para impulsionar o Mercado em diversas frentes.

As Energias Renováveis são uma dessas “novas frentes” e os auxílios, um meio para atingir um fim: a meta mínima e vinculativa de que 20% do consumo europeu terá origem em fontes de Energias Renováveis.

Como vimos acima, a Comissão assumiu publicamente a importância destes auxílios, mas não se eximiu de os controlar, em prol do seu objectivo principal (proteger o ambiente) quando: (i) estabeleceu um desejado Regime de Isenção por Categoria, (ii) aumentou os níveis de intensidade dos auxílios para valores excepcionais, (iii) apertou os critérios da necessidade e do incentivo ao auxílio que traga benefícios evidentes, excepcionais e duradouros para o ambiente que não existiriam sem esse auxílio, e (iv) reforçou o controlo nacional dos auxílios ilegais por parte dos tribunais nacionais.

Concluimos que há efectivamente uma *luz verde* para os Estados avançarem com auxílios internos à produção e distribuição das fontes de Energias Renováveis, mas com uma certeza, porém: a presença sempre próxima de um “*polícia*” rigoroso e atento – a Comissão

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BIONDI, Andrea, ECKOUT, Piet & FLYNN, James
 2004 *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford: Oxford University Press.
- GOMES, Carla Amado
 2008 “O Regime Jurídico da Produção de Electricidade a partir de Fontes de Energia Renováveis: Aspectos Gerais” in *Cadernos “O Direito”, Temas de Direito da Energia*, n.º 3, Coimbra: Almedina.
- HANCHER, Leigh, OTTERVANGER, Tom & SLOT, Piet Jan
 1999 *E.C. State Aids*, London: Sweet & Maxwell.
- MARTIN, Manuel
 2002 *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, S. João do Estoril – Cascais: Principia.
- MEDERER, Wolfgang, PESARESI, Nicolai & HOOF, Marc Van
 2008 *EU Competition Law – Volume IV, State Aid*, Leuven: Claeys & Casteels.
- NEMITZ, Paul F.
 2007 *The effective Application of EU State Aid Procedures, The Role of National Law and Practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- QUIGLEY, CONOR
 2009 *European State Aid Law and Policy*, 2.ª Edição, Oxford – Portland Oregon: Hart Publishing.
- RYDELSKI, Michael Sánchez
 2006 *The EC State Aid Regime, Distortive Effects of State Aid on Competition and Trade*, London: Cameron May.
- SANTOS, António Carlos dos
 2003 *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra: Almedina.