

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 4 de Março de 1999 *

1. As questões que submete o Tribunal di Genova referem-se, em primeiro lugar, à possibilidade de utilizar o reenvio prejudicial para obter uma decisão do Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade de uma lei nacional com os preceitos do artigo 92.º do Tratado e, em segundo lugar, à natureza de auxílios públicos que podem revestir determinadas disposições daquela lei, relativamente às grandes empresas a quem se dirige.

Os factos, a tramitação processual e as questões prejudiciais

2. Tal como se descrevem no despacho de reenvio, os factos mais importantes do litígio são os seguintes:

— A Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA (a seguir «Piaggio») comprou à empresa alemã Dornier Luftfahrt GmbH (a seguir «Dornier») três aeronaves militares com destino à Força Aérea italiana das quais a Piaggio tomou posse.

— Durante os anos de 1992 a 1994, para pagamento dos aviões, a Piaggio entregou à Dornier diversas quantias de dinheiro e cedeu-lhe, delegou ou transferiu créditos que tinha a seu favor contra o Ministério da Defesa italiano e a empresa International Factors Italia SpA.

— O Tribunale di Genova, mediante decisão de 29 de Outubro de 1994, declarou o estado de insolvência da Piaggio e admitiu a possibilidade de beneficiar das disposições da Lei n.º 95/79, de 3 de Abril de 1979 (a seguir «Lei n.º 95/79») ¹.

— Por despacho de 28 de Novembro de 1994 dos Ministérios da Indústria e do Tesouro italianos, a Piaggio foi posta sob administração extraordinária.

— Em 14 de Fevereiro de 1996, a Piaggio propôs perante o Tribunale di Genova uma acção revogatória para que este declarasse a ineficácia e ordenasse a

1 — Lei n.º 95, de 3 de Abril de 1979 (*GURI* n.º 94, de 4 de Abril de 1979), dita «lei Prodi», pela qual se confirmou, com alterações, o Decreto-Lei n.º 26, de 30 de Janeiro de 1979, relativo a medidas urgentes para a administração extraordinária de grandes empresas em crise (*GURI* n.º 36, de 6 de Fevereiro de 1979).

* Língua original: espanhol.

revogação dos pagamentos e cessões de crédito realizados a favor da Dornier durante o período de dois anos anteriores à data do despacho (denominado «período suspeito»), cujo montante ascendia a 30 028 894 382 LIT. A esta pretensão opôs-se a Dornier alegando, entre outras coisas, a incompatibilidade da Lei n.º 95/79 com o direito comunitário.

— O Tribunale di Genova face às dúvidas existentes a tal respeito, coloca ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

« 1) É admissível que um órgão jurisdicional nacional peça ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que se pronuncie directamente sobre a compatibilidade de uma norma da legislação de um Estado-Membro com o disposto no artigo 92.º do Tratado (auxílios concedidos pelos Estados)?

2) Caso a resposta à questão anterior seja afirmativa, pode considerar-se que, com a Lei n.º 26, de 3 de Abril de 1979, que institui o processo de administração extraordinária das grandes empresas em crise — e, em especial, através das providências enunciadas na fundamentação da presente decisão constantes da lei em causa —, o Estado italiano concedeu a certas empresas previstas nesse mesmo diploma (isto é, às grandes empresas) auxílios incompatíveis com o disposto no artigo 92.º do Tratado? »

Observação preliminar

3. O Tribunal de Justiça pronunciou-se recentemente, no acórdão de 1 de Dezembro de 1998, Ecotrade², sobre a natureza de auxílio de Estado que pode significar a aplicação da Lei n.º 95/79, à luz do disposto no artigo 4.º do Tratado CECA. O acórdão, em resposta a uma questão prejudicial submetida pela Corte Suprema di Cassazione, considera que «a aplicação a uma empresa... de um regime como o instituído pelo Lei n.º 95/79, de 3 de Abril de 1979, e que derroga as regras de direito comum em matéria de falências, deve ser considerado como dando lugar à concessão de um auxílio de Estado, proibido pelo artigo 4.º, alínea c), do Tratado CECA, quando se verificar que a empresa em causa

— foi autorizada a prosseguir a sua actividade económica em circunstâncias em que essa eventualidade teria sido excluída no quadro da aplicação das regras de direito comum em matéria de falência, ou

— beneficiou de uma ou várias vantagens, tais como uma garantia do Estado, uma taxa de imposto reduzida, uma exoneração de obrigação de pagamento de multas e de outras sanções pecuniárias ou uma renúncia efectiva, total ou parcial, aos créditos públicos, às quais não poderia pretender uma outra empresa insolvente no quadro da aplicação das regras de direito comum em matéria de falência ».

2 — C-200/97, Colect., p. I-7907.

4. Ainda que seja verdade que o regime jurídico dos auxílios de Estado instituído pelo Tratado CECA diverge do aplicado segundo o Tratado CE, não é menos verdade que o conceito de «auxílio de Estado» deve interpretar-se de forma idêntica num e noutro contexto, pelo que a doutrina do acórdão Ecotrade é aplicável, em princípio, à questão prejudicial dos autos. Contudo, as particularidades existentes nos artigos 91.º a 93.º do Tratado CE exigem que se analisem determinados aspectos diferenciais em relação ao regime CECA, o que impede que se possa falar de questões «manifestamente idênticas», para efeitos de aplicação do artigo 104.º, n.º 3, do Regulamento de Processo.

5. De qualquer modo, com carácter preliminar à análise de fundo, considero necessário examinar os problemas de inadmissibilidade que apresentam as questões prejudiciais suscitadas pelo tribunal italiano.

A admissibilidade das questões

i) *Sobre as «referências imprecisas às situações fáctica e jurídica contempladas pelo tribunal nacional»*

6. O Tribunal de Justiça já assinalou que a necessidade de chegar a uma interpretação

útil do direito comunitário para o tribunal nacional impõe que se descreva o contexto jurídico e fáctico em que deve enxertar-se a interpretação solicitada³, e num só caso respondeu parcialmente por falta de informação necessária⁴. O acórdão Telemarsicabruzzo e o.⁵ reforçou esta exigência a ponto de convertê-la na condição mais significativa e importante que se impõe ao tribunal nacional no momento de fazer uso do mecanismo da questão prejudicial.

7. O Tribunal de Justiça recusou-se, naquela caso, a responder a questões submetidas por insuficiência das informações fornecidas pelo tribunal italiano, depois de recordar que «a necessidade de se chegar a uma interpretação do direito comunitário que seja útil ao órgão jurisdicional exige que este defina o quadro factual e legal em que se inscrevem as questões que coloca ou que, pelo menos, explique as hipóteses factuais em que assentam essas questões». Acrescentou, além disso, que essas exigências «são particularmente válidas no domínio da concorrência, que se caracteriza por situações de facto e de direito complexas»⁶.

8. A jurisprudência Telemarsicabruzzo e o. foi aplicada e desenvolvida pelo Tribunal

3 — Acórdãos de 12 de Julho de 1979, Union laitière normande (244/78, Recueil, p. 2663, n.º 5), e de 10 de Março de 1981, Irish Creamery Milk Suppliers Association e o. (36/80 e 71/80, Recueil, p. 735, n.º 6).

4 — Acórdão de 3 de Fevereiro de 1977, Benedetti (52/76, Recueil, p. 163, n.º 22; Colect., p. 67).

5 — Acórdão de 26 de Janeiro de 1993 (C-320/90 a C-322/90, Colect., p. I-393).

6 — Acórdão Telemarsicabruzzo e o., já referido, n.ºs 6 e 7.

de Justiça num número apreciável de despachos⁷, que declararam a inadmissibilidade das questões prejudiciais. Em todos eles, o raciocínio seguido é muito parecido: o Tribunal de Justiça exige que a decisão de reenvio defina de maneira suficiente o contexto fáctico e o regime normativo em que se suscitam as questões submetidas. Esta exigência é considerada imprescindível para que o Tribunal de Justiça possa proporcionar uma interpretação do direito comunitário que seja útil ao tribunal nacional.

9. Além disso, a exposição, na decisão de reenvio, do contexto fáctico e do regime normativo em que surgem as questões constitui uma exigência que o Tribunal de Justiça impõe para garantir o direito a apresentar observações que o artigo 20.º do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça reconhece aos governos dos Estados-Membros e às demais partes interessadas⁸. Como a decisão de reenvio é a única peça que lhes é notificada, deve conter em si mesma uma fundamentação suficiente, sem necessidade de recorrer aos autos do processo a título principal.

7 — Os despachos de inadmissibilidade de questões prejudiciais proferidos pelo Tribunal de Justiça em aplicação da jurisprudência Telemarsicabruzzo e o. são os seguintes: despacho de 19 de Março de 1993, *Banchero I* (C-157/92, Colect., p. I-1085); de 26 de Abril de 1993, *Monin Automobiles I* (C-386/92, Colect., p. I-2049); de 9 de Agosto de 1994, *La Pyramide* (C-378/93, Colect., p. I-3999); de 23 de Março de 1995, *Saddik* (C-458/93, Colect., p. I-511); de 7 de Abril de 1995, *Grau Gomis e o.* (C-167/94, Colect., p. I-1023); de 21 de Dezembro de 1995, *Max Mara* (C-307/95, Colect., p. I-5083); de 2 de Fevereiro de 1996, *Bresle* (C-257/95, Colect., p. I-233); de 13 de Março de 1996, *Banco de Fomento e Exterior* (C-326/95, Colect., p. I-1385); de 20 de Março de 1996, *Sumino e Data* (C-2/96, Colect., p. I-1543); de 25 de Junho de 1996, *Italia Testa* (C-101/96, Colect., p. I-3081); de 19 de Julho de 1996, *Modesti* (C-191/96, Colect., p. I-3937); *Lahlou* (C-196/96, Colect., p. I-3945); de 30 de Junho de 1997, *Banco de Fomento e Exterior* (C-66/97, Colect., p. I-3757); de 30 de Abril de 1998, *Testa e Modesti* (C-128/97 e C-137/97, Colect., p. I-2181); de 8 de Julho de 1998, *Agostini* (C-9/98, Colect., p. I-4261).

8 — Esta circunstância tinha sido já posta em relevo pelo acórdão de 1 de Abril de 1982, *Hodijk* e o. (141/81 a 143/81, Recueil, p. 1299, n.º 5 e 6).

10. Ora, no caso dos autos, é necessário concluir que as disposições internas que o tribunal de reenvio descreve são extremamente fragmentárias e insuficientes. Com efeito, depois de explicar que a Lei n.º 95/79, aplicável às grandes empresas com mais de 300 empregados, tem por finalidade saneá-las em vez de liquidá-las⁹, afirma que «algumas normas [da Lei n.º 95/79] prevêm expressamente providências que, do nosso ponto de vista, parecem revestir as características de auxílios proibidos pelas normas comunitárias... trata-se... das seguintes medidas:

- a) as dívidas que a sociedade sob administração extraordinária contrai junto de instituições de crédito com vista ao financiamento da gestão corrente e à reactivação ou ao acabamento das instalações, dos imóveis e dos equipamentos industriais são garantidas pelas finanças do Estado (artigo 2.º-A);
- b) as cessões de exploração ou de complexos parciais de exploração pertencentes a empresas sob administração extraordinária ficam sujeitas a um imposto de registo no montante fixo de um milhão de LIT (artigo 5.º-A).

Outras normas prevêm apenas indirectamente mecanismos de financiamento que a ré definiu como 'coercivo', constituídos

9 — O tribunal reconhece, não obstante, que a administração extraordinária tem por finalidade não só conservar e sanear as empresas em crise, mas também, tal sendo o caso, liquidá-las, como é específico de toda a falência.

pelas revogações accionadas em relação aos credores, cujos montantes se adicionam assim aos recursos destinados ao saneamento da empresa».

medida em favor dos adquirentes sujeitos passivos do imposto, e não da empresa em crise.

11. Este é todo o enquadramento normativo interno que expõe o tribunal *a quo* e sobre cuja compatibilidade com o artigo 92.º do Tratado pretende obter uma resposta do Tribunal de Justiça. A referência às três medidas citadas — garantia estatal das dívidas, bonificação no imposto sobre transmissões e exercício da acção revogatória — é incompleta, como se pôs em relevo no decurso do processo prejudicial, com efeito:

a) Quanto à garantia das dívidas, omite que não se concede de modo automático, mas caso a caso¹⁰. O Governo italiano afirma que comunicou à Comissão a sua intenção de notificá-lhe previamente, uma a uma, as eventuais garantias que se dispunha a prestar, subordinando a sua concessão ao consentimento, em cada caso, daquela instituição comunitária¹¹.

b) Quanto ao imposto de registo cobrado sobre as transmissões, o Governo italiano sublinha que se trata de uma

c) Quanto à acção revogatória, o seu regime jurídico coincide, no essencial, com o contido na regulamentação sobre falências¹², para a qual remete o artigo 3.º da Lei n.º 95/79. É certo que esta institui uma «acção revogatória agravada», que se caracteriza por estender temporalmente o período suspeito para além dos dois anos da acção ordinária. Contudo, nem a este elemento temporal, nem a qualquer outro, se refere o despacho de reenvio.

12. Além disso, a exposição é insuficiente, pois não descreve com rigor as relações (diferenças e semelhanças) entre o regime de administração extraordinária e o regime comum da falência, em que existe também um procedimento de liquidação adminis-

10 — O artigo 2.º-A da Lei n.º 95/79 dispõe que o Tesouro do Estado pode garantir, total ou parcialmente, as dívidas que as sociedades sujeitas à administração extraordinária contraíam com as instituições bancárias para o financiamento da sua gestão corrente e para a reactivação e melhoramento das suas instalações, imóveis e equipamentos industriais.

11 — V. a nota 23, *infra*.

12 — Trata-se do Decreto n.º 267, de 16 de Março de 1942, sobre o regime de falência, do acordo preventivo, da administração sob controlo e da liquidação administrativa forçada, cuja secção III tem por rubrica «Dos efeitos da falência sobre os actos prejudiciais para os credores». O artigo 65.º dispõe que ficam privados de efeitos face aos credores os pagamentos... realizados pelo falido nos dois anos anteriores à declaração de falência. O artigo 66.º regula a «acção revogatória ordinária», em virtude da qual o síndico pode solicitar que sejam declarados ineficazes os actos realizados pelo devedor em prejuízo dos credores segundo as normas do Código Civil. O artigo 67.º refere-se aos actos a título oneroso, pagamentos e garantias, estabelecendo que serão revogados, salvo quando a parte contrária prove que desconhecia o estado de insolvência do devedor, entre outros, os seguintes: 1) os actos a título oneroso realizados nos dois anos anteriores à declaração de falência, desde que as prestações realizadas ou as obrigações contraídas pelo falido ultrapassem consideravelmente o que lhe foi dado ou prometido; 2) os actos extintivos das dívidas pecuniárias vencidas e exigíveis não efectuados com dinheiro ou outros meios normais de pagamento, quando tenham tido lugar nos dois anos anteriores à declaração de falência.

trativa forçada. Foi, precisamente, a eventual discordância da administração extraordinária com as normas de direito comum em matéria de falência a razão determinante da decisão do Tribunal de Justiça no acórdão *Ecotrade*, já referido.

13. Ora, é certo que as observações das partes no processo prejudicial proporcionaram conhecimento suficiente do enquadramento normativo italiano que, quanto ao resto, o Tribunal de Justiça já examinou no acórdão *Ecotrade*, já referido. Por consequência, a inadmissibilidade das questões prejudiciais, decorrente das deficiências de exposição do despacho de reenvio, poderá considerar-se sanada. Não acontece o mesmo em relação à falta de necessidade objectiva das próprias questões, a que vou referir imediatamente.

ii) *Quanto à necessidade objectiva das questões submetidas*

14. A jurisprudência comunitária confere ao tribunal nacional a faculdade de determinar a necessidade e a pertinência da submissão de questões prejudiciais para a resolução do litígio a título principal suscitado perante ele. Contudo, o Tribunal de Justiça estabeleceu uma excepção a esta regra, ao considerar no acórdão *Salonia*¹³ que é possível a declaração de inadmissibilidade de uma questão prejudicial caso se revele claramente manifesto que a interpretação ou o exame da validade de uma norma comunitária, solicitados pelo tribunal nacional, não têm qualquer relação com a realidade ou o objecto do litígio a título principal. Esta afirmação foi reiterada posteriormente numa abundante juris-

prudência, que conheceu um desenvolvimento importante na década dos anos 90¹⁴.

15. Ora, esta exigência trouxe consigo a inadmissibilidade total ou parcial das questões submetidas ao Tribunal de Justiça num certo número de casos, ainda que reduzido. Com efeito, em alguns processos (*Falciola*¹⁵, *Monin Automobiles II*¹⁶, *Nour, Karner e Lindau*¹⁷) pronunciaram-se despachos de inadmissibilidade fundados na inexistência de relação entre todas as questões submetidas e o objecto do litígio no processo a título principal. Pelo contrário, a exigência de relação entre as questões e o objecto do litígio no processo a título principal provocou a inadmissibilidade de algumas das perguntas formuladas pelos tribunais nacionais, entre outros, nos processos *Lourenço Dias*¹⁸, *Corsica Ferries*¹⁹, *USSL n.º 47 di Biella*²⁰, e *Grado e Baschir*²¹.

16. No caso dos autos, a falta de necessidade objectiva da submissão das questões

13 — Acórdão de 16 de Junho de 1981 (126/80, Recueil, p. 1563, n.º 6).

14 — V., entre outros, os acórdãos de 18 de Outubro de 1990, *Dzodzi* (C-297/88 e C-197/89, Colect., p. I-3763, n.º 40); de 28 de Novembro de 1991, *Durighello* (C-186/90, Colect., p. I-5773, n.º 9); de 16 de Julho de 1992, *Asociación Española de Banca Privada e o.* (C-67/91, Colect., p. I-4785, n.º 26); de 3 de Março de 1994, *Eurico Italia e o.* (C-332/92, C-333/92 e C-335/92, Colect., p. I-711, n.º 17); de 26 de Outubro de 1995, *Furlanis* (C-143/94, Colect., p. I-3633, n.º 12), e de 28 de Março de 1996, *Ruiz Bernáldez* (C-129/94, Colect., p. I-1829, n.º 7).

15 — Despacho de 26 de Janeiro de 1990 (C-286/88, Colect., p. I-191).

16 — Despacho de 16 de Maio de 1994 (C-428/93, Colect., p. I-1707).

17 — Despachos de 25 de Maio de 1998 (C-361/97, Colect., p. I-3101, e C-362/97 e C-363/97, não publicados na Colectânea).

18 — Acórdão de 16 de Julho de 1992 (C-343/90, Colect., p. I-4673).

19 — Acórdão de 17 de Maio de 1994 (C-18/93, Colect., p. I-1783, n.º 14 a 16).

20 — Acórdão de 16 de Janeiro de 1997 (C-134/95, Colect., p. I-195).

21 — Acórdão de 9 de Outubro de 1997 (C-291/96, Colect., p. I-5531).

prejudiciais parece-me clara. Na medida em que são referidas «às disposições da lei [n.º 95/77] enunciadas na fundamentação do despacho», as questões prejudiciais ou não têm relação com os factos objecto do litígio, ou são irrelevantes para a sua resolução.

17. Com efeito, das três disposições da lei citadas no despacho de reenvio, as duas primeiras não têm qualquer relação com os factos. Quanto à primeira, não consta que tenha havido no caso dos autos concessão de garantias por parte do Estado italiano relativamente às dívidas da Piaggio, pelo que se afigura supérflua a referência a esta parte da lei. Quanto à segunda, não se tendo efectuado liquidação tributária pelos impostos de transmissões (dado que não houve transmissão da empresa), tão-pouco é lógico ter em conta o artigo da lei que concede a bonificação correspondente.

18. No que se refere à acção revogatória, é de sublinhar que no caso dos autos se exerceu a acção comum, esta é, a acção ordinária, prevista no regime de falências, dentro do prazo de dois anos que ali se prevê. Dada a declaração de insolvência da Piaggio (anterior ao decreto que a coloca sob administração extraordinária), a acção revogatória era susceptível de ser exercida tanto no caso de se tratar de uma falência normal como de um procedimento extraordinário. As modalidades, finalidades, activos e passivos, créditos e outras condições de exercício são iguais num caso ou noutro. Não se vê, pois, que incidência

possa ter, em relação à questão de auxílio público, o exercício deste tipo de acção.

19. É certo, contudo, que, no processo Ecotrade, o Tribunal de Justiça, confrontado com uma objecção análoga, optou pela admissibilidade da questão prejudicial. Nesse caso, a suspensão das acções individuais de execução contra a massa falida era comum ao regime de administração extraordinária e ao regime ordinário da falência. Apesar disso, o Tribunal de Justiça declarou: «... nada permite afirmar que, se a AFS tivesse sido sujeita ao processo comum de falência, a situação da Ecotrade teria sido sob todos os aspectos idêntica, designadamente, quanto à possibilidade de cobrar os seus créditos ainda que parcialmente, apreciação esta que é da competência do juiz nacional».

20. Em meu entender, uma interpretação tão generosa da apreciação da pertinência das questões prejudiciais desemboca, de facto, na admissão de reenvios abstractos e hipotéticos que o Tribunal de Justiça deveria evitar. É isso por maioria de razão quanto o que subjaz àquelas questões é um problema de compatibilidade de leis nacionais com o ordenamento comunitário.

21. Se a resposta do Tribunal de Justiça às dúvidas que um tribunal nacional apresente sobre a interpretação do direito comunitário não pode afectar, dados os termos do litígio principal, a solução deste, aquela resposta converte-se num exercício didáctico ou numa mera opinião abstracta, não

num elemento jurisdicional decisivo para a decisão do tribunal nacional.

22. Isto é, em minha opinião, o que acontece no caso dos autos: o litígio a título principal visa decidir se a Dornier tem obrigação de reintegrar na massa falida as quantias que recebeu da Piaggio durante o período a que remonta a falência. A ineficácia dos pagamentos feitos durante este período nada tem a ver com o regime — ordinário ou extraordinário — da falência, pois trata-se de uma medida geral, conhecida da maior parte dos ordenamentos relativos à insolvência. A declaração de ineficácia de tais pagamentos é, pois, totalmente alheia às peculiaridades da administração extraordinária previstas pela lei especial italiana. E quanto às maiores ou menores probabilidades de cobrar, no futuro, o seu crédito (argumento-chave na admissibilidade do processo Ecotrade, como antes foi sublinhado), trata-se de uma questão alheia ao exercício da acção revogatória como tal.

23. Em síntese, considero que não estão satisfeitas as condições processuais necessárias para que o Tribunal de Justiça possa fornecer uma resposta útil às questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio. Em todo o caso, subsidiariamente, caso esta postura não seja compartilhada pela secção que proferir o acórdão, determe-ei na análise das duas questões prejudiciais.

A primeira questão prejudicial

24. O Tribunale di Genova pergunta se um tribunal nacional pode solicitar ao Tribunal de Justiça que se pronuncie directamente sobre a compatibilidade de uma disposição da legislação de um Estado-Membro com os preceitos do artigo 92.º do Tratado.

25. A resposta a esta primeira questão, tal como foi formulada, deve ser necessariamente negativa. Em primeiro lugar, segundo jurisprudência constante, o processo prejudicial previsto no artigo 177.º do Tratado não é um instrumento adequado para julgar directamente sobre a compatibilidade de uma norma interna com o direito comunitário. No âmbito desse processo, contudo, o Tribunal de Justiça pode facultar ao tribunal nacional os elementos de interpretação do direito comunitário que considere oportunos para a resolução do litígio.

26. Em segundo lugar, e no que se refere, mais concretamente, à respectiva função dos órgãos jurisdicionais nacionais e do Tribunal de Justiça no que toca à declaração de compatibilidade dos auxílios de Estado com as disposições de direito comunitário, a jurisprudência do Tribunal de Justiça pode resumir-se nos termos que este

utilizou no acórdão de 11 de Julho de 1996, SFEI e o.²²:

— No sistema de controlo dos auxílios de Estado instituído pelo Tratado deve ter-se em conta que a proibição, em princípio, dos auxílios de Estado não é absoluta nem incondicional dado que, em particular, o artigo 92.º, n.º 3, concede à Comissão um largo poder de apreciação para aprovar auxílios em derrogação à proibição geral do referido n.º 1. A apreciação, nesses casos, da compatibilidade ou incompatibilidade de um auxílio estatal com o mercado comum levanta problemas que exigem a tomada em consideração e a apreciação de factos e circunstâncias económicas complexos e susceptíveis de rápida alteração.

— Por esse motivo, no artigo 93.º, o Tratado prevê um processo especial para exame permanente e controlo dos auxílios pela Comissão. No que respeita aos novos auxílios que os Estados-Membros tenham intenção de instituir, é criado um processo prévio sem o qual nenhum auxílio pode ser considerado regularmente instituído.

— A intervenção dos órgãos jurisdicionais nacionais, por seu turno, deve-se ao

efeito directo reconhecido à proibição de execução dos projectos de auxílio constante do artigo 93.º, n.º 3, último período. A este respeito, o Tribunal de Justiça esclareceu que a natureza imediatamente aplicável da proibição de execução contida nesse artigo abrange qualquer auxílio que tenha sido executado sem ser notificado e, em caso de notificação, opera durante a fase preliminar e, se a Comissão iniciar o processo contraditório, até à decisão final.

— Os órgãos jurisdicionais nacionais devem garantir aos particulares que todas as consequências da violação do artigo 93.º, n.º 3, último período, do Tratado serão daí retiradas, quer no que diz respeito à validade dos actos de execução das medidas de auxílio quer à restituição dos apoios financeiros concedidos em violação dessa disposição.

— Quando extraírem as consequências por entenderem que existe uma violação do artigo 93.º, n.º 3, último período, os órgãos jurisdicionais nacionais não se podem pronunciar sobre a compatibilidade das medidas de auxílio com o mercado comum, dado que esta apreciação é da exclusiva competência da Comissão, sob a fiscalização do Tribunal de Justiça.

— Para determinar se uma medida estatal criada sem ter em conta o processo de exame preliminar instituído pelo artigo 93.º, n.º 3, lhe deve ou não ser sujeita, o órgão jurisdicional nacional

22 — C-39/94, Colect., p. I-3547.

pode ter de interpretar o conceito de auxílio referido no artigo 92.º do Tratado. Caso tenha dúvidas quanto à qualificação como auxílio de Estado das medidas em causa, o órgão jurisdicional nacional pode solicitar esclarecimentos à Comissão sobre este ponto e pode ou deve, nos termos do artigo 177.º, segundo e terceiro parágrafos, do Tratado, submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça sobre a interpretação do artigo 92.º do Tratado.

27. A resposta à primeira questão prejudicial suscitada pelo Tribunale di Genova deve, logicamente, reiterar estes critérios. Em conformidade com eles, um órgão jurisdicional nacional não pode solicitar ao Tribunal de Justiça, mediante a submissão da questão prejudicial, que se pronuncie directamente sobre a compatibilidade de uma norma legislativa interna com o artigo 92.º do Tratado. Não obstante, o órgão jurisdicional nacional poderá solicitar do Tribunal de Justiça, mediante aquele mecanismo processual, a interpretação dos preceitos do direito comunitário relativos ao conceito de auxílios de Estado.

A segunda questão prejudicial

28. A segunda questão submete-se apenas para o caso de a resposta à primeira ser afirmativa. Tendo em conta as considerações expostas anteriormente, não haveria que pronunciar-se sobre esta segunda questão. A Comissão, nas suas observações, compartilha este ponto de vista e considera

também desnecessário examinar, neste processo, a aplicação do artigo 92.º do Tratado ao regime de administração extraordinária previsto pela Lei n.º 95/79.

29. Em todo o caso, dado que o sistema de cooperação entre o Tribunal de Justiça e o tribunal *a quo* o permite, creio que não seria supérfluo facultar a este último critérios de interpretação do conceito de auxílio de Estado, tendo presente uma regulamentação interna como a contida na lei italiana. Tais critérios de interpretação encontram-se no acórdão Ecotrade, já referido, cuja parte dispositiva transcrevi anteriormente (v. n.º 3) e que não é necessário repetir.

30. Confesso, contudo, que a solução a que chega o Tribunal de Justiça no acórdão Ecotrade não parece isenta de inconvenientes, porquanto utiliza como tema central do acórdão o binómio normas de direito comum/normas de direito especial em matéria de falência. Deixando de lado a concessão de avales por parte do Estado que, como já disse, a República Italiana está disposta a notificar, caso a caso, à Comissão (v. n.º 11, *supra*), não estou certo de que o critério da especialidade face ao regime ordinário da falência seja suficiente para resolver o problema. Em tal hipótese, bastaria incluir no regime ordinário da falência as outras medidas da Lei n.º 95/79 (isto é, os preceitos relativos à exoneração de multas, à renúncia a determinados créditos públicos ou à redução da taxa de imposto sobre transmissões) para privá-los da natureza de auxílio de Estado?

31. Em meu entender, talvez tivesse sido preferível não um juízo global sobre o conjunto das medidas previstas na Lei n.º 95/79, mas uma resposta que indicasse ao tribunal nacional que só tendo em conta as circunstâncias existentes em cada caso concreto seria possível apreciar se, de facto, tinha existido um auxílio de Estado. De outro modo, e talvez inevitavelmente, dadas as limitações do processo prejudicial, o Tribunal de Justiça correu o risco, no acórdão Ecotrade, de proferir um acórdão de carácter mais hipotético, transferindo para o tribunal nacional a tarefa de apreciar se a aplicação do regime especial implica para o Estado «um prejuízo maior... do que o regime de direito comum». Tal apreciação é extremamente difícil, mesmo impossível, pois o Estado, no âmbito dos processos ordinários de falência de grandes empresas, vê-se também compelido a aceitar normalmente soluções com custos para o erário público, cujo montante é dificilmente determinável *a priori*.

32. Em termos económicos, pois, não é nada fácil afirmar se o resultado final de perdas para o Estado — por outras palavras, o saldo da intervenção estatal — terá sido mais positivo com a aplicação do regime ordinário de falências que com a aplicação do regime de administração extraordinária. Pela sua própria natureza, este último implica uma certa aposta no futuro, renunciando à cobrança actual de certos créditos públicos para tentar manter a actividade da empresa, e, com ela, a possibilidade de cobrar posteriormente não só os créditos já devidos, mas também as receitas públicas (tributos, contribuições para a segurança social) que agravam a futura actividade empresarial. Na realidade, não é muito diferente a posição de um grande credor privado (uma entidade financeira, por exemplo) que pode ter, em

certas ocasiões, mais interesse em manter a actividade da empresa devedora, se é viável, do que liquidar o seu património e cobrar somente uma parte da dívida. Em tal caso, seria antes a falta absoluta de viabilidade, e não tanto as medidas de administração extraordinária, a chave para julgar sobre a existência de auxílios de Estado incompatíveis com o mercado comum.

33. Não obstante estas reflexões, caso o Tribunal de Justiça considere conveniente manter a doutrina exposta no acórdão Ecotrade, devo salientar que a Comissão (que interveio em relação à Lei n.º 95/79 mediante uma série de decisões, umas de carácter geral²³ e outras relativas a processos particulares²⁴) qualificou a aplicação daquela lei como «auxílio de Estado existente». Tal qualificação levanta um problema que o Tribunal de Justiça não pôde examinar no acórdão Ecotrade, com efeito, sob o regime do Tratado CECA, a distinção entre auxílios existentes e auxílios novos não tem a importância que adquire no Tratado CE.

23 — No que respeita à lei no seu conjunto, a Comissão enviou ao Governo italiano uma carta, em conformidade com o disposto no artigo 93.º, n.º 1, do Tratado CE, em que, depois de considerar que a regulamentação em causa parecia estar incluída, a partir de diversos pontos de vista, no âmbito de aplicação dos artigos 92.º e seguintes do referido Tratado, solicitava que lhe fossem notificados previamente todos os casos de aplicação da referida lei, para examiná-los no quadro da regulamentação aplicável aos auxílios às empresas em dificuldade (carta E 13/92, de 30 de Julho de 1992; JO 1994, C 395, p. 4). As autoridades italianas responderam que só estavam dispostas a efectuar uma notificação prévia em todos os casos de concessão da garantia do Estado previstas no artigo 2.º-A da lei. Em tais circunstâncias, a Comissão decidiu iniciar o processo previsto no artigo 93.º, n.º 2, do Tratado.

24 — V., a este propósito, as decisões indicadas no n.º 22 do acórdão Ecotrade, já referido.

34. Como se sabe, segundo este último, os auxílios «existentes» nos Estados-Membros originários no momento da entrada em vigor do Tratado CE (ou, no caso de outros Estados-Membros, antes da sua adesão às Comunidades Europeias) podem continuar a executar-se enquanto a Comissão não os declare incompatíveis com o mercado comum²⁵. Enquanto não tiver lugar essa declaração, não é necessário examinar se tais auxílios podem ficar subtraídos — e em que medida — à proibição do artigo 92.º do Tratado por força do artigo 90.º, n.º 2.

35. Pelo contrário, os auxílios de Estado «novos» requerem, em todo o caso, um processo de notificação prévia à Comissão, cujo incumprimento por parte dos Estados-Membros determina a sua incompatibilidade com o direito comunitário. Como antes afirmei, com referência ao acórdão SFEI e o., os órgãos jurisdicionais internos devem garantir o carácter imediatamente aplicável da proibição contida no n.º 3 do artigo 93.º do Tratado, quando se trata de auxílios novos que não tenham sido objecto de notificação prévia.

36. A Comissão reconhece que a Lei n.º 95/79 foi, como é óbvio, aprovada depois da entrada em vigor do Tratado CE e admite igualmente que não lhe foi notificada de harmonia com o disposto no n.º 1 do artigo 93.º Afirma, contudo, que decidiu tratá-la como um regime de auxílio existente, por «razões de oportunidade».

Entre elas encontram-se as suas próprias dúvidas durante 14 anos sobre o carácter de auxílio público que podia ter a Lei n.º 95/79; o facto de a identificação dos elementos de auxílio estatal contidos na referida lei ser ainda hoje «complexa e nada evidente»; a confiança dos operadores económicos; ausência de queixas dos concorrentes de empresas sujeitas àquele regime; a rara aplicação dele; finalmente, a impossibilidade prática de obter o reembolso das quantidades eventualmente recuperáveis.

37. Em minha opinião, todas estas razões de oportunidade não podem prevalecer sobre as considerações decorrentes do princípio de legalidade. Perante este, é forçoso concluir que, se o sistema adoptado pelo legislador italiano na Lei n.º 95/79 pode considerar-se como auxílio de Estado, a sua qualificação deve ser a de auxílio novo, na acepção do artigo 93.º do Tratado CE, e não como auxílio existente à data da entrada em vigor deste.

38. Solucionada esta questão, se o Tribunal de Justiça optar por dar resposta à segunda questão prejudicial e considerar conveniente reiterar a tese mantida no acórdão Ecotrade (referida, neste caso, ao artigo 92.º do Tratado CE, e não ao artigo 4.º do Tratado CECA), deveria indicar ao tribunal nacional que a ausência de notificação de um auxílio de Estado à Comissão impede a sua aplicação, em conformidade com o disposto no n.º 3, do artigo 93.º do Tratado.

25 — Neste sentido, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 30 de Junho de 1992, Itália/Comissão (C-47/91, Colect., p. I-4145, n.º 25), e de 15 de Março de 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Colect., p. I-877, n.ºs 20 e 21).

Conclusão

39. Sugiro, portanto, ao Tribunal de Justiça que declare a inadmissibilidade das questões prejudiciais suscitadas pelo Tribunale di Genova no presente processo ou, subsidiariamente, que responda do seguinte modo:

- «1) Um órgão jurisdicional nacional não pode solicitar ao Tribunal de Justiça, mediante a submissão da questão prejudicial, que se pronuncie directamente sobre a compatibilidade de uma norma legislativa interna com o artigo 92.º do Tratado. Não obstante, o órgão jurisdicional nacional poderá solicitar do Tribunal de Justiça, mediante aquele mecanismo processual, a interpretação dos preceitos de direito comunitário relativos ao conceito de auxílios de Estado.

- 2) Os critérios expostos no acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Dezembro de 1998, *Ecotrade* (C-200/97), sobre a aplicação de um regime como o criado pela Lei italiana n.º 95/79, de 3 de Abril de 1979, que introduz excepções às normas de direito comum em matéria de falência, são igualmente extensíveis ao conceito de auxílio de Estado contemplado no artigo 92.º do Tratado CE. A ausência de notificação de um auxílio de Estado à Comissão impede a sua aplicação, em conformidade com o disposto no artigo 93.º, n.º 3, do Tratado.»