

Acórdãos STA

Processo:
Data do Acordão:
Tribunal:
Relator:
Descritores:

Sumário:

01050/03**12-01-2012****2 SUBSECÇÃO DO CA****SÃO PEDRO****TRANSPORTES PÚBLICOS****INDEMNIZAÇÃO COMPENSATÓRIA****DIREITO COMUNITÁRIO****SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTES****AUXILIO DO ESTADO**

I - O Regulamento (CEE) n.º 1191/69 do Conselho, de 26 de Junho de 1969, relativo à acção dos Estados-Membros em matéria de obrigações inerentes à noção de serviço público no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via naveável, alterado pelo Regulamento (CEE) n.º 1893/91 do Conselho, de 20 de Junho de 1991, deve ser interpretado no sentido de que autoriza os Estados-Membros a imporem obrigações de serviço público a uma empresa pública encarregada de assegurar o transporte público de passageiros num município e de que prevê, relativamente aos encargos decorrentes dessas obrigações, a atribuição de uma compensação determinada de acordo com as disposições do referido regulamento.

II - O Regulamento n.º 1191/69, alterado pelo Regulamento n.º 1893/91, opõe - se à atribuição de indemnizações compensatórias como as que estão em causa no processo principal, quando não seja possível determinar o montante dos custos imputáveis à actividade das empresas em causa no âmbito da execução das suas obrigações de serviço público.

III - Sempre que um tribunal nacional constatar a incompatibilidade de determinadas medidas de auxílio com o Regulamento n.º 1191/69, conforme alterado pelo Regulamento n.º 1893/91, cabe-lhe retirar daí todas as consequências, em conformidade com o direito nacional, no que se refere à validade dos actos de execução das referidas medidas.

JSTA00067339**SA12012011201050****30-05-2003****ANTROP - ASSOC NAC DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE PESADOS DE PASSAGEIROS E OUTROS****CONSELHO DE MINISTROS****UNANIMIDADE****REC CONT****RCM 52/2003 DE 2003/03/27****PROVIDO****DIR ADM ECON - CONCESSÕES SERV PUBL****DIR COMUN****DL 371/93 DE 1993/10/29 ART11 ART41****L 90/91 DE 1991/02/23****CONST76 ART8 N3****REG CONS CEE 1191/69 DE 1969/06/26 ART1 ART2 ART6 ART10 ART17 N2****REG CONS CEE 1893/91 DE 1991/06/20**

Nº Convencional:
Nº do Documento:
Data de Entrada:
Recorrente:

Recorrido 1:
Votação:
Meio Processual:
Objecto:
Decisão:
Área Temática 1:

Área Temática 2:
Legislação Nacional:

Legislação Comunitária:

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo

Referência a Doutrina:

Aditamento:

▼ **Texto Integral**

Texto Integral:

Acordam na 1^a Secção do Supremo Tribunal Administrativo

1. Relatório

1.1. ANTROP – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE PESADOS DE PASSAGEIROS; B....., LDA, C..... C. LDA; D....., SA e E....., devidamente identificadas nos autos, interpuseram RECURSO CONTENCIOSO DE ANULAÇÃO da RESOLUÇÃO DO CONSELHO DE MINISTROS, n.º 52/2003, de 27 de Março de 2003, na parte em que atribuiu à F..... SA e à G..... SA, as indemnizações compensatórias no valor de € 40.916.478,00 e € 12.376.201,00, respectivamente.

Imputam à Resolução, na parte impugnada, a violação do art. 11º do Dec. Lei 372/93, de 29 de Outubro, a violação do Regulamento de Transportes em Automóvel, aprovado pelo Decreto n.º 37.272, de 31 de Dezembro de 1948, bem como a violação do art. 86º, 1 e 2 CE, do Regulamento 1191/69 e art. 73º CE.

1.2. Responderam a entidade recorrida e as recorridas particulares, pugnado pela rejeição do recurso por ineptidão da petição inicial, violação do art. 56º do Regulamento do STA, ilegitimidade das recorrentes e irrecorribilidade do acto. Defenderam, ainda, quanto ao mérito, que a Resolução em causa não continha qualquer vício.

1.3. O Ex.mo Procurador-geral Adjunto emitiu parecer no sentido de procederem as excepções da irrecorribilidade e ilegitimidade activa das recorrentes.

1.4. Por despacho do relator relegou-se para final o conhecimento das excepções.

1.5. Alegaram recorrentes e recorridos, tendo formulado as seguintes conclusões:

1.5.1. Alegações das recorrentes:

“(...)**Excepções**

(...)"

Em matéria de facto

X. Os Rct.es e as duas Rcd.^{as} particulares F..... e G..... concorrem entre si na exploração de várias carreiras de transporte de passageiros fora das áreas do exclusivo de exploração das duas Rcd.^{as} particulares.
XI. No exercício da sua actividade empresarial concorrencial, uns e outros estão sujeitos às mesmas normas de

exploração e de sujeição a obrigações de serviço público de exploração, de transporte e de tarifas, previstas designadamente nos artigos 72º, 74º e 127º do Regulamento de Transporte em Automóveis.

XII. Enquanto as empresas particulares retiram dessa exploração os recursos advinentes da venda de títulos de transporte, com sujeição às obrigações tarifárias;

XIII. As Rcd.ºs particulares, para além dessa receita, recebem do Estado todos os anos montantes avultados sob o nome de «indemnizações compensatórias», cuja variabilidade é suficiente para demonstrar que não obedecem a qualquer regra previamente definida de atribuição.

XIV. As Rcd.ºs particulares obtêm ainda do Estado as chamadas «dotações de capital» que por vezes igualam ou excedem as indemnizações compensatórias e que lhes permitem regularmente passar a esponja sobre os seus prejuízos acumulados.

XV. Para além disso, o Estado avalia-lhes a dívida bancária, o que lhes permite obter crédito que noutras condições não conseguiram e a taxas de juro que não estão ao alcance das suas concorrentes.

XVI. Os Rct.es desde há anos que se elevam contra estas práticas corrosivas e desvirtuadoras da concorrência, que os obrigam a explorar carreiras perdendo dinheiro e os sujeitam a uma concorrência desleal, mas sem qualquer sucesso.

XVII. O acto impugnado é mais um de entre muitos que permitem às Rcd.ºs particulares manter a sua prática de concorrência desleal e expandir a sua rede em exploração.

XVIII. Como as próprias Rcd.ºs afirmam, “caso não houvesse indemnizações compensatórias, o serviço, tal como prestado não poderia ser assegurado” (V. 121º da contestação G.....).

XIX. Ou seja, é o apoio financeiro que o Estado lhes assegura que lhes permite manter e até expandir a sua prática de concorrência desleal.

XX. Este apoio financeiro, no caso «sub judice» o expresso e constante do acto impugnado, deve ser qualificado como um auxílio de Estado que subverte as condições de concorrenzialidade do mercado de transporte de passageiros pela via rodoviária.

Em matéria de direito

XXI. Desta forma o acto impugnado viola o artigo 1º do artigo 11º do Decreto-lei 372/93, de 29 de Outubro, na medida em que “restringe ou afecta de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado”.

XXII. A aplicação do nº 1 deste artigo 11º, não fica afastada pela regra prevista no artigo 41º, 2 do mesmo diploma, que apenas se refere no seu âmbito material de aplicação «no caso de serviços públicos ... ao âmbito e vigência dos contratos de concessão» - ou seja, à área de exclusivo; e subjectivamente às empresas concessionadas pelo Estado, sendo que a G..... nem sequer dispõe de um contrato de concessão.

XXIII. As regras de concorrência e, designadamente, as previstas no nº 1 do artigo 11º, não podem deixar de se aplicar fora do âmbito e da vigência dos contratos de concessão, como ocorre no caso «sub judice».

XXIV. Em mercado concorrencial, terá de se considerar que há um auxílio de Estado sempre que as empresas beneficiárias de um auxílio não façam prova de que não beneficiam na realidade de uma vantagem financeira e que, portanto, «a referida intervenção não tenha por efeito colocar essas empresas numa posição concorrencial mais favorável em relação às empresas que lhes fazem concorrência» (Acórdão Altmark).

XXV. A existência ou não da referida vantagem concorrencial deve ser aferida pela verificação de quatro condições (nº 89 do Acórdão Altmark), que referimos nos nºs 64, 65, 66 e 67 supra.

XXVI. As Rcd.ºs particulares não cumprem os requisitos de nenhuma destas quatro condições – V. n.ºs 69 a 87 supra.

XXVII. Consequentemente, não existindo um nexo directo e manifesto entre as «indemnizações compensatórias» pagas e obrigações de serviço público claramente definidas; nem estando definidos os critérios (parâmetros) que conduziriam à fixação da indemnização, é inequívoco concluir que ela constitui um auxílio de Estado para os efeitos do artigo 11º do DL 371/93, de 29 de Outubro.

XXVIII. Este auxílio de Estado é ilegal porque as indemnizações compensatórias – que só o são em nome – constituem uma real vantagem financeira para as duas Rcd.ºs particulares e têm por efeito colocar essas empresas numa situação concorrencial mais favorável em relação às empresas que lhes fazem concorrência, pelo que afectam de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado.

XXIX. Nos termos do art.º 90º do Tratado, actual art.º 86 CE, as regras da concorrência são indistintamente aplicadas às empresas privadas e às empresas públicas, pelo que ainda que se pudesse considerar que a G..... e a F....., no exercício das suas missões de transporte estão sujeitas a

obrigações de serviço público – por tais missões revestirem, do ponto de vista dos utilizadores, «um interesse económico geral que apresenta características específicas em relação ao que revestem outras actividades económicas» - o pagamento das quantias autorizadas pela decisão impugnada continuaria a ser um auxílio de Estado cuja admissibilidade ficaria sempre sujeita à verificação das quatro condições enunciadas nos artº.s 64, 65, 66 e 67 supra.

XXX. Nos termos dos artigos 72º, 74º e 127º do Regulamento de Transporte em Automóveis (Decreto nº 37:272, de 31 de Dezembro de 1948), os operadores de linhas regulares de passageiros estão todos adstritos às mesmas regras de licenciamento e sujeitos às obrigações de exploração, de transporte e de tarifas.

XXXI. A entrega a algum ou alguns desses operadores de «indemnizações compensatórias», sem recurso à fundamentação prevista no artigo 97º do mesmo RTA (fixação de carreiras de interesse público mediante compensação, o que implicaria um processo concorrencial de adjudicação) viola, evidentemente o RTA

- 1) por não estar prevista, e
- 2) por pôr em causa a igualdade de todos os operadores do mesmo mercado.

XXXII. O acto impugnado pode e deve ser sindicado à luz das disposições comunitárias sobre concorrência e auxílios de Estado, designadamente o artigo 87º, 1, CE, nos termos do qual “são incompatíveis com o mercado comum (...) os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou produções”.

XXXIII. A condição de aplicação deste artigo, segundo a qual o auxílio deve ser susceptível de afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros, não depende da natureza local ou regional dos serviços de transporte fornecidos nem da importância do domínio de actividade em causa;

XXXIV. Não está de forma alguma excluído que uma subvenção pública concedida a uma empresa que apenas fornece serviços de transporte local ou regional e não fornece serviços de transporte fora do Estado de origem possa, não obstante, ter influência sobre as trocas comerciais entre os Estados-Membros, porque, quando um Estado-Membro concede uma subvenção pública a uma empresa, o fornecimento de serviços de transporte pela referida empresa pode por esse facto ser mantido ou

aumentado, o que tem como consequência que as hipóteses de empresas estabelecidas noutras Estados-Membros fornecerem os seus serviços de transporte no mercado desse Estado são diminuídas.

XXXV. Não pode haver qualquer sobreposição da obrigação da prestação de serviço público às regras da concorrência, pois o Regulamento nº 1191/69 que autoriza as autoridades competentes nacionais a adoptarem, no domínio dos transportes rodoviários, todas as medidas cobertas por esse regulamento, incluindo as medidas de financiamento necessárias para esse efeito, instaura um regime de autorização particularmente favorável que exige, em consequência, uma interpretação restritiva.

XXXVI. Este regime de autorização particularmente favorável deve, pois, ser limitado aos auxílios que são directa e exclusivamente necessários ao cumprimento do serviço público de transportes enquanto tal, com exclusão das subvenções destinadas a cobrir os défices causados à empresa de transportes por autocarro por circunstâncias estranhas à sua missão de transporte.

XXXVII. A identificação dos auxílios que são directa e exclusivamente necessários ao cumprimento do serviço público de transportes enquanto tal decorre da aferição feita nos termos das quatro condições estipuladas no nº 89º do Acórdão Altmark e melhor identificadas nos nº.s 64, 65, 66 e 67 supra, e das quais já se concluiu que nenhuma é cumprida no caso «sub judice».

XXXVIII. Desta forma, o Regulamento 1191/69 autoriza os auxílios de Estado que são directa e exclusivamente necessários ao cumprimento das obrigações do serviço público de transportes enquanto tal, mas não autoriza os auxílios que excedam essa ratio, como ocorre no caso «sub judice», pelo que este Regulamento se deve ter por violado.

XXXIX. E tão pouco a aplicação deste Regulamento ou o abuso da sua aplicação está coberto pelo artigo 73º do Tratado CE, uma vez que na sequência da adopção do Regulamento n.º 1107/70, relativo aos auxílios concedidos no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via naveável, os Estados-Membros já não estão autorizados a invocar o benefício do artigo 77.º do Tratado (actual artigo 73.º CE), que prevê que os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou que correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público são compatíveis com o Tratado, fora dos casos referidos no direito comunitário derivado.

XL. Assim, nas hipóteses em que o Regulamento n.º

1191/69, relativo à acção dos Estados-Membros em matéria de obrigações inerentes à noção de serviço público no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via naveável não seja aplicável e em que as subvenções em causa fiquem sob a alçada do artigo 92.º, n.º 1, do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 87.º, n.º 1, CE), o Regulamento n.º 1107/70 enuncia, de maneira exaustiva, as condições em que as autoridades dos Estados-Membros podem conceder auxílios ao abrigo do artigo 77.º do Tratado. XLI. No caso «sub judice» o auxílio em causa – as indemnizações compensatórias impugnadas – está sob a alçada do artigo 87º, 1 CE, e, não respeitando os preceitos do Regulamento 1107/70, designadamente o seu artigo 2º, é proibido.

XLII. Desta forma o acto impugnado deve ser anulado por violação da lei nacional e da legislação comunitária original e derivada.

1.5.2. Alegações da entidade recorrida (Conselho de Ministros):

I. A recorrente ANTROP carece de legitimidade activa para impugnar o acto objecto do presente recurso contencioso de anulação já que a eventual vantagem derivada da anulação do acto impugnado nunca reverteria directa e imediatamente na sua esfera jurídica mas, quando muito, na esfera jurídica de alguns dos seus associados.

II. A carência de legitimidade activa da ANTROP é reforçada pelo facto de se encontrar estatutariamente limitada à defesa dos interesses comuns dos seus associados e aparecer nos presentes autos a defender interesses individuais de algumas das empresas suas associadas.

III. Por outro lado, todas as recorrentes carecem ainda de legitimidade para a interposição do presente recurso dado fundarem as suas pretensões em interesses eventuais e não concretizados ao invés do que impõe a lei. O interesse subjacente ao recurso contencioso de anulação tem de ser um interesse actual e reconhecível. Ora, as recorrentes fundam a sua posição numa mera ideia abstracta de defesa da concorrência.

IV. Consequentemente, procede a excepção dilatória da ilegitimidade activa, devendo o recurso ser rejeitado e a autoridade recorrida absolvida da instância.

V. Não se verifica a pretendida violação do nº 1 do artigo 11º do Decreto-Lei nº 371/93, de 26 de Outubro, já que o nº 3 da mesma disposição normativa considera que não são considerados auxílios de Estado «as indemnizações compensatórias, qualquer que seja a forma que revistam,

concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público». Tal é, efectivamente, o caso.

VI. Devem ser desconsideradas todas a alusões constantes das alegações a uma pretensa violação de disposições específicas do Regulamento de Transporte em Automóvel, já que em violação da alínea d) do nº 1 do artigo 36º da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos, a recorrente ANTRP não as individualizou na petição de recurso.

VII. O acto impugnado não viola os artigos 87º e 88º do TCE e respectivo direito derivado, já que tais disposições não são aplicáveis ao caso concreto, dado que a inexistência de conexão comunitária remete para a regulação constante do regime nacional de defesa da concorrência.

VIII. Mesmo que vingasse o entendimento da aplicabilidade do regime comunitário ao caso, sempre se deveria considerar que as indemnizações compensatórias impugnadas estão expressamente previstas na legislação nacional e autorizadas pelo Regulamento nº 1191/69, pelo que nunca poderiam ser consideradas como auxílios de Estado

Termos em que deve o presente recurso ser rejeitado, procedendo a excepção dilatória da ilegitimidade activa e absolvendo-se a autoridade recorrida da instância ou, caso assim se não entenda, deve ser-lhe negado provimento por não provado, mantendo-se o acto recorrido na ordem jurídica dado tratar-se de um acto válido.

1.5.3. Alegações da F.....:

1º Os actos impugnados não enfermam de qualquer um dos vícios invocados pelas recorrentes, pelo que deverão ser mantidos;

2º Os actos impugnados no que à interessada F....., SA dizem respeito não violaram qualquer disposição do Regulamento do Transporte em Automóveis, quer porque não existe qualquer sobreposição das suas redes com as dos operadores privados, quer porque apenas realiza pequenas extensões de carreiras urbanas de autocarros nos concelhos limítrofes de Lisboa, indispensáveis para o serviço público e em conformidade com o previsto no contrato de concessão, bem como no RTA (artigos 98º e 112º);

3º) Nas extensões que a interessada F....., SA efectua fora dos limites administrativos da cidade de Lisboa, isto é, fora da concessão, encontra-se em pé de igualdade com os operadores privados e sujeita às mesmas regras da concessão previstas no RTA. E caso os operadores privados se sintam lesados com qualquer uma extensão suburbana pedida à DGTT têm ao seu alcance os meios legais que se

iniciam com a reclamação prevista no parágrafo 1º do art. 101º do RTA, não sendo pois, esta a forma adequada de eventual defesa dos seus interesses;

4º) Os actos impugnados não violaram qualquer legislação sobre auxílios de Estado previstos na legislação comunitária e na Lei da Concorrência, uma vez que a Lei nacional (Dec. Lei 371/93, de 29 de Outubro e Lei n.º 18/2002, de 11 de Junho) não considera auxílios do Estado as indemnizações compensatórias, prevendo a forma de qualquer interessada reagir contra os auxílios concedidos pelo Estado e os preceitos do ordenamento comunitário não são aplicáveis ao caso concreto, por não existir qualquer afectação do comércio entre Estados membros.

1.5.4. Alegações da contra-interessada G.....:

“(....)

LXI. Em matéria de impugnação, o primeiro argumento resulta do facto de o Decreto Lei n.2371/93 não ser aplicável aos autos

LXII. Nos termos do artigo 41, n.º 2 do Decreto-lei nº 371/93, este diploma não se aplica às empresas concessionadas no âmbito do respectivo contrato de concessão.

LXIII. Daqui resulta que a actividade da G....., empresa que é concessionária do serviço público de transporte de passageiros, incluindo o respectivo financiamento não está submetida àquele diploma.

LXIV. o segundo argumento resulta da não aplicação do direito comunitário

LXV. O direito comunitário não é aplicável aos factos em discussão visto Tanto os artigos 81º e 82º (que visam o comportamento de empresas) como os artigos 87º e ss. (que visam o comportamento dos Estados enquanto entidades que atribuem subsídios) do Tratado são apenas aplicáveis a situações que "sejam susceptíveis de afectar as trocas entre os Estados-Membros" (artigos 81º e 82º) ou na medida em que efectivamente "afectem as trocas comerciais entre os Estados membros" (artigo 87º).

LXVI. Cabe a quem alega a aplicação de uma norma demonstrar que a mesma é efectivamente aplicável, isto é, demonstrar que os pressupostos que delimitam o respectivo campo de aplicação estão reunidos, o que as Recorrentes deviam ter feito mas não fizeram.

LXVII. A este respeito, limitaram-se a reproduzir o conhecido acórdão Altmark, cometendo o erro de ignorar que o acórdão foi proferido num reenvio prejudicial feito por um Tribunal alemão, nos termos do artigo 234º (antigo 177º) do Tratado. Nesta via processual, como resulta do próprio artigo 234º, a

intervenção do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias ("TJCE") destina-se apenas a firmar a interpretação de um acto comunitário (como foi o caso) ou a pronunciar-se sobre a sua validade, não sendo juiz dos factos.

LXVIII Interrogado sobre se uma situação abstractamente descrita pode afectar as trocas entre os Estados membros, o TJCE responde apreciando a situação a esse nível de abstracção. No caso em apreço, o TJCE veio a concluir obviamente que sim.

LXIX Ao afirmar que "não está de forma alguma excluído que uma subvenção pública concedida a uma empresa que apenas oferece serviços de transporte local possa, não obstante, ter influência sobre as trocas", o TJCE não eliminou a necessidade de que se demonstre em concreto que tal ocorre, tarefa que cabe demonstrar a quem alega a aplicação da norma. E é aí que as Recorrentes falham completamente: em todo o processo não há qualquer elemento que demonstre que essa possibilidade aberta pelo TJCE ocorre em concreto.

LXX Nem na petição inicial (mesmo na versão corrigida), nem nos articulados posteriores se aduziu qualquer elemento de prova neste sentido. No artigo 114º da petição inicial diz-se, de passagem, que "várias das associadas da requerente ANTROP são empresas cujo capital é detido, em parte, por empresas estrangeiras (...)".

LXXI Antes do mais, a ANTROP não tem legitimidade activa para intentar o presente recurso (cfr. ponto II.c. das presentes contra-alegações). Mesmo assim que assim não fosse, essa afirmação não é suportada por qualquer elemento de prova. Ficamos sem saber qual, ou quais, das associadas da ANTROP, tem no seu capital a referida participação de empresas estrangeiras.

LXXII Em todo o caso, nenhuma das empresas que alegadamente operam na zona de implantação da Recorrida Particular G..... tem esse capital estrangeiro. A tese das Recorrentes teria como efeito que a actividade de empresas familiares de Vila Nova de Gaia, como a B....., Lda e a C.....Cg, Lda, a qual está limitada a uma parte do concelho do Porto, afectaria as trocas entre os Estados membros.

LXXIII Esta tese colide, ainda por cima, com jurisprudência comunitária que as Recorrentes parecem ignorar. No acórdão de 21 de Janeiro de 1999, proferido nos Processos C-215/96 e 216/96, Bagnasco, Colectânea, p.I- 00135, o TJCE declarou que um sistema de acordos limitativos da

concorrência, celebrados entre bancos italianos e que abrangiam a totalidade do território daquele Estado Membro, não eram susceptíveis de afectar a concorrência.

LXXIV O terceiro argumento resulta do facto de que a doutrina do Acórdão Altmark não é aplicável, por ser posterior à RCM impugnada

LXXV O argumento essencial das Recorrentes sobre a suposta contrariedade entre a RCM e o direito comunitário é o da violação dos princípios do Acórdão Altmark, o qual foi proferido em 24 de Julho de 2003. No entanto, sendo o acto impugnado pelas Recorrentes a Resolução do Conselho de Ministros n.º 52/2003, de 3 e Abril.

LXXVI Daqui resulta que o acórdão em questão é posterior ao acto cuja anulação a Recorrentes pretendem. Não se percebe pois como poderia este violar a doutrina definida naquele acórdão.

LXXVII A pretensão dos Recorrentes é pois manifestamente infundada, tanto mais LXXVII. que a jurisprudência Altmark foi inovadora.

LXXVIII O Regulamento (CEE) n.º 1191/69 estabelece que os Estados- Membros têm, a faculdade de adoptarem determinadas transportes, nomeadamente de financiamento, desde que respeitem as formalidades previstas no mesmo.

LXXIX O Regulamento autoriza igualmente, no seu artigo 1º, segundo parágrafo, os Estados-Membros a excluírem do âmbito de aplicação respectivo as empresas cuja actividade se limite exclusivamente à exploração de serviços urbanos, interurbanos e regionais. Como resulta do seu artigo 17º e foi reconhecido pela jurisprudência as compensações pagas no domínio da aplicação do Regulamento estão dispensadas das obrigações de notificação previstas nos artigos 87º e 88º do Tratado.

LXXX Questão que ficou sempre em aberto foi a do destino das indemnizações compensatórias de serviço público que não estejam sujeitas ao Regulamento n.º 1191/69. Esta questão está associada a uma outra, mais vasta, que é a de saber qual a relação entre as regras sobre auxílios de Estado, que em princípio interditam que se efectuem pagamentos a empresas que estejam em relação de concorrência, e a do direito que os Estados-Membros têm de manutenção dos serviços públicos, ou serviços de interesse económico geral, hoje acolhido no artigo 16º do Tratado CE.

LXXXI A este respeito, a doutrina identificou desde cedo duas interpretações alternativas: ou a compensação dos sobre custos associados à prestação de um serviço público eram um auxílio, sujeito a deveres de notificação e, quando

muito, objecto de uma decisão casuística de compatibilidade com o mercado comum, tomada pela Comissão após a necessária notificação, nos termos do art. 88º; LXXXII ou, em alternativa, a compensação desses sobre custos era em si mesma justificada e, portanto, não violaria as regras comunitárias visto que se limitaria a repor a empresa beneficiária pelas consequências da prestação do serviço público. Esta última tese, dita teoria da compensação, permite que o Estado não fique sujeito ao dever de notificar.

LXXXIII A questão só foi resolvida pelo TJCE no acórdão de 22 de Novembro de 2001, C- 53/00, Ferring, Colectânea, p.I-09067, onde o Tribunal Comunitário reconheceu pela primeira vez com clareza que a tese da compensação era a que melhor correspondia às necessidades de equilibrar dois princípios em confronto, a tutela da concorrência e as necessidades de protecção de serviços públicos.

LXXXIV O acórdão Ferring nada tinha a ver com questões de transportes, visando uma regulamentação francesa sobre as limitações ao regime de preços de medicamentos impostas com o objectivo de assegurar a distribuição dos mesmos em todo o território daquele Estado. Tanto a questão era nova que o processo Altmark foi suspenso para que as partes se pronunciassem sobre o referido acórdão Ferring (vejam-se os parágrafos 71 e 72 deste último acórdão). A questão de saber quais os limites da jurisprudência Ferring, e nomeadamente a questão de saber se a mesma é extensível ao sector dos transportes, estava pois em aberto no momento em que o acórdão Altmark foi proferido.

LXXXV Daqui resulta que o acórdão Altmark veio resolver uma questão que não estava resolvida em direito comunitário. A interpretação fixada nesse aresto foi substancialmente inovadora, definindo uma interpretação das regras do Tratado, e do regulamento n.º 1191/69 que resolveu a incerteza anterior.

LXXXVI Assim, e em conclusão, é completamente absurdo tratar os critérios do acórdão como se fossem lei em vigor, vinculando o executivo português no momento da adopção da RCM. Não somente se trata de matéria de interpretação como, e sobretudo, à data em que a RCM foi proferida essa interpretação judicial não tinha ainda sido proferida, pelo que não é possível censurar o Governo pelo facto de a não ter tido em conta. Por esta razão, portanto, a doutrina do acórdão Altmark não é invocável na apreciação da legalidade da RCM.

LXXXVII O quarto argumento resulta de que o direito

nacional não foi violado, visto que o Decreto Lei n.º 371/93 autoriza o pagamento de indemnizações compensatórias
LXXXVIII O artigo 112, n.º 3 do Decreto Lei n.º 371/93 exclui da noção de auxílio o pagamento de compensações de serviço público. As Recorrentes vêm afirmar, nos pontos 61 a 68 das alegações, que há quatro condições para a aplicação dessa excepção, mas essas condições são copiadas do acórdão Altmark: Essas condições são indicadas com detalhe e pormenor: (i) necessidade de a empresa beneficiária ser incumbida de funções de serviço público; (ii) definição clara e transparente dos parâmetros de compensação; (iii) proporcionalidade entre a compensação e as obrigações; (iv) necessidade de atribuição por concurso ou, se assim não for, (v) definição de um padrão de referência face a empresas bem geridas.

XC As recorrentes não explicam no entanto porque é que tais critérios são aplicáveis em direito interno. É evidente que pretender que tais regras se aplicam sem mais em direito interno é perfeitamente absurdo. O âmbito de aplicação material de uma norma, e por conseguinte da jurisprudência que a interpreta, é uma realidade normativa, que não pode ser determinada pelas conveniências de momento das recorrentes.

XCI Assim, os pretendidos critérios aos quais está sujeita a aplicação do artigo 11º do Decreto-Lei n.º 371/93 não têm qualquer aplicabilidade neste caso, nem resultam de qualquer regra de direito nacional. A norma do artigo 11º vale nos seus exactos termos e é aplicável tal como o legislador a formulou. Assim sendo, não há qualquer obrigação, em direito nacional, de aplicação dos requisitos elencados pelos Recorrentes.

XCII Para mais, esses critérios, tal como formulados pelas Recorrentes levariam a um resultado em tudo repugnante às regras de direito processual nacional: a inversão do ónus da prova, uma vez que as Recorrentes pretendem que caberia à administração e às empresas beneficiárias demonstrar que os critérios (por si inventados) estão preenchidos.

XCIII Assim admitindo que o Decreto-Lei n.º 371/93 fosse aplicável, o seu artigo 11º, n.º 3, exclui da proibição do n.º 1 as indemnizações compensatórias concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público.

XCIV Daqui resulta que a RCM atacada não pode ter violado o Decreto-Lei n.º 371/93 em matéria de auxílios, já que as indemnizações compensatórias que constituem o seu objecto estão excluídas da proibição contidas no respectivo artigo 11º, n.º 1.

XCV O mesmo regime resulta, aliás, do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro que contém o regime do sector empresarial do Estado e que estabelece, no seu artigo 9º, que as empresas públicas encarregues da gestão de serviços de interesse económico geral beneficiam de regimes derogatórios sempre que a aplicação das regras de concorrência seja susceptível de frustrar a boa execução desses regimes.

XCVI Assim, a conclusão, tanto face ao Decreto-Lei n.º 371/93 como ao Decreto-Lei n.º 558/99 é necessariamente a mesma: as empresas que estão sujeitas a obrigações especiais por prestarem serviço público beneficiam de um regime especial, o qual incluía, no domínio do diploma de 1993, uma muito ampla discricionariedade do Estado para atribuir indemnizações compensatórias a empresas como a G....., em prossecução da necessidade de compensar as obrigações de serviço público.

XCVII Em todo o caso, as Recorrentes não demonstraram a atribuição de qualquer vantagem indevida à G.....

XCVIII A Recorrida Particular G....., não dispõem de 3 vantagens face à Recorrente.

XCIX Em 1º lugar, a G..... não "beneficia" de um exclusivo de exploração de determinada zona concessionada.

C Pelo contrário, suporta, em nome do Estado e em execução do interesse público, a prestação de um serviço que não é, nem pode ser, efectuado em condições normais de mercado.

CI Com efeito, as condições em que essa prestação de serviços é feita são as de uma verdadeira imposição pelo Estado concedente. Assim:

CII Não é a G..... que decide da frequência das carreiras;

CIII Não é a G..... que decide se tem interesse em efectuar serviços nocturnos;

CIV E, por último, não é a G..... que decide qual a tarifa cobrada aos passageiros.

CV Quando as Recorrentes acusam a G..... de beneficiar de exclusivos, estão, na realidade, a referir-se a verdadeiras obrigações que são impostas à empresa. Essa imposição é feita contra o seu interesse comercial, pelo que constitui uma verdadeira obrigação de serviço público.

CVI Dadas as suas características, esse serviço é prestado em condições necessariamente deficitárias. É o que não ocorre com as Recorrentes, visto que têm total liberdade para decidir sobre os horários que praticam, do tipo de autocarros e do nível de serviço.

CVII O alegado facto de a Recorrida Particular G..... poder beneficiar da atribuição de carreiras sem concurso só seria uma vantagem se essas carreiras estivessem sujeitas às mesmas condições de oferta - de qualidade de autocarros, de frequência - aplicáveis às Recorrentes. Todavia, na medida em que a Recorrida Particular G..... é obrigada a prestar essas carreiras exactamente nas mesmas condições aplicáveis às restantes carreiras, a concessão sem concurso a que as Recorrentes se referem não constitui uma vantagem.

CVIII Pelo contrário, prestadas nas mesmas condições aplicáveis à operação regular da Recorrida Particular G....., essas carreiras são, tal como as outras, estruturalmente deficitárias. Os supostos auxílios mais não fazem, se o fizerem, do que compensar esse défice.

CIX Assim, não há qualquer benefício para a Recorrida Particular G..... pela prestação de carreiras nas condições referidas.

CX O quinto argumento resulta de que a RCM não viola o direito comunitário

CXI As Recorrentes, em matéria de aplicação do direito comunitário, ora visam o facto de a RCM atribuir compensações à Recorrida Particular G..... premiando uma gestão supostamente ineficaz; ora atacam as economias de escala que advêm do uso dos meios da zona concessionada nos serviços ditos concorrenciais.

CXII A primeira afirmação não está demonstrada e, em todo o caso, as Recorrentes não teriam nunca legitimidade para impugnar essa atribuição de indemnizações na parte em que ela visa os serviços prestados na zona de exclusivo.

CXIII Quanto à segunda tese, contida no ponto 39 das alegações, não está demonstrada nem as Recorrentes aduziram qualquer elemento de prova nesse sentido.

CXIV Para haver qualquer dificuldade face ao direito comunitário teria de haver, nos termos do artigo 97º, um benefício concedido a uma empresa em condições que não seriam as normais de mercado.

CXV O sexto argumento resulta da não violação do Regulamento dos transportes automóveis

CXVI Nos termos da sua concessão, a Recorrida Particular G..... mantém o exclusivo da exploração no perímetro do Concelho do Porto.

CXVII Fora do perímetro do Concelho do Porto, a Recorrida Particular G..... tem "prioridade" no estabelecimento e na exploração de novas e tem o exclusivo de exploração das carreiras em modo troleicarro ou carro eléctrico, dentro e fora

do concelho do Porto.

CXVIII Por outras palavras, seja dentro seja fora do perímetro do Concelho do Porto, a Recorrida Particular G..... está rodeada, ope legis, de um circunstancialismo que determina que tenha, por parte do Estado Concedente e ao abrigo do princípio da igualdade conforme consagrado no artigo 266º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, um tratamento diferente relativamente aos restantes concessionários de transportes colectivos (onde se incluem as Recorrentes B....., Lda., C....., C§. Lda., D....., S.A. e E....., S.A.).

CXIX O fundamento legal para a atribuição das indemnizações compensatórias do tipo da indemnização compensatória sub judice encontra-se não no RTA mas sim no artigo 22º do Decreto-Lei n.º 54/2003, de 28 de Março.

CXX Atendendo à natureza do serviço prestado pela Recorrida Particular G....., cai por terra a tese da ilegalidade das Recorrentes fundamentada na alegada violação do RTA por a "indemnização compensatória" atribuída por forma da RCM (e no âmbito da relação concessória) não ter necessariamente de estar prevista no RTA.

CXXI No caso em apreço, a situação que torna efectivamente distintas as recorridas particulares, em especial a Recorrida Particular G....., e as Recorrentes decorre directamente do seu especial estatuto, consagrado ao abrigo do Decreto-Lei n.º 379/98, de 27 de Novembro. Note-se desde já, a este respeito, que a Recorrida Particular G..... "está obrigada a assegurar o tráfego normal que se verifique no percurso onde efectue o serviço público" e "está sujeita a itinerários, horários e tarifas" administrativamente determinadas" (cfr. ponto 98 das alegações das Recorrentes).

CXXIII Todavia, a exploração exclusiva do transporte público de passageiros no Município do Porto, bem como a exploração (i) exclusiva, no âmbito dos troleicarros ou carro eléctrico e (ii) preferencial do transporte público de passageiros em determinadas carreiras fora da cidade do Porto determinam necessariamente acrescidas e, principalmente, mais custosas obrigações de serviço público para a Recorrida Particular G..... do que para qualquer uma das Recorrentes.

CXXIV Donde, ao abrigo do princípio da igualdade constitucionalmente consagrado, o tratamento diferenciado a que a Recorrida Particular G..... está sujeita encontra justificação cabal nas disposições da nossa Constituição.

Interpretação contrária a esta, como por exemplo, a sustentada pelas Recorrentes nas suas alegações, seria sim contrária à nossa Constituição e, essa sim, enfermaria de erro de direito.

Nestes termos, e sempre com o duto suprimento de Vs. Exas. requer-se que seja julgado improcedente o presente recurso contencioso de anulação por: (i) ineptidão da p.i., com todas as consequências legais; (ii) caso assim não se entenda, por violação do artigo 56º do RSTA, com todas as consequências legais; (iii) caso ainda assim não se entenda, por ilegitimidade activa das recorrentes, com todas as consequências legais; (iv) caso assim não se entenda, por irrecorribilidade do acto impugnado, com todas as consequências legais, (v) caso também assim não se entenda, por não estarem provados os factos e os vícios alegados pelas recorrentes, com todas as consequências legais.

1.6. O Ex.mo Procurador-geral Adjunto, neste Supremo Tribunal emitiu parecer no sentido de ser negado provimento ao recurso.

1.7. Foi proferido acórdão na Subsecção, rejeitando o recurso:

“a) por ineptidão da petição inicial, quanto à genérica invocação da violação do Regulamento dos Transportes Automóveis e Dec. Lei 90/91, de 23 de Fevereiro;
b) por irrecorribilidade da Resolução impugnada, na parte respeitante à F..... S.A.;
c) e por ilegitimidade activa, na parte em que a Resolução impugnada contempla a G..... S.A.”.

1.8. Contudo, o Pleno da 1ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo revogou o acórdão da Subsecção entendeu que o acto era recorrível e que todas as recorrentes tinham legitimidade activa, ordenando em consequência o prosseguimento dos autos.

1.9. Na subsecção foi suscitada uma questão prejudicial, junto do Tribunal de justiça das Comunidades Europeias. As questões colocadas àquele Tribunal foram as seguintes:

“a) À luz dos artigos 73º, 87º e 88º do Tratado e Regulamento n.º 1191/69, podem as autoridades nacionais impor obrigações de serviço público a uma empresa pública encarregada de assegurar o transporte público de passageiros num município?
b) Em caso de resposta afirmativa, devem as autoridades nacionais compensar essas obrigações?
c) Devem as autoridades nacionais, numa situação em que não estão obrigadas a lançar concursos para a concessão da

exploração de uma rede de transportes, alargar a obrigação de compensar a todas as empresas que sejam consideradas, à luz do direito interno e na mesma área, como oferecendo transporte público de passageiros?

- d) Em caso afirmativo, qual deve ser o critério de compensação?*
- e) No caso de empresas de transporte de passageiros em autocarro que, em virtude de concessão pública exercem a sua actividade, em regime de exclusivo no interior de determinados perímetros urbanos, mas que igualmente exercem essa actividade em concorrência com operadores privados fora das áreas urbanas que são objecto de exclusivo, a concessão pelo Estado, ano a ano, de auxílios destinados a cobrir os constantes déficits de exploração dessas empresas, tais ajudas configuram um auxílio de Estado interdito pelo art. 87º, 1, do Tratado CE, sempre que:*
- i) não seja possível apurar com base em dados seguros da respectiva contabilidade a diferença entre os custos imputáveis à parte da actividade dessas empresas na área em que é objecto da concessão e a receita correspondente e não seja em consequência possível calcular o sobre custo, decorrente do cumprimento das obrigações de serviço público que nos termos da concessão possa ser objecto de auxílio estatal ?*
- ii) o fornecimento de serviços de transporte pelas referidas empresas possa por esse facto ser mantido ou aumentado o que tem como consequência que as hipóteses de outra empresas estabelecidas nesse ou outro Estado membro fornecerem os seus serviços de transporte fiquem diminuídas ?*
- iii) e isto, apesar da previsão do art. 73º do Tratado ?*
- f) Tendo em atenção as condições que o TJ recorta no actual art. 87º, 1, (anterior 92º, 1), designadamente no Acórdão de 24-7-2003 (Altmark) para a qualificação de auxílio estatal (“Em primeiro lugar deve tratar-se de uma intervenção de Estado, ou proveniente de recursos estatais. Em segundo lugar, essa intervenção deve ser susceptível de afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Em terceiro lugar, deve conceder uma vantagem ao seu beneficiário. Em quarto lugar deve falsear a concorrência”), quais o sentido e alcance das expressões (i) atribuição de uma vantagem que (ii) falseia a concorrência, perante uma situação em que os beneficiários detém o exclusivo do serviço público de transportes de passageiros nas cidades de Lisboa e Porto, mas intervém ainda nas ligações a essas cidades, em zonas onde também intervêm outros operadores? Ou seja, a que*

critérios que devemos apelar para podermos concluir que a atribuição de uma vantagem, falseia a concorrência? É, para este aspecto, relevante saber qual a percentagem de custos que, no âmbito das empresas, são imputáveis às carreiras de transporte que operam fora da zona de exclusividade? É necessário – em suma – que o auxílio se repercuta na actividade exercida fora da zona de exclusividade (Lisboa e Porto) em termos concretamente significativos?

g) A intervenção da Comissão prevista nos artigos 76.º e 88.º do Tratado é a única forma jurídica de fazer cumprir as regras do Tratado na matéria de ajudas de Estado, ou a efectividade do direito comunitário exige mais do que isso, designadamente, a possibilidade de aplicação directa das referidas normas pelos tribunais nacionais a pedido dos particulares que se sintam atingidos negativamente pela concessão de um subsídio ou uma ajuda contrária às regras da concorrência?"

1.10. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias proferiu o acórdão junto aos autos, concluindo:

"1. O Regulamento (CEE) n.º 1191/69, de 26 de Junho de 1969, relativo à acção dos Estados membros em matéria de obrigações inerentes à noção de Serviço Público no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via naveável, conforme alterado pelo Regulamento (CEE) n.º 1893/91 do Conselho, de 20 de Junho de 1991, deve ser interpretado no sentido de que autoriza os Estados-Membros a imporem obrigações de serviço público a uma empresa pública encarregada de assegurar o transporte público de passageiros num município e de que prevê, relativamente aos encargos decorrentes dessas obrigações, a atribuição de uma compensação determinada de acordo com as disposições do referido regulamento.

2. O Regulamento n.º 1191/69, conforme alterado pelo Regulamento n.º 1893/91, opõe-se à atribuição de indemnizações compensatórias como as que estão em causa no processo principal, quando não seja possível determinar o montante dos custos em causa imputáveis à actividade das empresas em causa no âmbito da execução das suas obrigações de serviço público.

3. Sempre que um tribunal nacional constatar a incompatibilidade de determinadas medidas de auxílio com o Regulamento n.º 1191/69, conforme alterado pelo Regulamento 1893/91, cabe-lhe retirar todas as consequências, em conformidade com o direito nacional, no que se refere à validade dos actos de execução das referidas medidas" - fls. 964.

1.11. A Ex.ma Procuradora Geral Adjunta emitiu parecer no sentido de ser provido o recurso. “*Resulta dos autos – conclui aquela Magistrada – que as empresas em causa fora das suas áreas de exclusividade de concessão de serviço público, estão sujeitas às mesmas obrigações que os restantes operadores. E resulta igualmente dos autos que não foi possível apurar, com base em dados da contabilidade das empresas, a diferença entre os custos imputáveis à actividade na área de exclusividade de concessão de serviço público e a receita correspondente. Desconhece-se, assim, o montante do sobre custo resultante das obrigações de serviço público que, nos termos da concessão, pode ser objecto de apoio estatal. Nestes termos, tendo ocorrido violação dos artigos 73º e 87º, n.º 1 do Tratado CE e do art. 10º do Regulamento (CEE) n.º 1191/69 do Conselho, deverá, com esse fundamento, decidir-se no sentido da anulação da Resolução, na parte impugnada, concedendo-se provimento ao recurso*” – fls. 1201.

1.12. Pelo Relator do processo foi proferido despacho determinado a realização de uma perícia à contabilidade da F..... e da G....., relativamente ao ano de 2003, cujo objecto era saber: “*se (i) a contabilidade das referidas empresas permite com segurança demonstrar a diferença entre os custos imputáveis à parte da sua actividade nas zonas que integram a sua concessão em regime de exclusividade e a receita correspondente; (ii) ou, então, se existem elementos seguros que permitam concluir que as indemnizações compensatórias atribuídas a cada uma das empresas foram insuficientes para cobrir o prejuízo que pode ser imputado à exploração da zona de concessão em regime de exclusividade*” – fls. 1211.

1.13. Foi junto aos autos o Relatório do perito nomeado, que prestou ainda os esclarecimentos pedidos pelas partes.

1.14. Foram produzidas alegações complementares.

1.15. A Ex.ma Procuradora Geral Adjunta teve vista dos autos e manteve a posição anteriormente assumida.

1.16. Colhidos os vistos legais, foi o processo submetido à conferência para julgamento.

2. Fundamentação

2.1. Matéria de facto

Com relevo para a decisão consideram-se assentes os seguintes factos:

a) Pela Resolução n.º 52/2003, de 3 de Abril de 2003, o Conselho de Ministros resolve:

“1 – Aprovar, para o corrente ano, a distribuição de indemnizações compensatórias às empresas pelos

montantes constantes do quadro anexo à presente resolução, da qual faz parte integrante.

2 – Considerar que as verbas distribuídas revestem a seguinte natureza:

(...)

c) As indemnizações compensatórias à F....., S.A ao H....., E. P., à G....., SA, I....., SA e à J..... SA decorrem das obrigações assumidas em termos de exploração, de transportes e de tarifas.

(...)".

b) No referido quadro anexo, e na parte que interessa para o presente processo, constava o seguinte:

Sector/ empresa indemnizações (em euros)

Transportem Rodoviários

F..... 40.916.478

G..... 12.376.201

c) A F..... SA é uma empresa concessionária de serviço público de transportes de passageiros dentro dos limites administrativos da cidade de Lisboa, decorrendo a sua concessão de um contrato administrativo aprovado pelo Dec. Lei 688/73, de 21 de Dezembro;

d) A G... é uma empresa concessionária de serviço público de transporte de passageiros dentro dos limites administrativos da cidade do Porto, decorrendo a sua concessão de determinação legal por resultar da transformação em Sociedade Anónima de um serviço municipalizado;

e) Ambas as empresas, para além da actividade concessionada nos limites geográficos que resultam da concessão, exploram linhas de carreiras de autocarros fora dessas áreas;

f) Nas carreiras que extravasam os limites geográficos das concessões todos os operadores envolvidos estão sujeitos às regras previstas no Regulamento de Transporte Automóvel, designadamente através da necessidade de licenciamento das carreiras e cumprimento das obrigações de explorar, transportar e tarifárias (de aplicar os preços máximos fixados pelas autoridades públicas);

g) Foi suscitada questão prejudicial junto do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, tendo sido proferido acórdão junto aos autos, onde se concluiu:

“1. O Regulamento (CEE) n.º 1191/69, de 26 de Junho de 1969, relativo à acção dos Estados membros em matéria de obrigações inerentes à noção de Serviço Público no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via naveável, conforme alterado pelo Regulamento (CEE) n.º 1893/91 do

Conselho, de 20 de Junho de 1991, deve ser interpretado no sentido de que autoriza os Estados-Membros a imporem obrigações de serviço público a uma empresa pública encarregada de assegurar o transporte público de passageiros num município e de que prevê, relativamente aos encargos decorrentes dessas obrigações, a atribuição de uma compensação determinada de acordo com as disposições do referido regulamento.

2. O Regulamento n.º 1191/69, conforme alterado pelo Regulamento n.º 1893/91, opõe-se à atribuição de indemnizações compensatórias como as que estão em causa no processo principal, quando não seja possível determinar o montante dos custos em causa imputáveis à actividade das empresas em causa no âmbito da execução das suas obrigações de serviço público.

3. Sempre que um tribunal nacional constatar a incompatibilidade de determinadas medidas de auxílio com o Regulamento n.º 1191/69, conforme alterado pelo Regulamento 1893/91, cabe-lhe retirar todas as consequências, em conformidade com o direito nacional, no que se refere à validade dos actos de execução das referidas medidas" - fls. 964.

h) Pelo Relator do processo foi proferido despacho determinado a realização de uma perícia à contabilidade da F..... e da G....., relativamente ao ano de 2003, cujo objecto era saber: "se (i) a contabilidade das referidas empresas permite com segurança demonstrar a diferença entre os custos imputáveis à parte da sua actividade nas zonas que integram a sua concessão em regime de exclusividade e a receita correspondente; (ii) ou, então, se existem elementos seguros que permitam concluir que as indemnizações compensatórias atribuídas a cada uma das empresas foram insuficientes para cobrir o prejuízo que pode ser imputado à exploração da zona de concessão em regime de exclusividade" – fls. 1211.

i) A contabilidade das recorridas particulares não permite demonstrar a diferença entre os custos e as receitas imputáveis à sua actividade nas zonas que integram a concessão em regime de exclusividade, no ano de 2003.

Motivação da matéria de facto.

Os factos descritos nas alíneas a) a h) decorrem sem dúvidas legítimas dos documentos para onde remetem, da legislação que criou as empresas (contra-interessadas) e do acordo das partes.

A prova do facto referido na al. i) resulta da análise das respostas aos quesitos pelo perito nomeado.

Porque se trata de um facto muito importante para o desfecho da causa merece uma justificação mais detalhada. A importância decisiva do facto ora em causa decorre, como se disse no Relatório, do facto das indemnizações compensatórias poderem ser concedidas a empresas que explorem simultaneamente serviços sujeitos a obrigações de serviço público e outras actividades, os serviços públicos deverão estar sujeitos a uma orgânica específica que satisfaça os seguintes requisitos:

“a) separação das contas correspondentes a cada uma dessas actividades de exploração e afectação da parte correspondente dos activos segundo normas contabilísticas em vigor;
b) equilíbrio das despesas pelas receitas de exploração e pelos subsídios do Estado, sem possibilidade de transferência de ou para outro sector de actividade da empresa” – cfr. Relatório Pericial a fls. 1327.

Ora, esta prática nunca foi seguida.

Nunca se levantou a questão da separação das contas, não obstante diversas inspecções do Tribunal de Contas.

Como decorre do aludido relatório pericial “Ao analisar e verificar as Demonstrações Financeiras obrigatórias segundo o normativo contabilístico nacional conclui-se facilmente que ambas as empresas nunca tiveram como objectivo em separar claramente as contabilidades de serviço público e de outras prestações de serviço” (relatório pericial a fls. 1327).

Não foi possível, assim, calcular a diferença entre os custos imputáveis á parte da actividade nas zonas que integram a concessão em regime de exclusividade e a receita correspondente (fls. 1340). Aceitamos esta conclusão de facto – emitida pelo Perito nomeado pelo Tribunal - uma vez que não existem elementos contabilísticos que com segurança permitam qualquer outra.

Não tem, por outro lado, razão de ser a pretensão da G..... SA, subsidiariamente invocada de uma nova perícia com vista a apurar as receitas e despesas em função do quilómetro percorrido, por ainda que fosse possível uma estimativa desse tipo não permitira com segurança uma imputação dos custos às obrigações de serviço público. Uma estimativa geral permitiria sempre a possibilidade de transferência dos subsídios ou de parte deles para o sector de actividade onde é exercida a actividade em condições similares à dos outros operadores.

Assim da longa e exaustiva indagação levada a cabo pelo Perito do Tribunal e dos respectivos esclarecimentos resulta provada a matéria de facto descrita na al. e).

2.2. Matéria de direito

2.2.1. Questões a decidir.

Nestes autos foram já apreciadas algumas questões. Decidiu-se que não havia na petição inicial qualquer alusão à concreta norma violada do Regulamento dos Transportes Automóveis nem da legislação aplicável à G..... e à F..... Assim, relativamente a estes vícios não há efectivamente causa de pedir, pelo que não se conhecerão os mesmos. O processo prosseguiu para julgamento dos demais vícios imputados ao acto, a saber: (i) que as indemnizações compensatórias distorcem a concorrência (epígrafe do capítulo II da petição inicial); (ii) que tais auxílios são ilegais, por violação das regras nacionais da concorrência (artigos 85º e seguintes), considerando violado o art. 11º do Dec. Lei 371/93, de 29 de Outubro; (iii) que tais auxílios infringem as regras legais sobre a atribuição de auxílios do Estado (art. 94 e seguintes), considerando violados os artigos 88º, 3 do Tratado da União Europeia e o Regulamento CEE n.º 1107/70 do Conselho de 4 de Junho de 1970, por não ter havido informação da Comissão Europeia, e considerando ainda violado o Regulamento 1191/69, modificado pelo Regulamento 1893 do Conselho de 20 de Junho de 1991, que permite aos estados membros excluir determinadas empresas do âmbito de aplicação do regulamento, considerando ainda violado o art. 92º do Tratado, segundo o qual os auxílios estatais são proibidos. Julgou-se, assim e nesta parte a decisão da Subsecção não foi impugnada, procedente a excepção da inaptidão inicial relativamente aos vícios genericamente aludidos e referentes à violação do Regulamento dos Transportes Automóveis e do Dec. Lei 90/91, de 23 de Fevereiro, e improcedente quanto aos demais. Dada a divisibilidade dos vícios em causa, nada obstou ao prosseguimento do recurso apenas contra os vícios cujas normas e princípios foram correctamente indicados na petição inicial.

Estão por decidir as questões sobre o mérito do recurso, sendo que as recorrentes imputam ao acto recorrido vícios de violação da lei nacional e comunitários acima discriminados.

Foi ainda decidido que as recorrentes têm legitimidade, a Resolução era recorrível e que não existem outras nulidades, excepções ou questões prévias que obstem à apreciação do mérito.

Existe ainda uma reclamação dos recorrentes para a conferência do despacho do relator que indeferiu a inclusão dos quesitos por si formulados na peritagem oportunamente

ordenada – fls. 1252.

Estão, assim por decidir apenas as questões sobre o mérito do recurso acima enumeradas sobre o mérito do recurso e a reclamação para a conferência. Apreciaremos esta última questão em primeiro lugar.

2.2.2. Reclamação para a conferência (fls. 1252).

As recorrentes reclamaram para a conferência do despacho proferido em 24 de Maio, na parte em que não admitiu os quesitos por si sugeridos. Alegam (ponto 12 da reclamação) que tais quesitos (por si sugeridos) “destinam-se precisamente a permitir estabelecer se as condições fixadas no acórdão citado se verificam no caso sub judice ou não, no caso de esse Tribunal ter dúvidas sobre tal facto” (....). “Ao contrário do que afirma do seu Despacho agora reclamado o M.mo Conselheiro Relator, as questões suscitadas pelos Autores poderia ser todas respondidas contabilidade das duas empresas se – e apenas se – tivessem sido fixadas as obrigações de serviço público das quais decorressem as compensações impugnadas.” (ponto 16). Terminam concluindo que o despacho reclamado viola directamente o Acórdão do TJCE em apreço, desvirtuando-o mesmo na restrita parte em que o citou” (ponto 18).

O despacho reclamado, na parte que foi posta em causa, tem a seguinte redacção:

“(....)

As autoras recorreram do despacho do relator, mas o recurso não foi admitido.

Sugeriram ainda os seguintes quesitos:

1º - Quais eram no ano de 2003, no âmbito da concessão de serviço público em regime de exclusivo de que desfrutam as duas recorridas particulares, as obrigações que, se considerasse os seus próprios interesses comerciais, não assumiriam na mesma medida ou nas mesmas condições?

2º - Qual seria, numa empresa razoavelmente gerida e de acordo com uma lógica de mercado, o sobrecusto (deduzido dos proveitos respectivos) advenientes no ano de 2003 para as recorridas particulares da assunção dessas obrigações de serviço público contratualmente impostas?

3º - Os montantes das indemnizações compensatórias determinadas em 2003, constituem as únicas ajudas recebidas do Estado pelas recorridas, ou no período em análise a G..... e a F..... receberam outras ajudas a outros títulos).

Como facilmente se constata os quesitos propostos extravasam o objecto da perícia, isto é, a contabilidade das recorridas particulares. Deste modo, não se acolhe a

sugestão das autoras e portanto não se incluirão nos quesitos as questões por si sugeridas.

Os quesitos que o Perito deve responder são os seguintes:
1º

Relativamente ao ano de 2003, a contabilidade da G..... permite com segurança determinar a diferença entre os custos imputáveis à parte da sua actividade nas zonas que integram a sua concessão em regime de exclusividade e a receita correspondente?

2º

Em caso afirmativo ao quesito anterior qual é essa diferença?

3º

Relativamente ao ano de 2003, a contabilidade da F..... permite com segurança determinar a diferença entre os custos imputáveis à parte da sua actividade nas zonas que integram a sua concessão em regime de exclusividade e a receita correspondente?

4º

Em caso afirmativo ao quesito anterior qual é essa diferença?

(...)"

Vejamos.

Antecipando a conclusão deve manter-se o despacho reclamado.

Mantém-se o despacho reclamado, desde logo, porque, como nele se afirma, o objecto da perícia era contabilidade das recorridas particulares e os quesitos propostos tinham outro conteúdo. Na verdade, saber quais as obrigações que não teriam assumido se não tivesse havido indemnização compensatória não é uma questão de contabilidade (quesito proposto sob o n.º 1). Interrogações sobre custos ou sobrecustos numa “lógica de mercado” numa empresa “razoavelmente gerida” também não é uma questão a colocar numa perícia à contabilidade (quesito 2º). O quesito 3º fica prejudicado porque depende da resposta ao 2. O quesito 3º poderia ter reflexo na contabilidade das empresas, mas para o caso era irrelevante, pois ainda que as empresas recebem outros subsídios, tal facto nada tem a ver com a questão de saber se aqueles que estão em causa neste processo estão ou não de acordo com a lei.

Finalmente quanto à alegada violação do acórdão do TJCE, pelo despacho ora reclamado, a “acusação” das autoras é sem qualquer sentido, como decorre, desde logo, e sem necessidade de qualquer argumentação da resposta dada pelo Tribunal no âmbito da matéria de facto.

Com efeito, deu-se como provado que a contabilidade das empresas “não permite com segurança demonstrar a diferença entre os custos e as receitas imputáveis à sua actividade nas zonas que integram a concessão em regime de exclusividade, no ano de 2003”.

É, assim, patente que, no momento em que se pretendia dava início a uma perícia, (ainda) não podia estar a violar-se o referido acórdão. Estábamos apenas a indagar uma realidade de facto complexa e que exigia especiais conhecimentos.

Como a resposta a que se chegou demonstrou, não havia, na formulação dos quesitos, qualquer pré-conceito sobre o desfecho da perícia.

Não tem pois razão de ser imputar ao despacho reclamado a violação do “sentido” do acórdão proferido no âmbito do reenvio prejudicial – até porque o resultado da perícia foi (como se viu) *totalmente favorável á pretensão das autoras*. Assim e face ao exposto indefere-se a reclamação para a conferência, mantendo-se o despacho reclamado.

2.2.3. Mérito do recurso contencioso

Tendo em atenção os vícios alegados e relevantes, (foram afastados por falta de causa de pedir os vícios de violação de lei por infracção ao Regulamento de Transportes em Automóvel e Dec. Lei e Dec. Lei 90/91, de 23 de Fevereiro) impõe-se apreciar a validade da Resolução impugnada, perante o direito interno e o direito comunitário.

No direito interno as recorrentes entendem que houve violação do art. 11º do Dec. Lei 371/93, de 29 de Outubro. Diz-nos este artigo, no seu n.º 1 que “os auxílios a empresas concedidos por um Estado ou qualquer outro ente público não poderão restringir ou afectar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado”.

O art. 11º, n.º 3 do mesmo diploma diz-nos expressamente que “Para efeitos do disposto no presente artigo não se consideram: a) as indemnizações compensatórias, qualquer que seja a forma que revistam, concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público”.

As indemnizações compensatórias à F....., S.A ao H....., E. P., à G....., SA, I....., SA e à J..... SA decorrem das obrigações assumidas em termos de exploração, de transportes e de tarifas.

É, pois inequívoco, que as importâncias atribuídas à G..... SA e F..... devem qualificar-se como indemnizações compensatórias, como contrapartida da prestação de um serviço público.

Daí que se torne claro que, neste caso, não haver violação do art. 11º, n.º 1 do Dec. Lei 372/93, de 29 de Outubro. Note-se que também o art. 41º, n.º 2 do diploma em causa nos diz expressamente que o mesmo não é aplicável “às empresas concessionadas pelo Estado por diploma próprio, no âmbito e na vigência do respectivo contrato de concessão”.

Há uma clara demarcação do âmbito de vigência das regras da concorrência, dela excluindo as empresas que, associadas ao Estado, prossigam um serviço público.

A sobreposição do interesse público, às regras da concorrência é conseguida, como vimos de duas formas muito claras e indiscutíveis: afastar o regime geral da concorrência de todas as empresas concessionadas pelo Estado e, mesmo fora desse âmbito, não considerar auxílios, mas sim contraprestações pelos serviços prestados, as indemnizações compensatórias.

As recorrentes cientes da evidência desta interpretação defendem que o conceito de “auxílios do Estado” proibidos pelo Dec. Lei 11, n.º 1 deve ser encontrado de acordo com as regras comunitárias (designadamente a noção de “auxílio de Estado” defendida no Acórdão Altmark). Neste âmbito, as recorrentes dizem o seguinte:

“(...)XXVIII. Este auxílio de Estado é ilegal porque as indemnizações compensatórias – que só o são em nome – constituem uma real vantagem financeira para as duas Rcd^{as} particulares e têm por efeito colocar essas empresas numa situação concorrencial mais favorável em relação às empresas que lhes fazem concorrência, pelo que afectam de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado.

XXIX. Nos termos do art.º 90º do Tratado, actual art.º 86 CE, as regras da concorrência são indistintamente aplicadas às empresas privadas e às empresas públicas, pelo que ainda que se pudesse considerar que a G..... e a F....., no exercício das suas missões de transporte estão sujeitas a obrigações de serviço público – por tais missões revestirem, do ponto de vista dos utilizadores, «um interesse económico geral que apresenta características específicas em relação ao que revestem outras actividades económicas» - o pagamento das quantias autorizadas pela decisão impugnada continuaria a ser um auxílio de Estado cuja admissibilidade ficaria sempre sujeita à verificação das quatro condições enunciadas nos artº.s 64, 65, 66 e 67 supra.

XXX. Nos termos dos artigos 72º, 74º e 127º do Regulamento de Transporte em Automóveis (Decreto nº

37:272, de 31 de Dezembro de 1948), os operadores de linhas regulares de passageiros estão todos adstritos às mesmas regras de licenciamento e sujeitos às obrigações de exploração, de transporte e de tarifas.

XXXI. A entrega a algum ou alguns desses operadores de «indemnizações compensatórias», sem recurso à fundamentação prevista no artigo 97º do mesmo RTA (fixação de carreiras de interesse público mediante compensação, o que implicaria um processo concorrencial de adjudicação) viola, evidentemente o RTA

- 1) por não estar prevista, e
- 2) por pôr em causa a igualdade de todos os operadores do mesmo mercado.

(...)XXXII. O acto impugnado pode e deve ser sindicado à luz das disposições comunitárias sobre concorrência e auxílios de Estado, designadamente o artigo 87º, 1, CE, nos termos do qual “são incompatíveis com o mercado comum (...) os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou produções”.

XXXIII. A condição de aplicação deste artigo, segundo a qual o auxílio deve ser susceptível de afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros, não depende da natureza local ou regional dos serviços de transporte fornecidos nem da importância do domínio de actividade em causa;

XXXIV. Não está de forma alguma excluído que uma subvenção pública concedida a uma empresa que apenas fornece serviços de transporte local ou regional e não fornece serviços de transporte fora do Estado de origem possa, não obstante, ter influência sobre as trocas comerciais entre os Estados-Membros, porque, quando um Estado-Membro concede uma subvenção pública a uma empresa, o fornecimento de serviços de transporte pela referida empresa pode por esse facto ser mantido ou aumentado, o que tem como consequência que as hipóteses de empresas estabelecidas noutros Estados-Membros fornecerem os seus serviços de transporte no mercado desse Estado são diminuídas.

XXXV. Não pode haver qualquer sobreposição da obrigação da prestação de serviço público às regras da concorrência, pois o Regulamento nº 1191/69 que autoriza as autoridades competentes nacionais a adoptarem, no domínio dos transportes rodoviários, todas as medidas cobertas por esse regulamento, incluindo as medidas de financiamento necessárias para esse efeito, instaura um regime de

autorização particularmente favorável que exige, em consequência, uma interpretação restritiva.

XXXVI. Este regime de autorização particularmente favorável deve, pois, ser limitado aos auxílios que são directa e exclusivamente necessários ao cumprimento do serviço público de transportes enquanto tal, com exclusão das subvenções destinadas a cobrir os défices causados à empresa de transportes por autocarro por circunstâncias estranhas à sua missão de transporte.

XXXVII. A identificação dos auxílios que são directa e exclusivamente necessários ao cumprimento do serviço público de transportes enquanto tal decorre da aferição feita nos termos das quatro condições estipuladas no nº 89º do Acórdão Altmark e melhor identificadas nos nº.s 64, 65, 66 e 67 supra, e das quais já se concluiu que nenhuma é cumprida no caso «sub judice».

XXXVIII. Desta forma, o Regulamento 1191/69 autoriza os auxílios de Estado que são directa e exclusivamente necessários ao cumprimento das obrigações do serviço público de transportes enquanto tal, mas não autoriza os auxílios que excedam essa ratio, como ocorre no caso «sub judice», pelo que este Regulamento se deve ter por violado.

XXXIX. E tão pouco a aplicação deste Regulamento ou o abuso da sua aplicação está coberto pelo artigo 73º do Tratado CE, uma vez que na sequência da adopção do Regulamento n.º 1107/70, relativo aos auxílios concedidos no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via naveável, os Estados-Membros já não estão autorizados a invocar o benefício do artigo 77.º do Tratado (actual artigo 73.º CE), que prevê que os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou que correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público são compatíveis com o Tratado, fora dos casos referidos no direito comunitário derivado.

XL. Assim, nas hipóteses em que o Regulamento n.º 1191/69, relativo à acção dos Estados-Membros em matéria de obrigações inerentes à noção de serviço público no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via naveável não seja aplicável e em que as subvenções em causa fiquem sob a alçada do artigo 92.º , n.º 1, do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 87.º , n.º 1, CE), o Regulamento n.º 1107/70 enuncia, de maneira exaustiva, as condições em que as autoridades dos Estados-Membros podem conceder auxílios ao abrigo do artigo 77.º do Tratado.

XLI. No caso «sub judice» o auxílio em causa – as indemnizações compensatórias impugnadas – está sob a

alçada do artigo 87º, 1 CE, e, não respeitando os preceitos do Regulamento 1107/70, designadamente o seu artigo 2º, é proibido.(...)”.

O Conselho de Ministros defende a validade da sua Resolução alegando que não há violação dos artigos 87º e 88º do TCE e respectivo direito derivado, “*já que tais disposições não são aplicáveis ao caso concreto, dado que a inexistência de conexão comunitária remete para a regulação constante do regime nacional de defesa da concorrência*”.

As questões suscitadas foram colocadas ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no âmbito de uma questão prejudicial, que decidiu nos termos seguintes:

“(…)

Acórdão

1. *O presente pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação dos artigos 73.º CE e 87.º CE e ainda do Regulamento (CEE) n.º 1191/69 do Conselho, de 26 de Junho de 1969, relativo à acção dos Estados Membros em matéria de obrigações inerentes à noção de serviço público no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via naveável (JO L 156, p. 1; EE 08 F1 p. 131), conforme alterado pelo Regulamento (CEE) n.º 1893/91 do Conselho, de 20 de Junho de 1991 (JO L 169, p. 1; a seguir «Regulamento n.º 1191/69»).*

2. *O pedido foi apresentado no quadro de um litígio que opõe a Associação Nacional de Transportadores Rodoviários de Pesados de Passageiros (ANTROP) e várias outras empresas (a seguir «ANTROP e o.») ao Conselho de Ministros, à F....., SA (a seguir «F.....»), e à G....., SA (a seguir «G.....»), a respeito de indemnizações compensatórias, respectivamente, de 40 916 478 euros e de 12 376 201 euros, atribuídas a essas empresas, para o ano de 2003, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 52/2003, de 27 de Março de 2003.*

Quadro jurídico

3. *O primeiro e segundo considerandos do Regulamento n.º 1191/69 enunciam:*

«*Considerando que um dos objectivos da política comum de transportes é a eliminação das disparidades que se manifestam pela imposição, às empresas de transportes, pelos Estados Membros, de obrigações inerentes à noção de serviço público e que sejam de natureza a falsear substancialmente as condições de concorrência;*
Considerando que é necessário, por conseguinte, suprimir as obrigações de serviço público definidas no presente regulamento; que, todavia, a manutenção de tais obrigações

é indispensável em determinados casos, para garantir o fornecimento de serviços de transporte suficientes; que este fornecimento deve ser apreciado em função da oferta e da procura de transporte existentes, bem como das necessidades da colectividade.»

4. O artigo 1.º, n.os 1 a 5, do Regulamento n.º 1191/69 estabelece:

«1. O presente regulamento é aplicável às empresas de transportes que explorem serviços no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável.

Os Estados - Membros podem excluir do âmbito de aplicação do presente regulamento as empresas cuja actividade se limite exclusivamente à exploração de serviços urbanos, suburbanos ou regionais.

2. Para efeitos do presente regulamento, entende-se por:

– serviços urbanos e suburbanos, os serviços de transporte correspondentes às necessidades de um centro urbano ou de uma aglomeração, bem como às necessidades de transportes entre esse centro ou essa aglomeração e os respectivos arredores,

– serviços regionais, os serviços de transportes destinados a dar resposta às necessidades de transportes de uma região.

3. As autoridades competentes dos Estados - Membros eliminarão as obrigações inerentes à noção de serviço público, definidas no presente regulamento, impostas no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável.

4. A fim de garantir a existência de serviços de transportes suficientes, tendo nomeadamente em conta os factores sociais, ambientais e de ordenamento do território, ou a fim de oferecer determinadas condições tarifárias em benefício de determinadas categorias de passageiros, as autoridades competentes dos Estados-Membros podem celebrar contratos de fornecimento de serviços públicos com empresas de transportes. As condições e modalidades desses contratos constam da secção V.

5. Todavia, as autoridades competentes dos Estados-Membros podem manter ou impor as obrigações de serviço público a que se refere o artigo 2.º aos serviços urbanos, suburbanos e regionais de transporte de passageiros. As respectivas condições e modalidades, incluindo os métodos de compensação, constam das secções II, III e IV.

Sempre que uma empresa de transportes explore simultaneamente serviços sujeitos a obrigações de serviço público e outras actividades, os referidos serviços públicos deverão ser objecto de uma orgânica específica que

satisfaga pelo menos os seguintes requisitos:

- a) Separação das contas correspondente a cada uma dessas actividades de exploração e afectação da parte correspondente dos activos segundo as normas contabilísticas em vigor;*
- b) Equilíbrio das despesas pelas receitas de exploração e pelos subsídios do Estado sem possibilidade de transferência de ou para outro sector de actividade da empresa.»*

5. Nos termos do artigo 2.º, n.os 1 e 2, do Regulamento n.º 1191/69:

«1. Por obrigações de serviço público, entendem-se as obrigações que a empresa de transporte, se considerasse os seus próprios interesses comerciais, não assumiria ou não teria assumido na mesma medida ou nas mesmas condições.

2. As obrigações de serviço público, na acepção do n.º 1, envolvem a obrigação de explorar, a obrigação de transportar e a obrigação tarifária.»

6. O artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1191/69 enuncia:

«As decisões de manter uma obrigação ou parte de uma obrigação de serviço público, ou de a extinguir decorrido certo prazo, deverão prever a atribuição de uma compensação dos encargos financeiros que daí resultem, cujo montante será determinado em conformidade com os procedimentos comuns estabelecidos nos artigos 10.º a 13.º»

7. O artigo 10.º do Regulamento n.º 1191/69 prevê:

«1. O montante da compensação prevista no artigo 6.º será, no caso de uma obrigação de explorar ou de transportar, igual à diferença entre a diminuição dos encargos e a diminuição das receitas da empresa que possam resultar da extinção da totalidade ou da parte relevante da obrigação em causa durante o período de tempo considerado.

Todavia, se o cálculo das desvantagens económicas tiver sido efectuado repartindo os custos totais suportados pela empresa a título da sua actividade de transporte entre as diferentes partes desta actividade, o montante da compensação será igual à diferença entre os custos imputáveis à parte da actividade da empresa abrangida pela obrigação de serviço público e a receita correspondente.»

8 O artigo 17.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Regulamento n.º 1191/69 estabelece:

«As compensações que resultarem da aplicação do presente regulamento estão dispensadas do processo de informação prévia, previsto no artigo [88.º], n.º 3, [CE].»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

9. A F..... é uma empresa pública que, por contrato administrativo, obteve a concessão do serviço público de transporte de passageiros mediante a utilização de autocarros, carros eléctricos e ascensores mecânicos no interior dos limites administrativos da cidade de Lisboa. As obrigações de serviço público da F..... consistem em assegurar o funcionamento regular e contínuo do serviço concessionado, nas condições tarifárias definidas pelo concedente.

10. A G....., por seu lado, é uma empresa pública concessionária do serviço público de transporte de passageiros no interior dos limites administrativos da cidade do Porto, tendo tal concessão decorrido da transformação legal do serviço municipalizado em sociedade anónima.

11. Como contrapartida da prestação de serviços de transporte urbano de passageiros, a F..... e a G..... beneficiam, há longos anos, de diversos benefícios concedidos pelo Estado. Trata-se, designadamente, de indemnizações compensatórias, dotações de capital e de avales do Estado ao crédito que lhes é concedido.

12. Fora dos limites geográficos das zonas das respectivas concessões, a F..... e a G..... exploram igualmente, sem sujeição a obrigações de serviço público, carreiras de autocarro em que operam igualmente outras empresas, designadamente a ANTROP e o. Estas prestam serviços de transporte em regime de serviço público licenciado e estão adstritas a regras de itinerários, horários e tarifas. Foi devido à actividade da F..... e da G..... nessas mesmas carreiras que a ANTROP e o. invocaram uma distorção da concorrência e impugnaram a Resolução n.º 52/2003.

13. A ANTROP e o. alegam que só têm como proveitos as suas receitas de exploração advinientes das tarifas em vigor, pelo que os prejuízos de exploração que resultem da sua actividade são exclusivamente cobertos pelos seus capitais próprios, ao passo que os eventuais prejuízos, custos de investimento e capitais da F..... e da G..... são cobertos por subsídios públicos. A atribuição desses subsídios constitui, assim, um factor de distorção da concorrência. Por conseguinte, as recorrentes no processo principal sustentam que a Resolução n.º 52/2003, na parte impugnada, viola a legislação nacional da concorrência e as disposições de direito comunitário em matéria de auxílios de Estado, designadamente os artigos 86.º CE, 87.º, n.º 1, CE, 88.º CE e 89.º CE, bem como o Regulamento n.º 1191/69 e o Regulamento (CEE) n.º 1107/70 do Conselho, de 4 de Junho

de 1970, relativo aos auxílios concedidos no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável (JO L 130, p. 1; EE 08 F1 p. 164).

14. Foi neste quadro que se suscitou no tribunal nacional a questão da necessidade do reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça.

15. Tendo ouvido as partes e considerando necessário o reenvio, o Supremo Tribunal Administrativo decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«[1]】 À luz dos artigos 73.º[CE], 87.º[CE] e 88.º [CE] [...] e [do] Regulamento n.º 1191/69, podem as autoridades nacionais impor obrigações de serviço público a uma empresa pública encarregada de assegurar o transporte público de passageiros num município?

[2]】 Em caso de resposta afirmativa, devem as autoridades nacionais compensar essas obrigações?

[3]】 Devem as autoridades nacionais, numa situação em que não estão obrigadas a lançar concursos para a concessão da exploração de uma rede de transportes, alargar a obrigação de compensar a todas as empresas que sejam consideradas, à luz do direito interno e na mesma área, como oferecendo transporte público de passageiros?

[4]】 Em caso afirmativo, qual deve ser o critério de compensação?

[5]】 No caso de empresas de transporte de passageiros em autocarro que, em virtude de concessão pública, exercem a sua actividade, em regime de exclusivo no interior de determinados perímetros urbanos, mas que igualmente exercem essa actividade em concorrência com operadores privados fora das áreas urbanas que são objecto de exclusivo, a concessão pelo Estado, ano a ano, de auxílios destinados a cobrir os constantes déficits de exploração dessas empresas, tais ajudas configuram um auxílio de Estado interdito pelo artigo 87.º, [n.º] 1, do Tratado CE, sempre que:

[a)] não seja possível apurar com base em dados seguros da respectiva contabilidade a diferença entre os custos imputáveis à parte da actividade dessas empresas na área em que é objecto da concessão e a receita correspondente e não seja em consequência possível calcular o [sobrecusto], decorrente do cumprimento das obrigações de serviço público que nos termos da concessão possa ser objecto de auxílio estatal? [b)] o fornecimento de serviços de transporte pelas referidas empresas possa por esse facto ser mantido ou aumentado, o que tem como consequência que as

hipóteses de outra[s] empresas estabelecidas nesse ou noutra Estado-Membro fornecerem os seus serviços de transporte fiquem diminuídas?

[c)] e isto, apesar da previsão do artigo 73.º do Tratado? [6)] Tendo em atenção as condições que o [Tribunal de Justiça] recorta no actual artigo 87.º, [n.º 1, CE] [...], designadamente no Acórdão de [24 de Julho de 2003] (Altmark) [Trans e Regierungspräsidium Magdeburg, C-208/00, Colect., p. I-7747] para a qualificação de auxílio estatal ('Em primeiro lugar, deve tratar-se de uma intervenção de Estado, ou proveniente de recursos estatais. Em segundo lugar, essa intervenção deve ser susceptível de afectar as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Em terceiro lugar, deve conceder uma vantagem ao seu beneficiário. Em quarto lugar, deve falsear a concorrência'), quais o sentido e alcance das expressões (i) atribuição de uma vantagem que (ii) falseia a concorrência, perante uma situação em que os beneficiários detêm o exclusivo do serviço público de transportes de passageiros nas cidades de Lisboa e Porto, mas intervém ainda nas ligações a essas cidades, em zonas onde também intervêm outros operadores? Ou seja, a que critérios [é] que devemos apelar para podermos concluir que a atribuição de uma vantagem, falseia a concorrência? É, para este aspecto, relevante saber qual a percentagem de custos que, no âmbito das empresas, são imputáveis às carreiras de transporte que operam fora da zona de exclusividade? É necessário – em suma – que o auxílio se repercuta na actividade exercida fora da zona de exclusividade (Lisboa e Porto) em termos concretamente significativos?

[7)] A intervenção da Comissão [das Comunidades Europeias] prevista nos artigos 76.º e 88.º do Tratado é a única forma jurídica de fazer cumprir as regras do Tratado [CE] na matéria de ajudas de Estado, ou a efectividade do direito comunitário exige mais do que isso, designadamente, a possibilidade de aplicação directa das referidas normas pelos tribunais nacionais a pedido dos particulares que se sintam atingidos negativamente pela concessão de um subsídio ou uma ajuda contrária às regras da concorrência?»

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira, segunda, terceira e quarta questões

16. É conveniente tratar conjuntamente as quatro primeiras questões, na medida em que se referem, em substância, à possibilidade de os Estados - Membros imporem obrigações de serviço público às empresas de transporte e à obrigação de as compensarem, que eventualmente daí decorre.

17. *Saliente - se, a título liminar, que nenhum elemento dos autos remetidos ao Tribunal de Justiça permite supor que a República Portuguesa tenha usado a faculdade prevista no artigo 1.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 1191/69, de excluir do seu âmbito de aplicação as empresas cuja actividade se limite exclusivamente à exploração de serviços urbanos, suburbanos ou regionais. Por consequência, as disposições deste regulamento são plenamente aplicáveis ao processo principal, devendo as questões prejudiciais ser apreciadas à luz dessas disposições.*

18. *Tendo por objectivo a supressão das obrigações inerentes à noção de serviço público, como se infere do primeiro e segundo considerandos e do artigo 1.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1191/69, o seu artigo 1.º, n.º 5, prevê que as autoridades competentes dos Estados - Membros podem manter ou impor as obrigações de serviço público, a que se refere o artigo 2.º, para os serviços urbanos, suburbanos e regionais de transporte de passageiros. As respectivas condições e modalidades, incluindo os métodos de compensação, constam das secções II, III e IV do regulamento.*

19. *Nos termos do artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1191/69, as decisões de manter uma obrigação ou parte de uma obrigação de serviço público, ou de a extinguir decorrido certo prazo, deverão prever a atribuição de uma compensação dos encargos financeiros que daí resultem, cujo montante será determinado em conformidade com os procedimentos comuns estabelecidos nos artigos 10.º a 13.º do mesmo regulamento.*

20. *Estando a obrigação de compensação, por força do Regulamento n.º 1191/69, necessariamente ligada ao cumprimento de obrigações de serviço público, as empresas que, segundo a hipótese colocada pelo tribunal de reenvio na terceira questão, sejam consideradas prestadoras de um serviço de transporte público de passageiros num município, sem lhes ser imposta nenhuma obrigação de serviço público, não podem beneficiar dessa compensação.*

21. *Assim, há que responder às quatro primeiras questões que o Regulamento n.º 1191/69 deve ser interpretado no sentido de que autoriza os Estados-Membros a imporem obrigações de serviço público a uma empresa pública encarregada de assegurar o transporte público de passageiros num município e de que prevê, relativamente aos encargos decorrentes dessas obrigações, a atribuição de uma compensação determinada de acordo com as*

disposições do referido regulamento.

Quanto à quinta questão

22. Com a sua quinta questão, o tribunal de reenvio pergunta, em substância, se a atribuição de indemnizações compensatórias pelo Estado, como as que estão em causa no processo principal, a empresas de transporte concessionárias do serviço público e que beneficiam, no interior de um determinado perímetro urbano, de um regime de exclusividade, em virtude das obrigações de serviço público a que estão sujeitas, constitui um auxílio de Estado, proibido pelo artigo 87.º, n.º 1, CE, quando essas empresas exerçam igualmente a sua actividade em concorrência com operadores privados fora do referido perímetro urbano e se não for possível calcular o acréscimo decorrente do cumprimento das obrigações de serviço público.

*23. Há que considerar, desde logo, que o artigo 87.º CE faz parte das disposições gerais do Tratado relativas aos auxílios de Estado, ao passo que o artigo 73.º CE institui, no domínio dos transportes, uma derrogação às regras gerais aplicáveis aos auxílios de Estado, ao prever que os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou que correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público são compatíveis com o Tratado. O Regulamento n.º 1191/69 institui um regime que os Estados-Membros são obrigados a respeitar quando pretendam impor obrigações de serviço público a empresas de transportes terrestres (v. acórdão *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, já referido, n.º 53).*

24. Segundo o artigo 6.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1191/69, as decisões de manter uma obrigação ou parte de uma obrigação de serviço público, ou de a extinguir decorrido certo prazo, deverão prever a atribuição de uma compensação dos encargos financeiros que daí resultem, cujo montante será determinado em conformidade com os procedimentos comuns estabelecidos nos artigos 10.º a 13.º do mesmo regulamento.

25. O artigo 10.º do Regulamento n.º 1191/69 exige nomeadamente que o montante da compensação, no caso de uma obrigação de explorar ou de transportar, seja igual à diferença entre a diminuição dos encargos e a diminuição das receitas da empresa que possam resultar da extinção da totalidade ou da parte relevante da obrigação em causa durante o período de tempo considerado. Todavia, se o cálculo das desvantagens económicas tiver sido efectuado repartindo os custos totais suportados pela empresa a título da sua actividade de transporte entre as diferentes partes

desta actividade, o montante da compensação será igual à diferença entre os custos imputáveis à parte da actividade da empresa abrangida pela obrigação de serviço público e a receita correspondente.

26. *Ora, tal como resulta dos factos apurados pelo tribunal de reenvio e reflectidos na própria formulação da quinta questão, não estando as actividades da F..... e da G..... fora do seu perímetro respectivo de exclusividade submetidas a uma obrigação de serviço público, não é possível calcular, com base em dados seguros da contabilidade dessas duas sociedades, a diferença entre os custos imputáveis à parte da sua actividade nas zonas que integram a sua concessão respectiva e a receita correspondente, e, por consequência, não é possível calcular o acréscimo de custos decorrente da execução das obrigações de serviço público por parte destas empresas.*

27. *Nestas condições, a exigência formulada no artigo 10.º do Regulamento n.º 1191/69 não está preenchida, pois os custos imputáveis à parte da actividade da F..... e da G..... nas zonas da concessão exclusiva que foi atribuída a cada uma delas não podem ser calculados de maneira segura.*

28. *Neste caso, não tendo as indemnizações compensatórias de que as referidas empresas beneficiaram sido concedidas em conformidade com o Regulamento n.º 1191/61, não são compatíveis com o direito comunitário e não é, portanto, necessário apreciá-las face às disposições do Tratado relativas aos auxílios de Estado, designadamente o artigo 87.º, n.º 1, CE (v., neste sentido, acórdão *Altmark Trans* e *Regierungspräsidium Magdeburg*, já referido, n.º 65).*

29. *Face ao que precede, há que responder à quinta questão que o Regulamento n.º 1191/69 se opõe à atribuição de indemnizações compensatórias como as que estão em causa no processo principal, quando não seja possível determinar o montante dos custos imputáveis à actividade das empresas em causa no âmbito da execução das suas obrigações de serviço público.*

Quanto à sexta questão

30. *Atendendo à resposta dada à quinta questão, não é necessário responder à sexta questão.*

Quanto à sétima questão

31. *Com esta questão, o tribunal nacional pergunta, em substância, qual é o papel dos tribunais nacionais quando constatem que um auxílio de Estado foi concedido contrariamente às disposições do direito comunitário.*

32. *Uma vez que as indemnizações compensatórias em causa*

no processo principal caem no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1191/69, a sua compatibilidade com o direito comunitário deve ser apreciada, como recordado no n.º 28 do presente acórdão, de acordo com as disposições desse regulamento, e não de acordo com as disposições do Tratado em matéria de auxílios de Estado.

33. No caso de o tribunal de reenvio chegar à conclusão de que as referidas indemnizações não foram atribuídas em conformidade com o Regulamento n.º 1191/69, cabe-lhe, atendendo à aplicabilidade directa deste regulamento, retirar daí todas as consequências, em conformidade com o direito nacional, no que se refere à validade dos actos de execução das referidas indemnizações.

34. Tendo em conta o que precede, há que responder à sétima questão que sempre que um tribunal nacional constatar a incompatibilidade de determinadas medidas de auxílio com o Regulamento n.º 1191/69, cabe-lhe retirar daí todas as consequências, em conformidade com o direito nacional, no que se refere à validade dos actos de execução das referidas medidas.

Quanto às despesas

35. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Segunda Secção) declara:

1) O Regulamento (CEE) n.º 1191/69 do Conselho, de 26 de Junho de 1969, relativo à acção dos Estados-Membros em matéria de obrigações inerentes à noção de serviço público no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via naveável, conforme alterado pelo Regulamento (CEE) n.º 1893/91 do Conselho, de 20 de Junho de 1991, deve ser interpretado no sentido de que autoriza os Estados-Membros a imporem obrigações de serviço público a uma empresa pública encarregada de assegurar o transporte público de passageiros num município e de que prevê, relativamente aos encargos decorrentes dessas obrigações, a atribuição de uma compensação determinada de acordo com as disposições do referido regulamento.

2) O Regulamento n.º 1191/69, conforme alterado pelo Regulamento n.º 1893/91, opõe - se à atribuição de indemnizações compensatórias como as que estão em causa no processo principal, quando não seja possível

determinar o montante dos custos imputáveis à actividade das empresas em causa no âmbito da execução das suas obrigações de serviço público.

3) Sempre que um tribunal nacional constatar a incompatibilidade de determinadas medidas de auxílio com o Regulamento n.º 1191/69, conforme alterado pelo Regulamento n.º 1893/91, cabe-lhe retirar daí todas as consequências, em conformidade com o direito nacional, no que se refere à validade dos actos de execução das referidas medidas.”.

Como decorre do acórdão as questões jurídicas essências estão resolvidas, impondo-se apenas a sua aplicação no caso concreto.

Como decorre da matéria de facto, na parte que agora nos interessa:

“i) A contabilidade das recorridas particulares não permite com segurança demonstrar a diferença entre os custos e as receitas imputáveis à sua actividade nas zonas que integram a concessão em regime de exclusividade, no ano de 2003”.

As indemnizações compensatórias estão, assim, em oposição com o Regulamento n.º 1196/69, alterado pelo Regulamento 1893/91, uma vez que não é possível determinar o montante dos custos imputáveis à actividade das empresas em causa, no âmbito da execução das suas obrigações de serviço público (cfr. conclusão 2 do Acórdão do TJCE).

Os actos administrativos devem obediência à lei, nela se incluindo as fontes comunitárias directamente aplicáveis como é o caso dos Regulamentos.

Com efeito, nos termos do art. 8º, n.º 3 da CRP: *“as normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faça parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”.*

O art. 249º, do Tratado de Roma (Comunidade Europeia) diz-nos por seu turno que *“(...) O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados – membros”.*

Trata-se, assim, de uma fonte de direito comunitário *“... em condições de produzir efeitos directos no ordenamento interno, gerando direitos e obrigações na esfera jurídica dos seus destinatários”* – MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, Direito Comunitário, 2ª Edição, Coimbra, 2003, pág. 261.

Assim, por violação do Regulamento 1196/69, na redacção do Regulamento 1893/91, na interpretação que lhe foi dada no acórdão do TJCE no âmbito do reenvio prejudicial

suscitado nestes autos, a Resolução impugnada é anulável.

3. Decisão

Face ao exposto, os juízes da 1^a Secção do Supremo Tribunal Administrativo acordam:

a) julgar improcedente a reclamação para a conferência feita pelas autoras do despacho do Relator.

b) conceder provimento ao recurso e com os fundamentos acima expostos anular a resolução impugnada.

Custas da reclamação para a conferência pelas autoras, fixando-se a taxa de justiça no mínimo.

Custas do recurso contencioso pelas recorridas particulares, fixando a taxa de justiça em 300 € e a procuradoria em 80%.

Lisboa, 12 de Janeiro de 2012. – *António Bento São Pedro (relator) – Fernanda Martins Xavier e Nunes – Jorge Manuel Lopes de Sousa.*