

Acórdãos STA**Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo**

Processo: 01050/03
Data do Acórdão: 26-02-2015
Tribunal: PLENO DA SECÇÃO DO CA
Relator: COSTA REIS
Descritores: TRANSPORTES PÚBLICOS
INDEMNIZAÇÃO COMPENSATÓRIA
DIREITO COMUNITÁRIO
SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTES
AUXÍLIO DO ESTADO
RECURSO DE REVISTA
MATÉRIA DE FACTO

Sumário:

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 navegável, 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.

IV - O Tribunal Pleno apenas conhece de matéria de direito e, por essa razão, salvo se houver ofensa de uma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova, o erro na fixação dos factos materiais está excluído do âmbito dos seus poderes de cognição.

Nº Convencional: JSTA00069092
Nº do Documento: SAP2015022601050
Data de Entrada: 30-04-2014
Recorrente: CM

Recorrido 1:	ANTROP-ASSOC NAC DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE PESADOS DE PASSAGEIROS E OUTROS
Votação:	UNANIMIDADE
Meio Processual:	REC JURISDICCIONAL
Objecto:	AC STA
Decisão:	NEGA PROVIMENTO
Área Temática 1:	DIR ADM CONT - REC JURISDICCIONAL
Legislação Nacional:	DL 371/93 DE 1993/10/29 ART11 N1. ETAF02 ART21 N3. CPC96 ART729 ART722 ART682 N3. RCM 52/2003 DE 2003/03/27.
Legislação Comunitária:	REG CONS CEE 1191/69 DE 1969/06/26. REG CONS CEE 1893/91 DE 1991/06/20. TCE ART73 ART87 ART88.
Jurisprudência Nacional:	AC STAPLENO PROC0783/12 DE 2007/02/06.; AC STAPLENO PROC0359/06 DE 2007/03/06.; AC STAPLENO PROC010/07 DE 2007/04/24.; AC STAPLENO PROC0797/05 DE 2007/11/13.
Aditamento:	

▼ Texto Integral

Texto Integral:

ACORDAM NO PLENO DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DO STA:

ANTROP – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE PESADOS DE PASSAGEIROS,

A..... LDA,
B.....L.DA,
C....., SA e
D.....

interpuseram **recurso contencioso de anulação da Resolução do Conselho de Ministros**, n.º 52/2003, de 27/03/2003, publicada no DR, I Série, de 3/04/2013, na parte em que atribuiu à E....., SA e à F..... SA, as indemnizações compensatórias de € 40.916.478,00 e de € 12.376.201,00, respectivamente.

Imputaram a essa Resolução a violação do art. 11º do Dec.-Lei 372/93, de 29/10, a violação do Regulamento de Transportes em Automóvel, aprovado pelo Decreto n.º 37.272, de 31/12/1948, e a violação do art. 86º, 1 e 2 CE, do Regulamento 1191/69 e art. 73º CE.

Responderam a entidade recorrida e as recorridas particulares por excepção - a petição inicial era inepta e, por isso, o recurso deveria ser rejeitado, o art. 56º do Regulamento do STA fora violado, as Recorrentes eram parte ilegítima e o acto era irrecorrível - **e por impugnação** – a Resolução impugnada não estava inquinada por qualquer vício.

Por Acórdão proferido na Secção o recurso foi rejeitado:

*“a) por ineptidão da petição inicial, quanto à genérica invocação da violação do Regulamento dos Transportes Automóveis e Dec.-Lei 90/91, de 23/02;
b) por irrecorribilidade da Resolução impugnada, na parte respeitante à E....., S.A.;
c) e por ilegitimidade activa, na parte em que a Resolução impugnada contempla a F....., S.A.”.*

Decisão que o Tribunal Pleno revogou por ter entendido que o acto era recorrível e que as recorrentes tinham legitimidade activa pelo que os autos regressaram à Secção com vista ao seu prosseguimento.

A Secção decidiu, então, solicitar:

- 1) A realização de uma perícia às contabilidades da E..... e dos F....., relativamente ao ano de 2003, com o objectivo de saber se (1) essas contabilidades evidenciavam diferença entre os custos imputáveis à parte da sua actividade nas zonas concessionadas em regime de exclusividade e a receita correspondente ou, então, (2) se havia elementos seguros que permitissem concluir que as indemnizações compensatórias que lhes foram atribuídas foram insuficientes para cobrir o prejuízo que podia ser imputado à exploração da zona de concessão em regime de exclusividade.
- 2) Ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias pronúncia sobre as questões que, desenvolvidamente, lhe colocou.

A perícia foi realizada e o Tribunal de Justiça das Comunidades **proferiu Acórdão sobre as questões suscitadas.**

De seguida foi proferido o **Acórdão recorrido que concedeu provimento ao recurso e anulou a Resolução impugnada.**

Inconformado, o **Sr. Primeiro-Ministro interpôs o presente recurso que finalizou do seguinte modo:**

I. O acórdão recorrido procedeu a uma errada aplicação do direito aos factos devendo ser revogado e substituído, uma vez que não corresponde ao sentido do nº 2 do art.º 6º do Regulamento nº 1191/69, tal como interpretado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no acórdão que decidiu as questões prejudiciais.

II. O Tribunal de Justiça da União Europeia e o STA desenvolveram o seu raciocínio dispositivo a partir de pressupostos factuais relevantes distintos e até, mesmo, opostos. Ou seja, o TJUE levou em consideração factos que

contrariam a matéria considerada assente pelo Supremo Tribunal Administrativo.

III. A determinação dos factos é uma competência exclusiva dos tribunais nacionais, sendo que para o efeito apenas pode relevar a matéria considerada assente pelo STA.

IV. Ao invés do que pressupôs o Tribunal de Justiça da União Europeia, fora do limite das suas concessões de zonas de exclusivo, a E..... e a F..... estão sujeitas a obrigações de serviço público decorrentes da submissão ao Regulamento de Transporte Automóvel e da continuidade das carreiras iniciadas na área concessionada.

V. Nos termos do Regulamento n.º 1191/69, e como reconheceu o TJUE, a validade da atribuição de indemnizações compensatórias resulta da imposição de obrigações de serviço público, não se circunscrevendo à concessão de uma área de exclusivo.

VI. É a partir do pressuposto errado de que a E..... e a F..... só cumpririam obrigações de serviço público na zona de exclusivo que o TJUE conclui que o apuramento dos montantes devidos a título de indemnizações compensatórias exige a separação contabilística entre as duas zonas de exclusivo e o restante território abrangido pela actividade, como se as contra-interessadas no recurso contencioso de anulação só estivessem sujeitas a obrigações de serviço público nas zonas de exclusivo.

VII. Toda a actividade de transporte público de passageiros da E..... e da F..... está sujeita a obrigações de serviço público.

VIII. A contabilidade das empresas E..... e F..... permite determinar qual o custo das actividades de transporte de passageiros e qual a dimensão do seu défice face às respectivas receitas. Tal cálculo corresponde integralmente à exigência comunitária de separação de contabilidades. E os respectivos montantes, tal como evidenciados nos autos permitem concluir, sem margem para dúvidas, que as indemnizações compensatórias foram inferiores aos prejuízos causados pela imposição de obrigações de serviço público, razão pela qual é evidente a sua conformidade com as exigências do direito comunitário.

IX. A apreciação da validade do ato impugnado no recurso contencioso de anulação só pode incidir sobre a parte relativa às indemnizações compensatórias pelas obrigações de serviço público impostas fora da concessão do exclusivo. É, assim, absolutamente imperioso que o STA proceda a uma clara separação da parte do ato administrativo cuja validade foi submetida a apreciação.

X. Se os pressupostos económicos e financeiros existentes nos autos não permitirem proceder a tal separação, entende o recorrente que o Pleno deve determinar a baixa do processo à Subsecção para que proceda às diligências necessárias a efectuar a referida separação.

A Antrop e os restantes Recorrentes Contenciosos contra alegaram tendo formulado as seguintes **conclusões**:

I. No seu Acórdão C-504/07, de 7/05/2009, o TJUE concluiu que o Regulamento 1191/69, apesar de dever 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 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.

II. O Acórdão recorrido deu como provado que as duas empresas públicas beneficiárias do acto impugnado exerciam a sua actividade quer no âmbito das respectivas áreas de concessão, quer fora delas e que quando extravasam esse âmbito estão em concorrência directa com os ora Rcd^{os}.

III. O Acórdão recorrido deu como provado que 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.

IV. A subsunção destes factos ao direito tal como o TJUE o interpretou leva a dever concluir que o acto impugnado viola o Regulamento n.º 1191/69 e que a única conclusão jurídica dessa ilegalidade constatada é a anulação de tal acto, como requerido pelos ora Rcd^{os}.

V. Vem agora o Rcte pretender que esta subsunção não tem razão de ser porquanto todas as linhas exploradas pelas duas empresas públicas o são com sujeição a obrigações de serviço público pelo simples facto de estarem sujeitas ao Regulamento de Transporte em Automóvel (RTA).

VI. Este raciocínio é um puro sofisma, porque se toma evidente que as «obrigações de serviço público» a que o Acórdão recorrido e o Acórdão no processo C-504/07 do

TJUE fazem referência são, no âmbito do Regulamento 1191/69, as que decorrem dos sobrecustos assumidos nas áreas concessionadas e não da mera sujeição ao regime comum de serviço público a que todos os transportadores estão sujeitos, sem por isso receberem qualquer indemnização compensatória.

VII. Quer aliás o TJUE, quer o Tribunal *a quo* fazem referência ao regime de serviço público decorrente do RTA, como suficientemente comprova a leitura do ponto 12 do Acórdão do TJUE e da alínea f) de factos provados do Acórdão recorrido.

VIII. É visível que o Rcte confunde «obrigações de serviço público» ressarcíveis nos termos do Regulamento 1191/69, com «sujeição a um regime de serviço público licenciado» prevista no RTA, e esta confusão só existe porque ao longo de décadas as duas empresas públicas em questão se habituaram a receber anualmente uma entrega financeira do Estado, chamada impropriamente de «indemnização compensatória» que mais não visa do que financiar-lhes o deficit geral de exploração e não, ao contrário do previsto no já mencionado Regulamento, compensar os sobrecustos advenientes de especiais obrigações inerentes ao serviço público concessionado.

IX. Nos termos desse Regulamento 1191/69, só seria possível e lícito ao Estado, em cumprimento das regras sobre auxílios públicos, compensar a exploração de linhas que extravasassem o exclusivo de concessões se pusesse a concurso tais linhas, o que patentemente não é nem nunca foi o caso. A confusão do Rcte não tem pois razão de ser; e

X. A decisão de anular o acto impugnado decorre inexoravelmente dos factos apurados e da sua conformação ao direito tal como dito pelo TJUE e pelo Tribunal *a quo* que se limitou a concluir dos factos apurados a sanção jurídica prevista na lei portuguesa para a ilegalidade dos actos: a anulação.

O Ex.mo Procurador-geral Adjunto emitiu o seguinte parecer:

“Vem o presente recurso interposto do douto acórdão da Subsecção que, concedendo provimento ao recurso contencioso interposto pelas ora recorridas, anulou a Resolução do Conselho de Ministros, nº 52/2003, de 27/03/2003, na parte em que atribuiu à E....., SA e à F....., SA indemnizações compensatórias.

O recorrente fundamenta o recurso em violação, por errada aplicação do direito aos factos, do nº do art.º 6º do

Regulamento (CEE) n.º 1191/69 do Conselho, de 26/6/69. Alega, desde logo, essencialmente, que toda a actividade de transporte público de passageiros da E..... e da F..... está sujeita a obrigações de serviço público, nomeadamente fora do limite das suas concessões de zonas de exclusivo, em decorrência da submissão ao Regulamento de Transportes em Automóveis (RTA), pelo que a validade da atribuição das indemnizações compensatórias não se circunscreve à concessão de uma área de exclusivo. Neste ponto, entendeu o douto acórdão recorrido que as indemnizações compensatórias violavam o Regulamento (CEE) n.º 1191/69, alterado pelo Regulamento (CEE) 1893/91, por não ser possível determinar o montante dos custos imputáveis à actividade das recorridas particulares, no âmbito das suas obrigações de serviço público, atendendo a que, de acordo com a factualidade provada, a sua contabilidade não permite demonstrar com segurança a diferença entre os custos e as receitas imputáveis à respectiva actividade nas zonas que integram a concessão em regime de exclusividade, no ano de 2003. A nosso ver, não merece tal pronúncia a censura que o recorrente lhe dirige.

Na verdade, o RTA limita-se a definir o regime jurídico do serviço público de transporte de passageiros sob que operam todas as empresas licenciadas e dele não resulta a imposição de obrigações de serviço público, na acepção do Regulamento (CEE) n.º 1191/69, envolvendo a obrigação de explorar, a obrigação de transportar e a obrigação tarifária 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 (art.º 2º).

Ora, são os encargos inerentes ao cumprimento destas obrigações de serviço público que justificam a atribuição das indemnizações compensatórias, como se constata da conclusão 1) do acórdão do TJUE ao consignar que “O Regulamento (CEE) n.º 1191/69 do Conselho, de 26/06/1969 (...) 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”. Assim sendo, deverá concluir-se que fora do limite das suas concessões de zonas de exclusivo, a actividade daquelas

empresas não é, face ao referido Regulamento, geradora de atribuição de indemnizações compensatórias, como bem entendeu o douto acórdão recorrido.
Improcedendo todas as conclusões das alegações do recorrente, emitimos parecer no sentido de ser negado provimento ao recurso.”

FUNDAMENTAÇÃO

I MATÉRIA DE FACTO

O Acórdão recorrido **julgou provados 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 E....., Sendo assim, ao G....., EP, à F....., Sendo assim, H..... SA e à I....., S.A 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

E..... 40.916.478

F..... 12.376.201

c) A E..... 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 21/12;

d) A F..... 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 navegável, 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 E..... e da F....., 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”.

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.

II. O DIREITO.

Resulta do antecedente relato que o Conselho de Ministros, através da Resolução n.º 52/2003, atribuiu à E..... e aos F..... indemnizações compensatórias como contrapartida do serviço público por elas prestado nos montantes de, respectivamente, € 40.916.478,00 e de € 12.376.201,00 e que as aqui Recorridas, empresas concorrentes das beneficiadas, recorreram dessa liberalidade alegando que a mesma estava inquinada por vícios de violação de lei; quer da lei interna - violação do art.º 11.º/1 do DL 371/93, de 29/10 – quer do direito comunitário - Regulamento n.º 1196/69.

Tendo em vista analisar se a atribuição de tais indemnizações visava compensar o serviço público prestado pela E..... e pelos F..... nas zonas concessionadas em regime de exclusividade ou se as mesmas abrangiam também a sua actividade nos locais onde ela era feita em regime concorrencial, o Tribunal recorrido **solicitou uma perícia à contabilidade daquelas empresas** com o objectivo de saber se essa contabilidade permitia demonstrar se “(i) 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”.

E no tocante à alegada violação do direito comunitário colocou ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) as seguintes questões:

“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 noutro 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 intervêm 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?”

A mencionada perícia foi feita e contribuiu para que o Tribunal a quo tivesse fixado que “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” (al.^a i) da matéria de facto). Por seu turno, **o TJCE proferiu o Acórdão junto aos autos onde concluiu:**

“1. O Regulamento (CEE) n.º 1191/69, de 26/06/1969, 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 navegável, conforme alterado pelo Regulamento (CEE) n.º 1893/91 do Conselho, de 20/06/1991, 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

indenizações 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.

Após a prolação do Aresto do TJUE foi proferido o Acórdão sob censura no qual se começou por referir que a Resolução em causa tinha sido impugnada por duas vias diferentes; por um lado, por violar o direito interno – o art.º 11.º/1 do DL 371/93 – por outro, por infringir o direito comunitário – o Regulamento 1192/69, na redacção que lhe foi dada pelo Regulamento 1893/91.

E analisando o primeiro daqueles ataques teceu as seguintes considerações:

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

Daí que se torne claro, neste caso, não haver violação do art. 11º, n.º 1 do Dec - Lei 372/93, de 29/10. 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 indenizações 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).”

E no tocante à alegada violação da legislação comunitária proferiu as seguintes considerações com fundamento no que havia sido decidido pelo TJCE:

“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.”

E com tais fundamentos anulou a Resolução impugnada.

É contra esta decisão que o presente recurso se dirige.

A crítica que lhe é feita funda-se na convicção de que o TJCE e o STA desenvolveram o seu raciocínio e proferiram as suas decisões a partir de pressupostos factuais distintos e, até, opostos já que o TJCE decidiu tomando em consideração factos que contrariavam a matéria assente pelo STA. Com efeito, enquanto o TJCE supôs que quer a E..... e quer os F..... não cumpriam obrigações de serviço público fora dos limites geográficos das zonas em que operavam com exclusividade, o Recorrente considera que *“decorre claramente das al.ªs c) e f) da matéria de facto*

considerada assente pelo STA (que) não é verdade que fora dos limites geográficos das zonas das respectivas concessões, a E..... e a F..... exploram igualmente, sem sujeição a obrigações de serviço público, careiras de autocarro”. Por ser assim é que era irrelevante a distinção contabilística entre a actividade na zona de serviço exclusivo e a actividade fora dela uma vez que “toda a actividade de transporte público de passageiros da E..... e da F..... está sujeita a obrigações de serviço público.”.

Acrescia, que as contabilidades da E..... e dos F..... permitiam determinar “qual o custo das actividades de transporte de passageiros e qual a dimensão do seu défice face às respectivas receitas. Tal cálculo corresponde integralmente à exigência comunitária de separação de contabilidades. E os respectivos montantes, tal como evidenciados nos autos permitem concluir, sem margem para dúvidas, que as indemnizações compensatórias foram inferiores aos prejuízos causados pela imposição de obrigações de serviço público, razão pela qual é evidente a sua conformidade com as exigências do direito comunitário.”

Por isso, a apreciação da validade do acto impugnado só podia “incidir sobre a parte relativa às indemnizações compensatórias pelas obrigações de serviço público impostas fora da concessão do exclusivo” o que tornava imperioso que o STA procedesse “a uma clara separação da parte do acto administrativo cuja validade foi submetida a apreciação”. Sendo certo que, a não ser verdade que os elementos existentes nos autos permitiam estabelecer essa separação, o Pleno devia ordenar a baixa do processo à Secção para que aí se procedesse às diligências necessárias à efectivação da referida separação.

Vejamos se litiga com razão.

1. A primeira observação a fazer tem a ver com a forma algo contraditória como o recurso foi articulado e concluído. Com efeito, o Recorrente do mesmo modo que afirma que “a validade da atribuição de indemnizações compensatórias resulta da imposição de obrigações de serviço público, não se circunscrevendo à concessão de uma área de exclusivo” (conclusão 5.^a) e que, por isso, a distinção contabilística entre a actividade na zona de exclusivo e a actividade fora dela era absolutamente irrelevante - simultânea e contraditoriamente – afirma também que a análise da validade do acto impugnado só podia “incidir sobre a parte relativa às indemnizações compensatórias pelas obrigações

de serviço público impostas fora da concessão do exclusivo.” Pelo que era “*absolutamente imperioso que o STA proceda a uma clara separação da parte do ato administrativo cuja validade foi submetida a apreciação.*” (conclusão 9.^a).

Fica-se, assim, sem saber se o Recorrente critica o Acórdão por este ter entendido que não fora possível distinguir os custos e proveitos da E..... e dos F..... obtidos no serviço concessionado dos custos e proveitos obtidos fora da zona exclusiva e, por essa razão, ter admitido que as impugnadas indemnizações cobriam toda a sua actividade (dentro e fora da zona exclusiva) - o que determinava a ilegalidade da Resolução impugnada, atenta a sua oposição ao Regulamento n.º 1191/69 - se o critica por ele ter entendido que as mencionadas indemnizações só podiam ser atribuídas em função dos custos que o serviço público na zona concessionada as obrigava a suportar.

De todo o modo - qualquer que seja o sentido a atribuir às palavras do Recorrente - a verdade é que, ao invés do que ele afirma, o Acórdão recorrido e o Acórdão do TJCE **não elaboraram as suas decisões a partir de pressupostos diferentes** visto ambos as terem fundado **numa certeza comum**: a de que **era indispensável separar actividade concessionada da actividade concorrencial visto só a primeira poder ser apoiada através de indemnizações compensatórias**. Foi essa certeza que levou o Tribunal *a quo* a solicitar a realização de uma perícia às contabilidades das identificadas empresas tendo em vista apurar quais os custos da actividade desenvolvida em regime de exclusivo e quais os custos suportados na actividade em zona concorrencial. Se o mesmo tivesse entendido que ambas essas actividades constituíam serviço público e que, por isso, as referidas indemnizações cobriam quer uma quer outra dessas actividades aquela perícia seria inútil.

De resto, o Acórdão recorrido foi bem claro ao invocar a conclusão 2 do Acórdão do TJCE - onde se afirmou que “*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*” - para fundamentar a sua decisão.

Acresce, finalmente, que da matéria de facto constantes das al.^{as} e) e f) não se pode retirar o sentido que o Recorrente

lhe pretende atribuir – de que o serviço prestado nas zonas concessionadas tem a mesma natureza do serviço prestado fora dessas zonas e que, por isso, devem ser ambos qualificados como serviço público susceptível de ser financeiramente apoiado pelo Estado.

Daí que seja totalmente improcedente a alegação de que ambos os Arestos partiram de pressupostos factuais diferentes para proferirem as suas decisões e de que toda actividade desenvolvida pela E..... e pelos F..... constitui serviço público susceptível de ser subsidiado pelo Estado.

2. E é também improcedente a pretensão do Recorrente quando defende que este Tribunal, contrariando os factos fixados na Secção ou indo para além deles, devia considerar que as contabilidades da E..... e F..... permitiam determinar o custo das actividades de transporte de passageiros e a dimensão dos seus défices face às respectivas receitas, o que permitia concluir que as indemnizações compensatórias atribuídas tinham sido inferiores aos prejuízos causados pela imposição da obrigação de serviço público.

E isto porque, como é sabido, **o Tribunal Pleno apenas conhece de matéria de direito** e, por essa razão, salvo se houver ofensa de uma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova, **o erro na fixação dos factos materiais está excluído do âmbito dos seus poderes de cognição** (cfr. art.º 21.º/ 3 do ETAF) e art.ºs 722.º e 729.º do CPC) (Vd., por todos e a título exemplificativo, Acórdãos do Pleno de 6/02/2007 (rec. 783/12), de 6/03/2007 (rec. 359/06), de 24/04/2007 (rec. 10/07) e de 13/11/2007 (rec. 797/05).).

Daí que, se o Tribunal recorrido julgou provado que as contabilidades da E..... e dos F..... não permitiam diferenciar os custos e as receitas imputáveis à sua actividade nas zonas da concessão em regime de exclusividade dos custos e receitas da sua actividade desenvolvida fora dessa zona (al.^a i) do probatório), o Pleno não pode, agora, contrariar esse julgamento e afirmar que os autos evidenciavam *“que as indemnizações compensatórias foram inferiores aos prejuízos causados pela imposição de obrigações de serviço público, razão pela qual é evidente a sua conformidade com as exigências do direito comunitário”* (conclusão 8.^a).

Nesta conformidade, e não podendo a fixação dessa

factualidade ser alterada, a pretensão manifestada pelo Recorrente só poderia ser acolhida se fosse de concluir que a mesma era obscura ou insuficiente e que, por isso, se impunha o seu esclarecimento ou ampliação (art.º 682.º/3 do CPC). Mas a verdade é que não se verifica nenhuma dessas circunstâncias já que, por um lado, a matéria de facto julgada assente é clara e constitui base suficiente para uma ponderada decisão e, por outro, se não se vê - nem o Recorrente sugere - qualquer diligência que pudesse ser feita em ordem a possibilitar a contabilização diferenciada das actividades da E..... e dos F..... .

São, assim, **improcedentes todas as conclusões do recurso.**

Termos em que os Juízes que compõem este Tribunal **acordam em negar provimento do recurso e em confirmar a decisão recorrida.**

Custas pelo Recorrente.

Lisboa, 26 de Fevereiro de 2015. – *Alberto Acácio de Sá Costa Reis* (relator) – *Alberto Augusto Andrade de Oliveira* – *Vítor Manuel Gonçalves Gomes* – *Jorge Artur Madeira dos Santos* – *António Bento São Pedro* – *Teresa Maria Sena Ferreira de Sousa* – *Carlos Luís Medeiros de Carvalho* – *José Augusto Araújo Veloso* – *José Francisco Fonseca da Paz* – *Maria Benedita Malaquias Pires Urbano* – *Ana Paula Soares Leite Martins Portela* – *Maria do Céu Dias Rosa das Neves*.

Existe acórdão de rectificação de custas em 12 de Novembro de 2015.