



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
ELEANOR SHARPSTON
apresentadas em 8 de maio de 2018¹

Processo C-114/17 P

**Reino de Espanha
contra**

Comissão Europeia

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Auxílio ao desenvolvimento da televisão digital terrestre em zonas remotas e menos urbanizadas da Comunidade Autónoma de Castela-Mancha — Subsídios concedidos a operadores de plataformas de televisão digital terrestre — Decisão que declara as medidas de auxílio parcialmente incompatíveis com o mercado interno — Adoção de uma decisão de alteração pela Comissão — Fundamentos novos — Adaptação da petição — Direito do Estado-Membro em causa de ser ouvido antes da adoção da referida decisão de alteração»

1. No presente recurso, Espanha pede que o Tribunal de Justiça se digne anular na íntegra o Acórdão do Tribunal Geral Espanha/Comissão², em que o Tribunal Geral negou provimento ao recurso de anulação da Decisão C(2014) 6846 interposto por Espanha³. Em apoio ao seu recurso, Espanha alega, em especial, que ao adotar a Decisão C(2015) 7193⁴ que altera a Decisão C(2014) 6846, a Comissão violou o seu direito a ser ouvida.

2. Neste processo, o Tribunal de Justiça tem a oportunidade de desenvolver a sua jurisprudência relativa ao alcance da obrigação da Comissão Europeia de ouvir o Estado-Membro em causa no processo de exame do auxílio estatal antes de adotar uma decisão *de alteração* da sua decisão anterior relativa ao mesmo auxílio estatal. O acórdão que o Tribunal de Justiça proferir no presente processo pode bem dar origem a orientações úteis para o processo C-56/18 P, Comissão/Gmina Miasto Gdynia e Port Lotniczy Gdynia Kossakowo⁵, pendente perante o Tribunal de Justiça.

3. No entanto, a título de ponto preliminar, o Tribunal de Justiça deverá precisar as condições em que é admissível deduzir, num recurso de anulação de uma decisão da Comissão relativa a um auxílio estatal, argumentos contra um ato que altera uma decisão desta natureza. Para este efeito, o Tribunal de Justiça deverá elucidar o significado e a articulação entre os artigos 84.º e 86.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral.

1 Língua original: inglês.

2 Acórdão de 15 de dezembro de 2016 (T-808/14, «acórdão recorrido», não publicado, EU:T:2016:734).

3 Decisão C(2014) 6846 da Comissão, de 1 de outubro de 2014, relativa ao auxílio estatal SA.27408 (C-24/10) (ex-NN 37/10, ex-CP 19/09) concedido pelas autoridades de Castela-Mancha para a implantação da televisão digital terrestre em zonas remotas e menos urbanizadas de Castela-Mancha («Decisão C(2014) 6846» ou «decisão inicial»).

4 Decisão C(2015) 7193 da Comissão, de 20 de outubro de 2015, que corrige certos erros na Decisão C(2014) 6846 [«Decisão C(2015) 7193» ou «decisão de alteração»]. A versão alterada da Decisão C(2014) 6846 foi publicada no JO 2016, L 222, p. 52, em 17 de agosto de 2016. A decisão de alteração C(2015) 7193 não foi objeto de publicação separada.

5 Nesse processo, a Comissão aparentemente não ouviu o Estado-Membro implicado antes de adotar uma decisão *que substitui* a sua decisão anterior sobre o auxílio estatal.

Quadro jurídico

Regulamento de Processo do Tribunal Geral

4. Nos termos do artigo 84.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, é proibido deduzir fundamentos novos no decurso da instância, a menos que esses fundamentos tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo. A parte em causa deve deduzir esses fundamentos assim que tenha conhecimento dos referidos elementos.

5. O artigo 86.º, n.º 1, dispõe «Quando um ato cuja anulação é pedida é substituído ou alterado por outro com o mesmo objeto, o recorrente pode [...] adaptar a petição para ter em conta este elemento novo». O artigo 86.º, n.º 2, dispõe que «[a] adaptação da petição deve ser feita por requerimento separado e dentro do prazo previsto no artigo 263.º, sexto parágrafo, TFUE, no qual pode ser pedida a anulação do ato que justifica a adaptação da petição». O artigo 86.º, n.º 4, dispõe que o articulado de adaptação deve ser acompanhado do ato que justifica a adaptação da petição e, sendo caso disso, dos fundamentos de direito e argumentos adaptados.

Regulamento (UE) 2015/1589

6. Nos termos do artigo 15.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2015/1589⁶, o exame de um auxílio eventualmente ilegal pode conduzir a uma decisão de início de um procedimento formal de investigação. Este procedimento, se for iniciado, deve ser encerrado por uma decisão adotada nos termos do artigo 9.º Nos termos do artigo 9.º, n.º 8, antes de adotar qualquer decisão, a Comissão deve dar ao Estado-Membro em causa a oportunidade de apresentar observações *sobre as informações* recebidas pela Comissão durante a investigação.

7. O artigo 11.º, aplicável em virtude do artigo 15.º, n.º 3, permite que a Comissão revogue a decisão quando informações utilizadas como fator determinante da decisão estiverem incorretas. O artigo 11.º exige que a Comissão, depois de revogar a decisão, mas antes de tomar uma nova decisão, dê início ao procedimento formal de investigação e dê ao Estado-Membro em causa a possibilidade de apresentar as suas observações.

Matéria de facto e tramitação processual no Tribunal Geral

8. Entre 2005 e 2008, Espanha adotou uma série de medidas para apoiar a instalação de um sistema de televisão digital terrestre em zonas remotas e menos urbanizadas do seu território, em especial em Castela-Mancha.

9. Na sequência de denúncias de dois operadores de televisão, por carta de 29 de setembro de 2010, a Comissão informou Espanha de que tinha decidido dar início a um procedimento formal de investigação a respeito dessas medidas. No âmbito desse procedimento, a Comissão recebeu observações das partes interessadas e transmitiu-as a Espanha para apresentar as suas. Espanha apresentou as suas observações em várias ocasiões.

⁶ Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho, de 13 de julho de 2015, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (JO 2015, L 248, p. 9). Os considerandos 17 e 18 sublinham os direitos do Estado-Membro em causa de participar e de ser ouvido durante o procedimento.

10. Em 1 de outubro de 2014, a Comissão adotou a Decisão C(2014) 6846 relativa ao auxílio estatal concedido no território de Castela-Mancha⁷.

11. O primeiro parágrafo do artigo 1.º dessa decisão dispunha que o auxílio estatal concedido aos operadores de plataforma de televisão terrestre TelecomCLM e Abertis para a melhoria dos centros emissores, a construção de novos centros emissores e o fornecimento de equipamentos digitais e/ou a prestação de serviços de exploração e manutenção na zona II de Castela-Mancha, tinha sido executado ilegalmente por Espanha, em infração ao artigo 108.º, n.º 3, TFUE, e era incompatível com o mercado interno. O segundo parágrafo do artigo 1.º repetia essa conclusão relativamente à Hispasat, um organismo de radiodifusão de sinais de satélite, para instalar recetores de satélite para transmitir sinais nessa área. O artigo 3.º, n.º 1, exigia que Espanha procedesse à recuperação do auxílio incompatível junto desses três operadores.

12. Em 12 de dezembro de 2014, Espanha interpôs no Tribunal Geral um recurso de anulação da Decisão C(2014) 6846⁸.

13. Em 23 de janeiro de 2015, a Hispasat interpôs um recurso de anulação dessa decisão no Tribunal Geral⁹. Na sua petição, alegou que nunca tinha recebido qualquer auxílio de Espanha ou das suas autoridades locais.

14. Entretanto, no âmbito de aplicação da Decisão C(2014) 6846, Espanha e a Comissão discordaram quanto a saber se o custo do equipamento digital (adquirido pelas autoridades locais em Castela-Mancha com vista a transmitir o sinal de televisão) estava abrangido pelo âmbito dessa decisão e, portanto, se Espanha devia recuperá-lo junto dos operadores em causa.

15. Em 20 de outubro de 2015, a Comissão adotou a Decisão C(2015) 7193, que altera a Decisão C(2014) 6846. Na parte introdutória dessa decisão, a Comissão referiu que essa alteração se destinava a corrigir erros relativos à Hispasat. A decisão de alteração deixou de incluir a Hispasat entre os beneficiários do auxílio estatal¹⁰. Também substituiu a expressão «prestação de *serviços* digitais» na primeira alínea do artigo 1.º da decisão inicial por «fornecimento de *equipamento* digital»¹¹.

16. Por carta apresentada no Tribunal Geral em 23 de dezembro de 2015, Espanha deduziu um novo fundamento no litígio pendente no processo T-808/14 (a seguir «alegações novas de Espanha»). Alegou que a decisão de alteração excedia o objetivo declarado de retirar a Hispasat do âmbito de aplicação da decisão inicial e ampliou substancialmente o âmbito do auxílio a ser recuperado, ao incluir o auxílio concedido para o fornecimento do equipamento (32,5 milhões de euros). Espanha alegou que, ao proceder desse modo, a Comissão tinha violado o princípio da segurança jurídica.

17. A Comissão apresentou as suas observações em 28 de janeiro de 2016. Alegou que a decisão de alteração constituía uma mera retificação da decisão inicial e não impunha novas obrigações a Espanha. Acrescentou que as alegações novas deduzidas por Espanha eram inadmissíveis porque se limitavam aos argumentos que já tinha invocado para sustentar o fundamento de alegada violação da segurança jurídica.

7 Também adotou uma decisão separada relativa ao resto do território espanhol. V. Decisão 2014/489/UE da Comissão, de 19 de junho de 2013, relativa ao auxílio estatal SA.28599 [C-23/10 (ex-NN 36/10, ex-CP 163/09)] concedido pelo Reino de Espanha para a implantação da televisão digital terrestre em zonas remotas e menos urbanizadas (exceto em Castela-Mancha) (JO 2014, L 217, p. 52).

8 O processo foi registado sob o número T-808/14.

9 O processo foi registado sob o número T-36/15.

10 Para esse efeito, suprimiu a segunda alínea do artigo 1.º da decisão inicial, suprimiu a referência à Hispasat no artigo 3.º, n.º 1, e eliminou todas as referências à Hispasat do preâmbulo (considerandos 44, 45, 108, 113, 115, 118, 130, 170 e 198 a 200).

11 O sublinhado é meu.

18. Por Despacho no processo Hispasat/Comissão¹², o Tribunal Geral declarou que esse processo tinha ficado sem objeto na sequência da alteração da Decisão C(2014) 6846 e que, por conseguinte, não era necessário conhecer do pedido da Hispasat.

Acórdão recorrido e recurso para o Tribunal de Justiça

19. No acórdão recorrido, o Tribunal Geral declarou que todos os fundamentos invocados por Espanha no seu recurso eram infundados e negou provimento ao recurso na íntegra.

20. Relativamente às alegações novas de Espanha, declarou que eram, na realidade, dirigidas contra a decisão de alteração e, por conseguinte, eram admissíveis¹³. Seguidamente, o Tribunal Geral, atuando por iniciativa própria, declarou que a Comissão tinha violado o direito de Espanha a ser ouvida, ao negar-lhe a possibilidade de apresentar observações antes da adoção da decisão em causa¹⁴. Também declarou que, tendo em conta que a decisão inicial se referia *ab initio* ao auxílio para o fornecimento de equipamento digital, a decisão de alteração não impunha nenhuma obrigação nova a Espanha e, consequentemente, que essa violação não era de molde a acarretar a anulação da decisão de alteração¹⁵. Por conseguinte, julgou improcedente o fundamento novo formulado por Espanha.

21. No seu recurso de decisão do Tribunal Geral, Espanha conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne anular o acórdão recorrido, anular a Decisão C(2014) 6846 e condenar a Comissão nas despesas. Alega três fundamentos de recurso.

22. *Em primeiro lugar*, Espanha alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito relativo à interpretação do artigo 1.º da Decisão C(2014) 6846, na sua versão inicial, e, portanto, apreciou incorretamente a natureza da medida de auxílio estatal concedida por Espanha e o conceito de auxílio estatal na aceção do artigo 107.º TFUE. Também cometeu um erro de direito ao não declarar que a violação do direito de Espanha a ser ouvida era contrária aos princípios da boa administração e da segurança jurídica. *Em segundo lugar*, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao declarar que Espanha não tinha respeitado o primeiro e o quarto critérios estabelecidos no Acórdão Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg¹⁶. *Em terceiro lugar*, o Tribunal Geral violou o artigo 107.º, n.º 3, alínea c), TFUE, ao considerar que o auxílio concedido por Espanha era incompatível com o mercado interno pelo facto de o Estado-Membro ter favorecido a tecnologia terrestre face à tecnologia de satélite de difusão de televisão.

23. A Comissão conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne negar provimento ao recurso. Em especial, alega que mesmo que o Tribunal de Justiça julgue procedente o primeiro fundamento de recurso, isso acarretaria, no máximo, a anulação da decisão de alteração, ao passo que o presente recurso tem por objeto a anulação da decisão inicial.

24. Na audiência de 7 de março de 2018, Espanha e a Comissão apresentaram alegações orais.

25. Conforme solicitado pelo Tribunal de Justiça, nas presentes conclusões limitar-me-ei a analisar o primeiro fundamento de recurso.

¹² Despacho de 14 de janeiro de 2016 (T-36/15, não publicado, EU:T:2016:73).

¹³ N.ºs 34 a 37.

¹⁴ N.ºs 41 a 46.

¹⁵ N.ºs 47 a 49.

¹⁶ Acórdão de 24 de julho de 2003 (C-280/00, EU:C:2003:415).

Apreciação

Quanto à admissibilidade do primeiro fundamento

26. Uma simples leitura do primeiro fundamento de recurso sugere que este tem por objeto a decisão inicial. Mediante este fundamento contesta-se a interpretação que o Tribunal Geral fez do artigo 1.º dessa decisão, na versão anterior à adoção da decisão de alteração. No entanto, os argumentos deduzidos em apoio do primeiro fundamento de recurso impugnaram as conclusões do Tribunal Geral relativas à validade do procedimento utilizado para adotar a decisão *de alteração*.

27. O recurso que Espanha apresentou no Tribunal Geral é anterior à decisão *de alteração* e só podia ter como objeto a decisão *inicial*. O pedido formulado no recurso menciona expressamente a anulação do acórdão recorrido e da decisão *inicial*, mas não da decisão *de alteração*. Na audiência, o representante de Espanha alegou que, ao apresentar o fundamento novo, Espanha pretendia ampliar o objeto do litígio para obter a anulação da «decisão inicial na versão alterada».

28. Sendo assim, irei analisar, a título preliminar, se a decisão *de alteração* está abrangida pelo âmbito do presente processo e, conseqüentemente, se o Tribunal de Justiça é competente para apreciar as alegações de Espanha relativas a essa decisão¹⁷.

Quanto a saber se o objeto do litígio abrange ipso facto a decisão de alteração a partir da data da sua adoção

29. Pode argumentar-se que o objeto do litígio incluía a decisão de alteração *ipso facto* a partir da data da sua adoção?

30. A Comissão alega que os efeitos da decisão de alteração não vão além da simples retificação de erros de escrita e inexatidões evidentes na decisão inicial.

31. Se a Comissão tivesse razão, a decisão de alteração não produziria nenhuns efeitos jurídicos autónomos e não se «[destinaria] a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros» na aceção do artigo 263.º TFUE. Por conseguinte, não poderia ser objeto de um recurso de anulação separado.

32. Creio que, se fosse esse o caso, a decisão de alteração poderia ser vista, para os efeitos de um recurso de anulação, como «fundindo-se» com a decisão inicial e constituindo assim um todo indivisível com esta última. O recurso de anulação de Espanha e o seu recurso de decisão do Tribunal Geral poderiam então ser, de facto, considerados dirigidos *ipso facto* contra a decisão inicial «conforme alterada», sem ser necessário alterar o pedido inicial.

33. Enquanto algumas alterações constituem realmente simples retificações do texto da decisão inicial¹⁸, outras parecem ir além desse limite e afetar a substância dessa decisão¹⁹.

17 Tratando-se de uma questão de política pública, o Tribunal de Justiça deve analisar essa questão *ex officio* apesar de nenhuma das partes a ter suscitado (v., nesse sentido, Acórdão de 12 de novembro de 2015, Elitaliana/Eulex Kosovo, C-439/13 P, EU:C:2015:753, n.º 37 e 38; e Acórdão de 26 de fevereiro de 2015, Planet/Comissão, C-564/13 P, EU:C:2015:124, n.º 20).

18 Os considerandos 98, 131, 132, 146 e 165 retificam remissões cruzadas que aparecem no texto.

19 As partes discordam radicalmente neste ponto. A interpretação correta da decisão em causa é uma questão de direito. O argumento pelo qual Espanha contesta a interpretação do artigo 1.º da decisão inicial do Tribunal Geral é, portanto, admissível em sede de recurso de decisão do Tribunal Geral (v., nesse sentido, Acórdão de 6 de outubro de 2015, Comissão/Andersen, C-303/13 P, EU:C:2015:647, n.º 74).

34. Isso é indubitavelmente assim no que diz respeito à supressão de todas as referências à Hispasat. O resultado dessa alteração foi excluir a Hispasat da categoria de beneficiários do auxílio estatal em causa²⁰.

35. À primeira vista, a substituição do termo «serviços» pelo termo «equipamento», no primeiro parágrafo do artigo 1.º da decisão inicial, também afeta a substância da decisão inicial. No mínimo, estes termos não parecem ser sinónimos.

36. A *forma* da decisão de alteração corrobora a impressão de que o seu conteúdo não se limita a meras retificações. Na audiência, o representante da Comissão explicou que a decisão de alteração tinha sido adotada pelo Colégio de Comissários. Explicou que esse é o procedimento seguido quando a Comissão adota decisões substantivas em matéria de auxílios estatais, ao passo que as decisões puramente retificativas são adotadas pelo Secretário-Geral da Comissão. Admitiu que, neste caso, a escolha do procedimento tinha sido motivada pelo facto de que a decisão de alteração restringia substancialmente o âmbito da decisão inicial.

37. Em última análise, a questão de saber se e em que medida a substituição de «serviços» por «equipamento» constitui uma modificação substancial do âmbito da obrigação de Espanha de recuperar o auxílio concedido só poderia ser determinado comparando a versão inicial e a versão alterada do artigo 1.º, tendo em conta os fundamentos deduzidos pela Comissão em cada decisão. No entanto, a decisão de alteração não refere quaisquer fundamentos, o que torna uma análise desta natureza praticamente impossível (exceto quanto à Hispasat)²¹.

38. Em suma, tudo indica que a decisão de alteração produziu efeitos jurídicos autónomos que afetaram substancialmente a posição jurídica de Espanha à data da decisão inicial. Sendo assim, a decisão de alteração constituiria um ato jurídico que pode ser objeto de um recurso de anulação separado. Se Espanha pretendia ampliar o alcance da sua petição inicial para incluir a decisão de alteração, tinha de alterar formalmente esse pedido.

39. Irei agora examinar se Espanha conseguiu fazê-lo ao invocar um fundamento novo no Tribunal Geral.

Espanha ampliou efetivamente o âmbito do seu pedido?

40. O artigo 76.º, alínea d), do Regulamento de Processo do Tribunal Geral exige que o recorrente indique o objeto do litígio na petição. Por uma questão de princípio, uma parte não pode, no decurso da instância, alterar o próprio objeto do litígio e a procedência da ação deve ser examinada tendo presente unicamente os pedidos contidos na petição inicial²².

41. Os artigos 84.º e 86.º do Regulamento de Processo do Tribunal Geral preveem duas exceções a esta regra. O artigo 84.º aplica-se quando novos elementos de direito e de facto se tenham revelado durante o processo. O artigo 86.º tem um âmbito significativamente mais reduzido: só se aplica quando o «elemento novo» consista na substituição ou alteração do ato cuja anulação é pedida.

20 Na decisão inicial, em vez de definir os potenciais beneficiários em termos gerais e abstratos, a Comissão optou por identificar todos os beneficiários efetivos. A exclusão da Hispasat dessa categoria tem implicações óbvias, para a situação jurídica, não só de Espanha, dado que afeta o alcance da sua obrigação de recuperar o auxílio concedido, mas também desse beneficiário, ao qual a decisão inicial dizia respeito direta e individualmente, ao passo que a decisão de alteração não o faz.

21 Voltarei a esta questão nos n.ºs 67 a 69, *infra*.

22 V., nesse sentido, Acórdão de 11 de novembro de 2010, Comissão/Portugal (C-543/08, EU:C:2010:669, n.º 20 e jurisprudência referida).

42. Enquanto o artigo 84.º só permite ao recorrente introduzir novos fundamentos (juntamente com os argumentos e provas em seu apoio), o artigo 86.º é de âmbito mais alargado: permite alterar também o objeto do recurso, isto é, reformular os pedidos a fim de contestar o ato novo em causa no processo em curso²³.

43. A introdução do artigo 86.º no Regulamento de Processo em 2015 implicou um aumento do nível de formalismo exigido²⁴. Assim, os n.ºs 2 e 4 do artigo 86.º exigem expressamente que uma alteração desta natureza seja efetuada por meio de um articulado escrito que contenha a *adaptação da petição*.

44. Naturalmente, as exigências de forma enunciadas no artigo 86.º não constituem um fim em si mesmas e destinam-se, pelo contrário, a garantir o caráter contraditório do processo e a boa administração da justiça²⁵.

45. Apresentar um articulado na pendência da instância no Tribunal Geral com vista a adaptar a petição equivale a apresentar um recurso de anulação através de uma petição²⁶. Consequentemente, a jurisprudência constante que define as exigências de forma e de conteúdo de um recurso desta natureza aplicam-se por analogia.

46. Por conseguinte, a adaptação da petição tem, em especial, de indicar o objeto do litígio de uma forma não ambígua e suficientemente clara e precisa, os elementos essenciais de direito e de facto em que o processo se baseia e os pedidos, de maneira que o Tribunal Geral não se pronuncie *ultra petita* ou não se pronuncie sobre um fundamento²⁷.

47. Ao invés, um articulado que contenha fundamentos ou argumentos novos, mas que não respeite todos os critérios enunciados no artigo 86.º ou na jurisprudência já referida não é suficiente para alterar efetivamente o objeto do litígio. Não produz efeitos jurídicos para além dos previstos no artigo 84.º, isto é, deduzir fundamentos ou argumentos novos relativamente ao *mesmo assunto*²⁸.

48. No caso em apreço, pouco mais de um ano depois de ter adotado a decisão inicial e enquanto o recurso de anulação dessa decisão estava pendente, a Comissão adotou um ato a alterar essa decisão [Decisão C(2015) 7193]. Nesse seguimento, Espanha apresentou alegações novas no Tribunal Geral.

49. É pacífico que o objeto da decisão de alteração era idêntico ao da decisão inicial (auxílio estatal SA.27408). Por conseguinte, o artigo 86.º aplicava-se²⁹.

23 A lógica subjacente ao artigo 86.º é dupla: primeiro, seria contrário à boa administração da justiça e à necessária economia processual obrigar a recorrente a interpor um novo recurso perante o Tribunal Geral e iniciar assim um novo processo; segundo, seria injusto que o autor do ato impugnado (neste caso, a Comissão) pudesse alterar o ato impugnado no Tribunal Geral ou substituí-lo por outro para frustrar a ação (v., nesse sentido, Acórdão de 3 de março de 1982, Alphasteel/Comissão, 14/81, EU:C:1982:76, n.º 8; e Acórdão de 14 de julho de 1988, Stahlwerke Peine-Salzgitter/Comissão, 103/85, EU:C:1988:398, n.º 11). O artigo 86.º constitui uma codificação do que foi desenvolvido por esta jurisprudência, mais recentemente no quadro de litígios relativos a medidas restritivas adotadas pelo Conselho e pela Comissão no domínio da Política Externa e de Segurança Comum da União Europeia. V. a título de exemplo dessa jurisprudência, Acórdão de 6 de outubro de 2015, Chyzh e o./Conselho (T-276/12, não publicado, EU:T:2015:748, n.º 26).

24 A jurisprudência referida na nota anterior e que antecedeu esta disposição não exigia grandes formalidades. Em especial, o recorrente podia adaptar a sua petição na audiência. V., por exemplo, Acórdão de 6 de setembro de 2013, Iran Insurance/Conselho (T-12/11, não publicado, EU:T:2013:401, n.º 35); Acórdão de 12 de maio de 2015, Ternavsky/Conselho (T-163/12, não publicado, EU:T:2015:271, n.º 36); e Acórdão de 5 de outubro de 2017, Ben Ali/Conselho (T-149/15, não publicado, EU:T:2017:693, n.º 57).

25 Acórdão de 9 de novembro de 2017, HX/Conselho (C-423/16 P, EU:C:2017:848, n.º 23).

26 V., nesse sentido, Acórdão de 3 de março de 1982, Alphasteel/Comissão (14/81, EU:C:1982:76, n.º 8). V., também, a título de exemplo de um processo em que o Tribunal Geral aplicou essa jurisprudência, Despacho de 18 de julho de 2016, Arbuzov/Conselho (T-195/16, não publicado, EU:T:2016:445, n.º 20 e jurisprudência referida).

27 V., por analogia, Acórdão de 15 de junho de 2010, Comissão/Espanha (C-211/08, EU:C:2010:340, n.º 32); e Acórdão de 14 de novembro de 2017, British Airways/Comissão (C-122/16 P, EU:C:2017:861, n.º 66).

28 O artigo 86.º funciona, a este respeito, como uma *lex specialis* face ao artigo 84.º: quando uma parte pretende ir mais longe e alterar o âmbito de um litígio na pendência da instância, tem de respeitar as condições mais rigorosas previstas no artigo 86.º

29 O artigo 86.º entrou em vigor em 24 de abril de 2015 e é, portanto, relevante para a avaliação dos efeitos das alegações novas de Espanha, apresentado em 23 de dezembro de 2015.

50. O Tribunal Geral declarou, sem mais explicações, que dado que Espanha, nas suas alegações novas, contestava a decisão *de alteração*, o fundamento novo contido nesse articulado era admissível³⁰.

51. Não partilho nem aceito a lógica aplicada pelo Tribunal Geral.

52. A formulação das alegações novas de Espanha sugerem que *não pretendia* impugnar a decisão de alteração, ainda que alguns dos argumentos deduzidos lhe dissessem respeito. No último parágrafo das suas alegações novas, Espanha manteve expressamente o pedido inicial, isto é, a anulação da decisão *inicial*.

53. O recurso no Tribunal de Justiça parece corroborar esta conclusão: i) o primeiro fundamento de recurso diz respeito à interpretação da *decisão inicial antes da alteração* e ii) o pedido refere-se expressamente à anulação da decisão *inicial*.

54. Por conseguinte, considero que o Tribunal Geral não podia validamente interpretar e requalificar as alegações novas de Espanha no sentido em que se destinavam, na realidade, a obter a anulação da decisão *de alteração*³¹.

55. A existência de um recurso de anulação e, do mesmo modo, de um articulado que procura alterar o seu âmbito nunca pode ser presumida e só os pedidos expressos podem ser tomados em consideração³². A fundamentação do recurso tem de ser apreciada unicamente por referência aos pedidos expressos na petição ou no articulado que se destina a alterá-la³³. Um recurso que não contenha nenhum pedido é inadmissível³⁴. Não concordo com a posição, avançada pelo representante de Espanha na audiência, que uma abordagem desta natureza representaria um nível excessivo de formalismo.

56. Depois, não creio que o Tribunal Geral estivesse obrigado a pedir a Espanha que esclarecesse se pretendia impugnar a decisão de alteração³⁵. À luz dos factos do caso em apreço, tal equivaleria a convidar Espanha a complementar um elemento essencial do seu recurso de anulação em violação do prazo estabelecido no artigo 263.º TFUE³⁶.

57. A jurisprudência referida nos n.ºs 45, 46 e 55, *supra*, não fornece nenhuma razão imperiosa para aligeirar os critérios de admissibilidade. Quando, como no caso em apreço, uma decisão individual cujo destinatário é um Estado-Membro lhe é notificada, este último deve suportar as consequências de não especificar no prazo estabelecido os pedidos relativos a essa decisão no processo em curso no Tribunal Geral³⁷.

58. Daqui resulta que, apesar de ter apresentado alegações novas, Espanha não ampliou o objeto do litígio.

30 N.ºs 36 *in fine* e 37 do acórdão recorrido.

31 V., por analogia, Acórdão de 13 de dezembro de 2005, Comissão/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum (C-78/03 P, EU:C:2005:761, n.º 45).

32 V., nesse sentido, Acórdão de 8 de julho de 1965, Krawczynski/Comissão (83/63, EU:C:1965:70, n.º 2).

33 V., por analogia, Acórdão de 25 de setembro de 1979, Comissão/França (232/78, EU:C:1979:215, n.º 3).

34 Despacho de 12 de fevereiro de 2015, Meister/Comissão (C-327/14 P, não publicado, EU:C:2015:99, n.ºs 14 a 16 e jurisprudência referida).

35 Ao contrário do que sucedeu no processo HX/Conselho (Acórdão de 9 de novembro de 2017, C-423/16 P, EU:C:2017:848, n.º 21). Os factos desse processo eram, todavia, muito diferentes. Só durante a audiência é que o representante da HX teve conhecimento da existência do ato (de aplicação geral) a alterar o ato impugnado na sua petição. Foi levado a crer (por uma versão do Regulamento de Processo, correspondente à língua do processo, que era imprecisa em termos de linguagem) que não era necessário nenhum articulado escrito para adaptar a petição e, portanto, não *confirmou* por escrito o seu desejo de a adaptar, *expresso* anteriormente nessa audiência. O Tribunal de Justiça declarou que o Tribunal Geral tinha a obrigação de informar o recorrente do seu erro e dar-lhe a oportunidade de o corrigir.

36 A decisão de alteração foi adotada em 20 de outubro de 2015. Espanha apresentou as alegações novas em 23 de dezembro de 2015, isto é, durante as férias judiciais de Natal do Tribunal Geral. O prazo tinha, portanto, terminado antes de o Tribunal Geral ter sequer retomado os trabalhos no início de janeiro de 2016.

37 Nas suas Conclusões no processo Spliethoff's Bevrachtingskantoor/Comissão (C-635/16 P, EU:C:2018:28, n.º 67), a advogada-geral J. Kokott concluiu que o direito fundamental a uma proteção jurisdicional efetiva pode servir de fundamento a uma interpretação extensiva do *âmbito* de uma ação de anulação. Os factos são diferentes neste caso e esse direito não pode servir de fundamento para mitigar os efeitos do artigo 86.º

Conclusão quanto à admissibilidade do primeiro fundamento de recurso

59. À luz do exposto, a decisão de alteração não está abrangida pelo âmbito do presente processo. O primeiro fundamento de recurso, relativo a essa decisão, pretende, portanto, ampliar o objeto do litígio. Nos termos do artigo 170.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, esta ampliação é inadmissível na fase de recurso e decisão do Tribunal Geral³⁸.

60. Por conseguinte, proponho ao Tribunal de Justiça que julgue improcedente o primeiro fundamento. Também proponho que o Tribunal de Justiça declare que, ao ampliar o âmbito do litígio com base nas alegações novas de Espanha, o Tribunal Geral interpretou erradamente os argumentos deduzidos por Espanha e, em consequência, cometeu um erro de direito ao pronunciar-se *ultra petita*³⁹. Dado que o Tribunal Geral julgou improcedentes essas alegações quanto ao mérito, esse erro não teve impacto no resultado do processo perante esse tribunal. Consequentemente, o acórdão recorrido não tem de ser anulado com base nesse motivo.

Quanto ao mérito do primeiro fundamento de recurso

Competência da Comissão para adotar uma decisão de alteração e o seu dever de fundamentação

61. Se o Tribunal de Justiça discordar da análise exposta *supra*, deverá apreciar a licitude do acórdão recorrido no que diz respeito à decisão de alteração.

62. A este respeito, proponho que o Tribunal de Justiça suscite oficiosamente e analise duas questões fundamentais. Em primeiro lugar, a Comissão era competente para adotar a decisão de alteração? Em segundo lugar, a Comissão respeitou o dever de fundamentar essa decisão⁴⁰?

63. *Em primeiro lugar*, o Tribunal Geral declarou que a Comissão era competente para adotar essa decisão com fundamento no artigo 108.º, n.º 2, TFUE⁴¹.

64. Concordo com esta afirmação. Nos termos do artigo 108.º, n.º 2, TFUE, a Comissão tem o poder não só de *retificar* decisões que tenha adotado ao abrigo do artigo 9.º do Regulamento (UE) 2015/1589, como frequentemente o faz sem que este princípio seja contestado, mas também *de revogar* essas decisões ao abrigo do artigo 11.º do referido regulamento. Também tem o poder de *alterar* substancialmente essas decisões, quando tal for necessário para alcançar os objetivos das disposições do TFUE referidas *supra*.

65. A Comissão pode ter motivos legítimos para o fazer, em especial para ter em conta a evolução da jurisprudência dos tribunais da União ou para corrigir os seus próprios erros⁴², como parece ter sucedido no caso em apreço. Visto dessa perspetiva, o artigo 11.º é meramente uma expressão concreta dos poderes conferidos à Comissão pelo TFUE para garantir que as disposições sobre os auxílios estatais são aplicadas correta e eficazmente⁴³ e, assim, não pode ser interpretado *a contrario* como circunscrevendo esses poderes ao único caso (revogação) expressamente mencionado.

38 V., nesse sentido, Acórdão de 21 de setembro de 2010, Suécia e o./API e Comissão (C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P, EU:C:2010:541, n.ºs 125 e 126).

39 Acórdão de 10 de dezembro de 2013, Comissão/Irlanda e o. (C-272/12 P, EU:C:2013:812, n.ºs 27 e 28).

40 Ambas as questões constituem matéria de política pública. O Tribunal de Justiça deve suscitá-las e, se necessário, sancioná-las *ex officio* (v., quanto à competência do autor do ato em causa, Acórdão de 13 de julho de 2000, Salzgitter/Comissão, C-210/98 P, EU:C:2000:397, n.º 56 e jurisprudência referida, e, quando ao dever de fundamentar a decisão, Acórdão de 2 de dezembro de 2009, Comissão/Irlanda e o., C-89/08 P, EU:C:2009:742, n.º 34 e jurisprudência referida).

41 V. n.º 40 do acórdão recorrido.

42 V., nesse sentido, Heidenhain, M., *European State Aid Law Handbook*, Munique: Beck/Oxford: Hart, 2010, capítulo 31, n.º 58.

43 Esse objetivo está claramente plasmado do considerando 21 do Regulamento (UE) 2015/1589.

66. Nada no TFUE indica que a competência da Comissão se limita a decisões favoráveis aos Estados-Membros. Por conseguinte, é irrelevante se a decisão de alteração era favorável a Espanha, como a Comissão argumenta, ou se impunha obrigações novas a esse Estado-Membro, como este último alega.

67. *Em segundo lugar*, embora o Tribunal Geral não tenha tirado qualquer conclusão a esse respeito, há que salientar que a decisão de alteração não contém nenhuma fundamentação para a sua adoção. Isto torna praticamente impossível que o Tribunal de Justiça aprecie, em especial, a natureza da decisão de alteração⁴⁴, os seus efeitos jurídicos⁴⁵, e verifique se Espanha teve a possibilidade de apresentar observações — antes da sua adoção — sobre todas as informações relevantes em que essa decisão se fundou⁴⁶.

68. Por conseguinte, essa falta de fundamentação da decisão de alteração impede uma adequada revisão jurisdicional da sua legalidade e, por conseguinte, viola manifestamente o artigo 296.º TFUE.

69. Concluo que a decisão de alteração está viciada por um manifesto incumprimento por parte da Comissão do seu dever de fundamentação, isto é, de uma formalidade processual essencial. Este incumprimento, por si só, basta para determinar a sua anulação⁴⁷. Ao não ter concluído nesse sentido, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito. Por conseguinte, o seu acórdão deve ser anulado quanto à decisão de alteração.

70. Só se o Tribunal de Justiça não aceitar esta proposta é que terei de apreciar os argumentos específicos deduzidos por Espanha no seu primeiro fundamento de recurso. Irei apreciá-los de seguida.

Quanto ao artigo 107.º TFUE e ao princípio da segurança jurídica

71. No meu entendimento da sua posição, Espanha alega que o Tribunal Geral interpretou erradamente o artigo 1.º da decisão inicial. Em consequência, alega que o Tribunal Geral não declarou que, ao adotar uma decisão que impunha obrigações adicionais a Espanha, a Comissão violou a própria substância da medida de auxílio estatal concedida por esse Estado-Membro, aplicou incorretamente o conceito de auxílio estatal na aceção do artigo 107.º TFUE e violou o princípio da segurança jurídica.

72. A natureza da alegada ilicitude não é, a meu ver, totalmente clara. Espanha não deduz nenhuns argumentos novos em apoio do seu pedido. Não explica que parte do artigo 107.º TFUE foi alegadamente violada nem de que forma. O mesmo pode dizer-se do argumento relativo à alegada violação do princípio da segurança jurídica.

73. Segundo jurisprudência constante, estes argumentos são inadmissíveis⁴⁸. Por conseguinte, proponho que o Tribunal de Justiça os julgue improcedentes.

44 V. n.º 37, *supra*.

45 V. n.º 80, *infra*.

46 V. n.ºs 86 a 89, *infra*.

47 V., nesse sentido, Acórdão de 17 de maio de 1994, França/Comissão (C-41/93, EU:C:1994:196, n.º 37).

48 V. n.º 46, *supra*, e jurisprudência referida.

Quanto à questão de saber se Espanha tinha direito a ser ouvida antes da adoção da decisão de alteração

74. Parece resultar dos autos de que o Tribunal de Justiça dispõe que a Comissão adotou a decisão de alteração pouco mais de um ano depois da data da decisão inicial. Aparentemente, a decisão de alteração não foi precedida de nenhuma decisão de iniciar ou reiniciar o procedimento formal de investigação.

75. Por um lado, é pacífico que, antes da adoção da decisão inicial, Espanha teve a possibilidade de apresentar observações sobre todos os elementos do processo administrativo da Comissão. Por outro, resulta dos autos que essa oportunidade não foi dada a Espanha depois da adoção da decisão inicial e antes da notificação da decisão de alteração.

76. Espanha alega que, ao introduzir o conceito de «fornecimento de equipamento digital» no artigo 1.º da decisão inicial, a decisão de alteração ampliou o âmbito do auxílio a ser recuperado e, portanto, lhe impôs obrigações novas. Uma vez que a Comissão não lhe deu a oportunidade de expressar os seus pontos de vista antes de essa decisão ser tomada, os direitos de defesa de Espanha foram violados. A Comissão alega que o Tribunal Geral considerou acertadamente, à luz dos considerandos 118 e 197 da decisão inicial, que o auxílio concedido para o fornecimento de equipamento digital já estava incluído no seu âmbito e que, portanto, a decisão de alteração não impôs nenhuma obrigação nova. Dado que o artigo 41.º, n.º 2, alínea a), da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁴⁹ só prevê o direito de qualquer pessoa ser ouvida quando uma medida afete desfavoravelmente os seus direitos e que a decisão de alteração foi favorável a Espanha, esta última não gozava desse direito.

77. Irei apreciar sucessivamente i) se, nestas circunstâncias, Espanha *tinha* direito a ser ouvida, ii) em caso afirmativo, se a Comissão *respeitou* esse direito e iii) as *consequências da eventual violação* desse direito.

78. Segundo jurisprudência constante, «o respeito dos direitos de defesa em qualquer processo instaurado contra uma pessoa e suscetível de culminar num *ato que a afete* [desfavoravelmente] constitui um princípio fundamental do direito [da União] e deve ser assegurado, *mesmo não existindo qualquer regulamentação relativa ao procedimento em causa*»⁵⁰.

79. Quando houver dúvidas plausíveis quanto a saber se um ato é suscetível de afetar desfavoravelmente o Estado-Membro em causa no procedimento de investigação do auxílio estatal, a Comissão deve dar-lhe a oportunidade de ser ouvido, nem que seja só por medida de precaução. O procedimento de recuperação de auxílios estatais ilegais baseia-se no princípio da colaboração de boa-fé do Estado-Membro em causa com a Comissão⁵¹. Quando a decisão que a Comissão tenciona adotar seja suscetível de afetar o âmbito da obrigação de um Estado-Membro de recuperar o auxílio estatal em causa, a Comissão deve, *a fortiori*, dar a esse Estado-Membro a oportunidade de apresentar observações.

80. Dado que a decisão de alteração não contém nenhuma fundamentação, é difícil determinar se a decisão de alteração era favorável a Espanha ou se lhe impunha obrigações novas. Se, como a Comissão alega, a alteração do artigo 1.º não afetava o âmbito desse auxílio, é legítimo perguntar por que é que a Comissão se deu ao trabalho de o alterar.

49 JO 2010, C 83, p. 389 (a seguir «Carta»).

50 Acórdão de 29 de junho de 1994, Fiskano/Comissão (C-135/92, EU:C:1994:267, n.º 39 e jurisprudência referida) (o sublinhado é meu).

51 Acórdão de 18 de outubro de 2007, Comissão/França (C-441/06, EU:C:2007:616, n.º 28).

81. Em todo o caso, já concluí que, em suma, a decisão de alteração provavelmente afetou a posição jurídica de Espanha⁵² e constituiu assim um ato recorrível ao abrigo do artigo 263.º TFUE. Uma vez que, através dessa decisão, a Comissão manteve a sua qualificação das medidas concedidas por Espanha como auxílio estatal ilegal, essa decisão constitui um ato que afeta desfavoravelmente Espanha⁵³. Também chamei a atenção para o facto de que o *procedimento* interno usado pela Comissão para adotar a decisão de alteração foi o que é utilizado para adotar decisões substantivas em matéria de auxílios estatais e *não* o procedimento administrativo mais ligeiro reservado para correção de simples erros de escrita⁵⁴. Por fim, essa decisão já era suscetível de afetar o âmbito da obrigação de Espanha de recuperar o auxílio concedido no que diz respeito à Hispasat.

82. Daqui decorre que, como o Tribunal Geral declarou acertadamente, Espanha tinha, em princípio, direito a ser ouvida antes de a Comissão ter adotado a decisão de alteração.

Quando à questão de saber se Comissão respeitou o direito de Espanha a ser ouvida

83. A adoção da decisão de alteração não pode ser apreciada isoladamente. Constitui o ponto final no procedimento iniciado pela carta da Comissão a abrir o procedimento formal de investigação, seguido (depois dessa investigação) pela adoção da decisão inicial.

84. O objetivo do procedimento pelo qual se garante a proteção total do direito a ser ouvido é alcançado se a parte em causa tiver podido tomar conhecimento dos elementos relevantes do processo administrativo em *qualquer fase* do procedimento anterior à adoção do ato em causa⁵⁵. Depois de essa possibilidade ter sido dada à parte em causa, o seu direito a ser ouvida fica, por assim dizer, *esgotado*.

85. Em especial, no contexto de procedimentos de investigação de auxílios estatais, depois de a Comissão ter dado ao Estado-Membro a possibilidade de apresentar observações sobre todos os *elementos em que a decisão de baseia (ou se vai basear)*⁵⁶, não se exige que, antes de adotar a decisão, informe esse Estado-Membro da apreciação jurídica que tenciona fazer⁵⁷, oiça o seu ponto de vista sobre essa apreciação⁵⁸ ou o informe da iminência dessa decisão⁵⁹. Do mesmo modo, antes da adoção de uma decisão de substituição ou de alteração, a Comissão não tem de repetir todas as fases do procedimento previstas no Regulamento 2015/1589⁶⁰ e, nesse âmbito, apresentar o processo ao Estado-Membro em causa para que apresente observações⁶¹.

52 V. n.º 38, *supra*.

53 Caso a Comissão tivesse *revogado* a decisão inicial e a tivesse *substituído* por uma decisão nova, isso seria imediatamente perceptível. O facto de a Comissão ter optado por uma técnica diferente e ter *alterado* a decisão inicial para chegar ao mesmo resultado não pode afetar a qualificação da decisão de alteração como um ato que afeta desfavoravelmente Espanha.

54 V. n.º 36, *supra*.

55 V., nesse sentido, Conclusões do advogado-geral G. Cosmas no processo Alemanha/Comissão (C-288/96, EU:C:1999:239, n.º 62).

56 V. Acórdãos de 15 de novembro de 2011, Comissão e Espanha/Government of Gibraltar e Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte (C-106/09 P e C-107/09 P, a seguir «Acórdão Gibraltar», EU:C:2011:732, n.ºs 173 e 174); e de 16 de dezembro de 2010, Reino dos Países Baixos e NOS/Comissão (T-231/06 e T-237/06, EU:T:2010:525, n.º 44). V., também, Hancher, L., Salerno, F. M., Schütte, M., *The different stages in the State aid procedure*, State aid law of the European Union, Oxford University Press, 2016, p. 372.

57 Acórdãos de 24 de novembro de 2011, Itália/Comissão (C-458/09 P, não publicado, EU:C:2011:769, n.º 58), e Gibraltar, n.º 177.

58 Acórdão de 21 de janeiro de 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke e Lech-Stahlwerke/Comissão (T-129/95, T-2/96 e T-97/96, EU:T:1999:7, n.ºs 230 e 231).

59 Acórdão de 8 de julho de 2004, Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão (T-198/01, EU:T:2004:222, n.º 156).

60 V., por analogia, Acórdão de 12 de novembro de 1998, Espanha/Comissão (C-415/96, EU:C:1998:533, n.º 31). Dependendo dos efeitos jurídicos das alterações que a decisão nova incorpora, pode ser possível dispensar o início de um procedimento formal de investigação. V. nesse sentido, Heidenhain, M., *European State aid law Handbook*, Munique: Beck/Oxford: Hart, 2010, capítulo 31, ponto 58.

61 Haveria uma obrigação desta natureza, em princípio, se a decisão inicial se tivesse baseado em informações incorretas (caso em que a Comissão teria de complementar primeiro o processo administrativo procedendo a uma investigação suplementar nos termos do artigo 11.º do referido regulamento) ou se o quadro jurídico tivesse evoluído desde a apresentação dessas observações (v. Acórdão de 8 de maio de 2008, Ferriere Nord/Comissão, C-49/05 P, não publicado, EU:C:2008:259, n.ºs 68 a 71).

86. No caso em apreço os autos não permitiram dissipar as dúvidas quanto a saber se a Comissão se baseou em elementos novos ou adicionais quando adotou a decisão de alteração.

87. Se a Comissão tiver razão quando alega que a decisão de alteração se baseou — para além dos elementos contidos no processo administrativo no momento da adoção da decisão inicial — também em informações provenientes da petição da Hispasat no processo T-36/15, Espanha não estava em condições de se pronunciar a esse respeito. Este Estado-Membro não interveio no processo T-36/15 e, por conseguinte, as alegações escritas trocadas entre as partes nesse processo não lhe foram comunicadas.

88. Se, pelo contrário, Espanha tiver razão quando alega que a decisão de alteração se baseou em informações provenientes dos processos de recuperação, em princípio, não se pode excluir que Espanha já tinha conhecimento do essencial dessas informações e que estava em condições de dar a conhecer o seu ponto de vista no âmbito desse processo.

89. A falta de fundamentação da decisão de alteração torna praticamente impossível apurar qual destas duas alegações é verdadeira.

90. Nestas circunstâncias, o ónus da prova deve recair sobre a Comissão. Esta última nunca alegou que Espanha esteve em condições de apresentar observações sobre as informações que estiveram na base da decisão de alteração no contexto do processo de recuperação nem, muito menos, aduziu qualquer prova para esse efeito.

91. À luz do exposto, concluo que não foi dada a Espanha a oportunidade de dar a conhecer efetivamente o seu ponto de vista sobre a veracidade e a relevância de todos os factos, imputações e circunstâncias em que a Comissão se apoiou para sustentar a sua conclusão, em especial no artigo 1.º da decisão de alteração, de que a infração do direito da União declarada se tinha verificado e de que o auxílio estatal aí caracterizado devia ser recuperado.

92. Daqui resulta que, na medida em que a Comissão baseou a sua decisão de alteração em informações sobre as quais Espanha não pôde apresentar observações, atuou em violação do direito desse Estado-Membro a ser ouvido e, por conseguinte, também do princípio da boa administração.

Quanto às consequências da violação do direito de Espanha a ser ouvida

93. No n.º 47 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral declarou que uma irregularidade processual só dá lugar à anulação do ato em causa se se demonstrar que o procedimento teria um resultado diferente se essa irregularidade não se tivesse verificado⁶². No entanto, nos números seguintes, aplicou um critério diferente, a saber, o que consiste em determinar se a decisão de alteração implicava obrigações novas para Espanha. Nessa base, o Tribunal Geral declarou que a violação do direito de Espanha a ser ouvida não implicava a anulação da decisão de alteração. Espanha contestou esse raciocínio. Na audiência, o seu representante sustentou que uma violação do direito a ser ouvido deve implicar *sempre* uma anulação.

94. Não concordo com o raciocínio do Tribunal Geral. Irei proceder à minha própria análise, começando por recordar a jurisprudência relevante.

⁶² Deve notar-se que só um dos acórdãos referidos pelo Tribunal Geral diz respeito ao direito a ser ouvido; os restantes tratam de formalidades processuais (não essenciais).

95. Por um lado, o Tribunal de Justiça declarou que a inobservância de uma formalidade processual *essencial* conduz à anulação do ato viciado por esse motivo⁶³. Nesta matéria, concordo com o advogado-geral N. Fennelly, que só as formalidades processuais intrinsecamente ligadas à formação e à expressão da intenção da autoridade que adota o ato são essenciais. A sua observância é no interesse geral⁶⁴. Estas formalidades são tão fundamentais que *qualquer* violação acarreta a anulação do ato subsequente, independentemente de o resultado do procedimento poder ter sido diferente se tivessem sido respeitadas⁶⁵.

96. Por outro lado, o Tribunal de Justiça declarou igualmente que a violação de qualquer outra formalidade processual (não essencial) só justifica a anulação se puder ser demonstrado que, caso não existisse, o processo poderia ter outro resultado⁶⁶.

97. Ainda que a linha de raciocínio dos tribunais da União não tenha sido sempre unívoca nesta matéria⁶⁷, para mim é claro que o direito de um Estado-Membro a ser ouvido no procedimento de auxílio estatal pertence à primeira categoria.

98. Concordo com o advogado-geral P. Mengozzi, que concluiu que a obrigação de consultar o Estado-Membro em causa pode, em última análise, ser considerada uma expressão particular da repartição das competências entre as instituições e os Estados-Membros ou do equilíbrio institucional (eu diria «*constitucional*») na União⁶⁸.

99. Assim, no âmbito dos diferentes tipos de procedimento, o Tribunal de Justiça declarou que o direito do Estado-Membro em causa a ser ouvido é uma formalidade processual essencial cuja inobservância acarreta *ipso facto* consequências importantes, como a nulidade da decisão⁶⁹ ou a inadmissibilidade de uma ação por incumprimento na sequência de um procedimento desta natureza⁷⁰.

63 Acórdão de 20 de outubro de 1987, Espanha/Comissão (128/86, EU:C:1987:447, n.º 25).

64 V. Conclusões deste advogado-geral no processo Comissão/ICI (C-286/95 P e C-287/95 P, EU:C:1999:578, n.ºs 22 a 26).

65 V., por exemplo, Acórdão de 6 de abril de 2000, Comissão/ICI (C-286/95 P, EU:C:2000:188, n.ºs 42 e 52).

66 Acórdãos de 29 de outubro de 1980, van Landewyck e o./Comissão (209/78 a 215/78 e 218/78, EU:C:1980:248, n.º 47) (alegada divulgação ilícita de determinados documentos pela Comissão); e de 25 de outubro de 2005, Alemanha e Dinamarca/Comissão (C-465/02 e C-466/02, EU:T:2005:192, n.ºs 36 e 37) (alegada falta da versão em língua alemã de um documento durante o processo). Sobre as diferenças entre estas duas categorias de irregularidades processuais, v. Conclusões do advogado-geral N. Fennelly no processo Comissão/ICI (C-286/95 P e C-287/95 P, EU:C:1999:578, n.º 27 a 29).

67 Não sou a primeira a ser confrontada com essa dificuldade e a tecer comentários a esse respeito. V. Conclusões do advogado-geral P. Mengozzi no processo Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:3, n.ºs 72 a 100 (em especial n.º 92) e jurisprudência referida). Os tribunais da União sustentaram uniformemente a classificação do direito a ser ouvido como uma formalidade processual essencial (v., por exemplo, Acórdão de 6 de março de 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão, T-228/99 e T-233/99, EU:T:2003:57, n.º 141; e Acórdão de 9 de julho de 2003, Vlaams Fonds voor de Sociale Integratie van Personen met een Handicap/Comissão, T-102/00, EU:T:2003:192, n.ºs 84 a 86). No entanto, a jurisprudência referiu por várias vezes a necessidade de demonstrar que o resultado teria sido diferente se a violação não se tivesse verificado (v., por exemplo, Acórdão de 8 de julho de 2004, Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão, T-198/01, EU:T:2004:222, n.º 203, confirmado pelo Tribunal de Justiça em sede de recurso pelo Acórdão de 11 de janeiro de 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão, C-404/04 P, não publicado, EU:C:2007:6, n.º 131).

68 V. Conclusões deste advogado-geral no processo Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:3, n.º 82).

69 V. no contexto de uma decisão que reduz a contribuição financeira do Fundo Social Europeu, Acórdão de 7 de maio de 1991, Interhotel/Comissão (C-291/89, EU:C:1991:189, n.º 17); Acórdão de 4 de junho de 1992, Infotec/Comissão (C-157/90, EU:C:1992:243, n.º 20); e Acórdão de 25 de maio de 1993, IRI/Comissão (C-334/91, EU:C:1993:211, n.º 25). V., também, no âmbito do procedimento de investigação, ao abrigo do artigo 106.º, n.º 3, TFUE, de direitos especiais concedidos a empresas às quais foi confiada a exploração de serviços de interesse económico geral, Acórdão de 12 de fevereiro de 1992, Reino dos Países Baixos e o./Comissão (C-48/90 e C-66/90, EU:C:1992:63, n.ºs 46 a 49).

70 V. Acórdão de 14 de abril de 2011, Comissão/Roménia (C-522/09, EU:C:2011:251, n.º 16 e jurisprudência referida).

100. A situação de um Estado-Membro que é parte num processo de investigação de auxílios estatais é comparável com as referidas *supra*⁷¹. Tal milita a favor da aplicação de uma regra processual análoga no presente contexto, conferindo maior peso ao direito a ser ouvido, que é — afinal — um direito fundamental garantido pelo artigo 47.º da Carta.

101. É jurisprudência constante que, tendo em conta o papel fulcral que o Estado-Membro em causa desempenha na investigação de auxílios estatais⁷², quando não é dada a esse Estado-Membro a oportunidade para responder às observações apresentadas por um terceiro interessado, a Comissão *não tem o direito de as utilizar na sua decisão final*⁷³.

102. Assim, contrariamente ao que o Tribunal Geral declarou no n.º 47 do acórdão recorrido, também não devia ter importância o facto de o Estado-Membro em causa conseguir demonstrar que, *in concreto*, na falta de uma violação desse direito pela Comissão, a decisão desta última relativa ao auxílio estatal teria sido diferente⁷⁴.

103. Com efeito, um critério desta natureza é necessariamente especulativo e baseia-se em várias presunções. Não é claro quais seriam as exigências quanto à prova e ao grau de pormenor exigidos para demonstrar a disparidade entre a decisão efetiva e a decisão hipotética. Estou convencida de que este critério não pode servir de base para avaliar se o direito de um Estado-Membro a ser ouvido no procedimento em matéria de auxílios estatais foi respeitado.

104. Em última análise, seria preciso que o Estado-Membro e o Tribunal de Justiça se colocassem na posição da Comissão para tentar adivinhar se as observações que esse Estado-Membro teria apresentado, se a Comissão lhe tivesse dado a oportunidade de o fazer, teriam alterado a avaliação que esta última fez da situação. Suspeito que seria provável que a Comissão argumentasse que, em qualquer caso, as observações do Estado-Membro não a teriam feito mudar de opinião. Esta circunstância compromete ainda mais a objetividade e, portanto, a legitimidade de um critério desta natureza⁷⁵.

71 Em especial, é jurisprudência constante que esse procedimento *não é mais do que uma variante da ação por incumprimento*, adaptada especialmente aos problemas específicos que os auxílios estatais apresentam para a concorrência no mercado comum (v., por exemplo, Acórdão de 3 de julho de 2001, Comissão/Bélgica, C-378/98, EU:C:2001:370, n.º 24 e jurisprudência referida). Da mesma forma, o Tribunal de Justiça confirmou expressamente que a situação jurídica do Estado-Membro em causa no procedimento por incumprimento e no procedimento para redução da contribuição financeira é análoga (v., nesse sentido, Acórdão de 29 de abril de 2010, Comissão/Alemanha, C-160/08, EU:C:2010:230, n.ºs 41 e 42).

72 V., por exemplo, Acórdão de 29 de junho de 2010 no processo Comissão/Technische Glaswerke Ilmenau (C-139/07 P, EU:C:2010:376, n.º 57). O Tribunal Geral explicou claramente a natureza desses procedimentos (bilaterais) e a situação do Estado-Membro em causa nos mesmos no seu Acórdão de 6 de março de 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão (T-228/99 e T-233/99 EU:T:2003:57, n.ºs 140 e 141). Evidentemente, a situação de um Estado-Membro é fundamentalmente diferente da de outra parte interessada nesses procedimentos.

73 V. Acórdão de 24 de setembro de 2002, Falck e Acciaierie di Bolzano/Comissão (C-74/00 P e C-75/00 P, EU:C:2002:524, n.º 81); e Acórdão de 29 de junho de 2010, Comissão/Technische Glaswerke Ilmenau (C-139/07 P, EU:C:2010:376, n.º 57).

74 Na minha opinião, não se pode excluir *a priori* que os argumentos que Espanha poderia ter apresentado, se lhe tivesse sido a oportunidade de o fazer, poderiam ter influenciado o conteúdo da decisão de alteração.

75 Aceitar tal argumento daria origem a um outro dilema: uma declaração desta natureza seria vinculativa para o Tribunal de Justiça? Ou deveria o próprio Tribunal de Justiça apurar se a Comissão *deveria ter alterado* a sua posição à luz das observações do Estado-Membro? Em caso afirmativo, em que critérios se deveria basear essa apreciação?

105. Em vez disso, o Tribunal de Justiça deveria verificar, como já fez em várias ocasiões⁷⁶, se (objetivamente), antes de a Comissão ter adotado a sua decisão, foi dada uma oportunidade real ao Estado-Membro para dar a conhecer o seu ponto de vista *sobre os documentos obtidos pela Comissão em apoio da sua alegação* de que se verificou uma infração do direito da União, bem como *sobre as observações apresentadas por terceiros interessados*, que serviram de base para essa decisão⁷⁷.

106. Concluo que o incumprimento dessa obrigação pela Comissão acarreta a nulidade da sua decisão que ordena que o auxílio em causa seja suprimido ou alterado, na medida em que essa decisão se baseou em elementos não apresentados ao Estado-Membro em causa para formular as suas observações.

107. À luz do exposto, contrariamente ao que o Tribunal Geral declarou no n.º 48 e seguintes do acórdão recorrido, é irrelevante se a decisão de alteração impôs obrigações novas a Espanha ou não. Por conseguinte, o argumento de Espanha de que o Tribunal Geral interpretou erradamente o artigo 1.º da decisão inicial quando o comparou com a decisão de alteração é igualmente irrelevante.

108. Já concluí *supra* que ao adotar a decisão de alteração, a Comissão violou o direito de Espanha a ser ouvida⁷⁸. À luz das considerações precedentes e supondo admissível, *quod non*, o fundamento novo de Espanha, a natureza dessa violação é de molde a acarretar a anulação da decisão em causa.

109. Não tendo concluído nesse sentido, o Tribunal Geral cometeu um erro de direito. Por conseguinte, com base nessa premissa, o acórdão recorrido deve ser anulado no que diz respeito à decisão de alteração.

Quanto às consequências da anulação do acórdão recorrido

110. Concluí que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao não declarar que a decisão de alteração está viciada por duas irregularidades (incumprimento, por parte da Comissão, do dever de fundamentação e do direito de Espanha a ser ouvida) e que, se o fundamento novo de Espanha for admissível, o acórdão deve ser anulado por esse motivo.

111. Nos termos do artigo 61.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, depois de ter anulado o acórdão do Tribunal Geral, o Tribunal de Justiça pode ele próprio decidir definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado, em vez de remeter o processo ao Tribunal Geral para julgamento.

112. Uma vez que os vícios referidos *supra* acarretam em si mesmos a anulação da decisão de alteração, o Tribunal de Justiça pode, portanto, decidir definitivamente o litígio.

⁷⁶ Em matéria de auxílios estatais, o Tribunal de Justiça já aplicou esse critério mais rigoroso (a violação do direito implica uma anulação automática) em muitas ocasiões (v., por exemplo, Acórdão de 10 de julho de 1986, Bélgica/Comissão, 234/84, EU:C:1986:302, n.º 30; Acórdão de 8 de março de 1988, Exécutif régional wallon e Glaverbel/Comissão, 62/87 e 72/87, EU:C:1988:132, n.ºs 37 e 38; Acórdão de 10 de maio de 2005, Itália/Comissão, C-400/99, EU:C:2005:275, n.ºs 29 a 34; e Acórdão Gibraltar, n.º 179). Em várias outras ocasiões, apesar de se referir à obrigação adicional de demonstrar que a decisão da Comissão teria sido diferente se o Estado-Membro tivesse tido a oportunidade de apresentar as suas observações, parece, no entanto, que o Tribunal de Justiça *aplicou* o critério mais rigoroso. Nesses casos, *na prática*, o direito a ser ouvido não foi violado (porque os documentos que não foram apresentados ao Estado-Membro em causa para formular observações não continham elementos substantivos ou porque a decisão da Comissão não se baseou em informações contidas nesses documentos). Assim, o Tribunal de Justiça podia facilmente concluir que as irregularidades processuais apontadas provavelmente não eram suscetíveis de ter influência no resultado do procedimento administrativo. A meu ver, essa conclusão é mais uma mera *consequência do cumprimento* do critério aplicável do que uma *condição* suplementar autónoma desse cumprimento (v. Acórdão de 11 de novembro de 1987, França/Comissão, 259/85, EU:C:1987:478, n.º 13; Acórdão de 14 de fevereiro de 1990, França/Comissão, C-301/87, EU:C:1990:67, n.º 31; Acórdão de 21 de março de 1990, Bélgica/Comissão, C-142/87, EU:C:1990:125, n.º 48; e Acórdão de 5 de outubro de 2000, Alemanha/Comissão, C-288/96, EU:C:2000:537, n.ºs 99 a 106).

⁷⁷ V. Acórdão Gibraltar, n.º 165 e jurisprudência referida. V., também, Dony, M., *Contrôle des aides d'État*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2006, p. 357.

⁷⁸ V. n.º 92, *supra*.

113. Por conseguinte, proponho que o Tribunal de Justiça, se decidir que o primeiro fundamento de recurso é admissível, julgue procedente esse fundamento, anule o acórdão recorrido no que diz respeito à decisão de alteração da Comissão e anule essa decisão.

Quanto às despesas

114. Dado que o Tribunal de Justiça só me solicitou que apreciasse o primeiro fundamento de recurso de Espanha isoladamente e que a decisão final sobre o recurso depende da posição que o Tribunal de Justiça adote não só em relação a esse fundamento, mas também quanto ao segundo e ao terceiro fundamentos, não faço nenhuma recomendação quanto às despesas neste caso.

Conclusão

115. À luz das considerações precedentes, sem prejuízo da apreciação do segundo e do terceiro fundamentos de recurso que Tribunal de Justiça efetue, proponho que o Tribunal de Justiça julgue inadmissível o primeiro fundamento de recurso.

116. A título subsidiário, se considerar que esse fundamento é admissível, proponho que o Tribunal de Justiça o julgue procedente, anule o acórdão recorrido no que diz respeito à decisão de alteração da Comissão e anule essa decisão.