# CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
# M. POLARES MADURO
apresentadas em 12 de Setembro de 2007 [1]

1. Na sua decisão de reenvio no presente caso, o Consiglio di Stato (Itália) (Conselho de Estado) coloca ao Tribunal de Justiça um vasto leque de questões relativas à concorrência leal, à liberdade de prestação de serviços, à liberdade de expressão e ao princípio do pluralismo dos meios de comunicação social. O processo principal diz respeito a uma sociedade de televisão, à qual, vários anos depois de ter obtido por concurso público uma licença de radiodifusão televisiva de âmbito nacional, não foram ainda consignadas as radiofrequências necessárias para exercer essa actividade. Entretanto, a legislação nacional permitiu que os operadores existentes continuassem o exercício das suas actividades de difusão televisiva e utilizassem as radiofrequências, prolongando assim, efectivamente, uma situação que é incompatível com o resultado do concurso público. Tratarei dos problemas suscitados pelo órgão jurisdicional de reenvio, principalmente, à luz das regras relativas à livre prestação de serviços.

## I — Matéria de facto, quadro jurídico nacional e pedido de decisão prejudicial

2. O quadro jurídico nacional relevante consiste numa amálgama complexa de leis e decretos-leis, embora três medidas legislativas tenham passado a constituir a pedra angular das normas relativas à radiodifusão televisiva nacional: a Lei n.º 223/1990 (a seguir «lei Mammì») [2], a Lei n.º 249/1997 (a seguir «lei Maccanico») [3] e a Lei n.º 112/2004 (a seguir «lei Gasparri») [4].

3. A lei Maccanico foi adoptada em Julho de 1997, após a Corte costituzionale (Itália)

1 — Língua original: inglês.

2 — Suplemento ordinário n.º 53 ao GURI n.º 185, de 9 de Agosto de 1990.

3 — Suplemento ordinário n.º 154 ao GURI n.º 177, de 31 de Julho de 1997.

4 — Suplemento ordinário n.º 82 ao GURI n.º 104, de 5 de Maio de 2004.

(Tribunal Constitucional) ter declarado, num acórdão de Dezembro de 1994 [5], que as disposições *antitrust* da lei Mammì eram inadequadas para impedir posições dominantes que pudessem ameaçar o pluralismo dos meios de comunicação social. A lei Maccanico criou a Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (autoridade reguladora das comunicações, a seguir «AGCom») e introduziu novos limites à concentração no mercado da radiodifusão televisiva de âmbito nacional, a fim de assegurar a concorrência e o respeito do princípio do pluralismo. De acordo com a lei Maccanico, não era permitido aos operadores transmitirem em mais de 20% dos canais de radiodifusão televisiva nacional, a partir de 30 de Abril de 1998.

4. A lei Maccanico incluía também disposições transitórias para os operadores presentes no mercado com canais existentes que excedessem o limite de 20%. De acordo com as disposições transitórias, esses operadores poderiam, temporariamente, continuar a exercer as suas actividades de difusão televisiva após 30 de Abril de 1998, desde que as emissões fossem efectuadas em frequências terrestres e, simultaneamente, por cabo ou por satélite. A lei previa, na sequência da adopção de um plano nacional de atribuição de frequências, que os canais que violassem o limite estabelecido cessassem finalmente as emissões televisivas em frequências terrestres.

5 — Acórdão n.º 420/1994, de 5-7 de Dezembro de 1994.

5. Atendendo aos objectivos da lei Maccanico, foi dado início a um concurso público, em Março de 1999, para a concessão de licenças de radiodifusão televisiva de âmbito nacional em frequências terrestres. Devido a limitações técnicas, o número de canais terrestres não podia ser superior a 11. Três desses canais foram reservados para a televisão pública, ficando disponíveis oito canais, no máximo, para os operadores privados.

6. Tendo ganhado o concurso público, a Centro Europa 7 Srl (a seguir «Europa 7») obteve uma licença de radiodifusão televisiva de âmbito nacional. Esta licença foi atribuída por Decreto Ministerial de 28 de Julho de 1999, emitido em 28 de Outubro do mesmo ano. Quanto às frequências específicas, o decreto remeteu para o plano nacional de atribuição de frequências ainda por implementar. Nos termos do decreto, a AGCom e o Ministério das Comunicações estavam incumbidos de implementar o plano nacional de atribuição de frequências no prazo de 24 meses a contar da notificação do decreto. No caso de «impedimentos de carácter objectivo», esse período poderia ser prorrogado por mais 12 meses.

7. O plano nacional de atribuição de frequências acabou por não se concretizar. Por consequência, a Europa 7 não recebeu nenhumas frequências e, apesar de ter obtido uma licença de radiodifusão televisiva, não pôde, efectivamente, dar início às

suas emissões. Entretanto, uma série de leis e decisões judiciais sucessivas permitiram que os operadores existentes, incluindo aqueles que tinham sido eliminados no concurso público, prosseguissem a sua actividade de radiodifusão televisiva.

8. Por exemplo, a Lei n.º 66/2001 [6], que regulava o processo de transição da televisão analógica para a digital, autorizava esses operadores a continuar as suas emissões em frequências terrestres até à implementação de um plano nacional de atribuição de frequências para a radiodifusão televisiva digital. Esse plano deveria ter entrado em vigor em 31 de Dezembro de 2002, o mais tardar. No entanto, no fim deste prazo, não tinha sido elaborado plano algum.

9. Num acórdão de 20 de Novembro de 2002, a Corte costituzionale declarou que os canais que excedessem o limite *antitrust* de 20% deveriam transferir as suas emissões televisivas em frequências terrestres para cabo ou satélite até 31 de Dezembro de 2003, independentemente do estado de desenvolvimento da televisão digital [7]. Todavia, apesar deste acórdão, a possibilidade de os operadores existentes continuarem a utilizar as frequências terrestres para canais que tivessem excedido o limite *antitrust* foi novamente prolongada pelo Decreto-Lei n.º 352/2003 [8] (posteriormente convertido na Lei n.º 43/2004 [9]) e pela lei Gasparri.

10. A lei Gasparri permitiu, de facto, aos operadores existentes utilizar frequências para canais que excediam o limite *antitrust*, bloqueando deste modo a libertação dessas frequências para os novos operadores, como a Europa 7, até à implementação de um plano nacional de atribuição de frequências para a televisão digital. Acresce que, ao abrigo da lei Gasparri, apenas os operadores activos poderiam requerer o direito a utilizar as frequências para a televisão digital. Por último, a lei Gasparri redefiniu o limite de 20% que tinha sido introduzido pela lei Maccanico.

11. Assim, à época dos factos, alguns operadores de radiodifusão televisiva de âmbito nacional não tinham obtido licenças de radiodifusão televisiva, mas estavam, no entanto, autorizados a continuar a exercer as suas actividades de televisão, apesar de terem excedido o limite *antitrust*. A Europa 7, apesar de ter obtido uma licença de radiodifusão televisiva, não pôde iniciar a sua actividade, uma vez que não tinha recebido as frequências necessárias. Além disso, a Europa 7, não sendo uma operadora activa, não podia obter uma licença de radiodifusão televisiva digital.

12. Tendo terminado o prazo de 24 meses a contar da notificação da sua licença de radiodifusão televisiva, a Europa 7 intentou uma acção no Tribunale amministrativo regionale Lazio (tribunal administrativo regional de Lazio), em que pediu que fosse ordenado às autoridades administrativas competentes que atribuíssem as necessárias frequências e que

6 — GURI n.º 70, de 24 de Março de 2001.
7 — Acórdão n.º 466/2002, de 20 de Novembro de 2002.
8 — GURI n.º 300, de 29 de Dezembro de 2003.
9 — GURI n.º 47, de 26 de Fevereiro de 2004.

pagassem uma indemnização pelas perdas entretanto sofridas. A título subsidiário, no caso de se revelar impossível a atribuição de frequências, a Europa 7 pedia a reparação dos prejuízos sofridos. O Tribunale amministrativo regionale Lazio declarou que a Europa 7 não tinha o direito («diritto soggettivo») de exigir que lhe fossem atribuídas frequências específicas e julgou a acção improcedente na sua totalidade. A Europa 7 interpôs subsequentemente um recurso no Consiglio di Stato.

13. No decurso dos processos nacionais, as autoridades italianas invocaram em sua defesa o Decreto-Lei n.º 352/2003 e a lei Gasparri. Nesse contexto, o Consiglio di Stato submete ao Tribunal de Justiça um grande número de questões:

«1. O artigo 10.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir «CEDH»), como referido no artigo 6.º do Tratado da União Europeia, garante o pluralismo informativo externo no sector de televisão, obrigando com isto os Estados-Membros a garantirem um pluralismo efectivo e uma concorrência efectiva no sector, baseada num sistema anticoncentração que, relativamente ao desenvolvimento tecnológico, garanta o acesso às redes e uma pluralidade de operadores, não se podendo considerar lícitas situações de duopólio que existam no mercado?

2. As disposições do Tratado CE que garantem a liberdade de prestação de serviços e a concorrência, na interpretação dada pela Comissão na Comunicação interpretativa, de 29 de Abril de 2000, sobre as concessões no direito comunitário, exigem princípios de concessão de licenças que permitam assegurar um tratamento não discriminatório, igualitário, e ainda a transparência, a proporcionalidade e o respeito dos direitos dos indivíduos? As disposições e os princípios do Tratado opõem-se às disposições de direito italiano previstas nos artigos 3.º, n.º 7, da Lei n.º 249/1997 e 1.º do decreto legge n.º 352, de 24 de Dezembro de 2003, convertido em artigo 1.º da Lei n.º 112/2004 (dita 'lei Gasparri') [10], na medida em que permitiram que entidades operadoras de [canais] televisiv[o]s que excedem os limites anticoncentração ([canais] excedentári[o]s) continuem a exercer as respectivas actividades, excluindo operadores, como a sociedade recorrente, que, não obstante a concessão lhes ter sido adjudicada na sequência de concurso, não puderam desenvolver a actividade adjudicada por falta de atribuição de frequências (devida à insuficiência ou escassez das frequências causada pela referida continuação do exercício da actividade por parte dos titulares d[o]s denominad[o]s [canais] excedentári[o]s)?

3. A partir de 25 de Julho de 2003, o artigo 17.º da Directiva 2002/20/CE do

10 — Parece haver aqui uma incorrecção: o decreto-lei em questão foi, de facto, convertido na Lei n.º 43/2004, de 24 de Fevereiro de 2004.

Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva autorização), impõe o efeito directo desta directiva no ordenamento jurídico interno e obriga o Estado-Membro que tenha concedido licenças para a actividade de difusão televisiva (que inclui o direito de instalar redes ou de fornecer serviços de comunicações electrónicas e o direito à utilização das frequências) a proceder ao seu alinhamento com o regime comunitário, implicando tal obrigação a necessidade de atribuir efectivamente as frequências necessárias para o desenvolvimento da actividade?

4. O artigo 9.º da Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro), e o artigo 5.º da directiva autorização, que prevê a adopção de procedimentos públicos, transparentes e não discriminatórios (artigo 5.º) que se desenrolem com base em critérios objectivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais (artigo 9.º), opõem-se ao regime de autorização genérica previsto no direito nacional (artigo 23.º, n.º 5, da Lei n.º 112/2004), que, ao admitir a continuação da actividade d[o]s denominad[o]s '[canais] excedentári[o]s' não seleccionad[o]s por meio de concurso, lesa os direitos de que outras empresas gozam por força do direito comunitário (artigo 17.º, n.º 2, da directiva autorização) na medida em que essas empresas, não obstante terem vencido o concurso, se vêem impossibilitadas de operar?

5. Os artigos 9.º da directiva-quadro, 5.º, n.º 2, segundo parágrafo […], e 7.º, n.º 3, da directiva autorização e 4.º da Directiva 2002/77/CE [da Comissão, de 16 de Setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações electrónicas], impõem que os Estados-Membros ponham fim, o mais tardar a partir de 25 de Julho de 2003 (v. artigo 17.º da directiva autorização), a uma situação de ocupação *de facto* das frequências (utilização de infra-estruturas sem uma licença ou autorização emitida após comparação dos proponentes) relativamente às actividades de difusão televisiva, como a que é actualmente desenvolvida, por forma a que não se admita por esta via um desenvolvimento da actividade fora de qualquer correcta planificação da utilização do espectro e fora de qualquer lógica de incremento do pluralismo, além de estar em contradição com as próprias licenças atribuídas pelo Estado-Membro na sequência de um concurso público?

6. A derrogação prevista nos artigos 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Directiva 2002/20/CE (directiva autorização) e 4.º da Directiva 2002/77/CE podia e pode ser invocada pelo Estado-Membro apenas para tutela do pluralismo informativo e para garantir a tutela da diversidade cultural ou linguística, e não em benefício daqueles que desenvolvem a sua actividade através de [canais] que excedem os limites anticoncentração já previstos na legislação nacional?

7. O Estado-Membro, ao invocar a derrogação prevista no artigo 5.º da Directiva 2002/20/CE, tem de identificar os objectivos que são efectivamente prosseguidos pela disposição nacional derrogatória?

8. Esta derrogação pode aplicar-se fora dos casos em que esteja em causa a concessionária do serviço público televisivo (RAI, em Itália), em favor de operadores privados que não tenham vencido concursos e em prejuízo de empresas a quem, pelo contrário, foi atribuída uma licença na sequência de um concurso público?

9. O quadro de regras resultante do direito comunitário primário e derivado, destinado a garantir uma concorrência efectiva (workable competition) também no sector do mercado televisivo, não impõe ao legislador nacional a obrigação de evitar a sobreposição da prorrogação do antigo regime transitório para o sistema analógico com o lançamento da chamada televisão digital terrestre, uma vez que só no caso do denominado «switch-off» das transmissões analógicas (com a consequente passagem generalizada para a televisão digital) seria possível reafectar as frequências libertadas para outros usos, ao passo que no caso de mero início do processo de transição para a televisão digital terrestre se corre o risco de agravar no futuro a escassez das frequências disponíveis, devido à difusão analógica e digital em simultâneo (simulcast)?

10. Finalmente, a tutela do pluralismo das fontes de informação e da concorrência no sector da difusão televisiva garantida pelo direito europeu deve ser garantida por legislação nacional — como a Lei n.º 112/2004 — que prevê um novo limite de 20% dos recursos, relacionado com um novo critério de valorização [denominado SIC (sistema integrado de comunicações): nos artigos 2.º, alínea g), e 15.º da Lei n.º 112/2004)] muito amplo que inclui igualmente actividades que não têm impacto no pluralismo das fontes de informação, ao passo que o 'mercado relevante' no direito anticoncentração é normalmente construído através da diferenciação dos mercados no sector televisivo, fazendo-se até a distinção entre televisão por subscrição (pay-tv) e televisão de livre acesso operando por intermédio de ondas hertzianas [v., entre outras, a Decisão da Comissão, de 21 de Março de 2000, relativa à compatibilidade com o mercado comum de uma operação de concentração (Processo n.º COMP/ /JV.37 — B SKY B/Kirch Pay TV), com base no Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (processo de fusão de 21/3/2000), e Decisão da Comissão, de 2 de Abril de 2003, que declara uma concentração compatível com o mercado comum e com o funcionamento do acordo EEE (Processo n.º COMP/M. 2876 — Newscorp/Telepiù), com base no Regulamento n.º 4064/89 (processo de fusão de 2/4/2003)]?»

**II — Observações preliminares sobre a competência do Tribunal de Justiça para fiscalizar a conformidade de actos nacionais com os direitos fundamentais**

14. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio solicita uma interpretação do artigo 10.º da CEDH e pede ao Tribunal de Justiça que clarifique as obrigações que incumbem aos Estados-Membros por força do direito à liberdade de expressão e do conceito corolário de pluralismo dos meios de comunicação social.

15. O respeito pela liberdade de expressão constitui um dos princípios em que se funda a União Europeia. No entanto, isso não significa automaticamente que o Tribunal de Justiça tenha competência para verificar se um Estado-Membro violou o direito de liberdade de expressão. Conforme declarou o Tribunal em numerosas ocasiões, só tem poder para examinar a compatibilidade com os direitos fundamentais das normas nacionais que se enquadram no âmbito do direito comunitário [11].

16. No passado, defendeu-se reforçar o papel do Tribunal de Justiça na fiscalização de medidas dos Estados-Membros, para apreciar a sua conformidade com os direitos fundamentais. Nas suas conclusões no processo Konstantinidis, o advogado-geral F. G. Jacobs manifestou a opinião de que qualquer nacional de um Estado-Membro que exerça uma actividade económica noutro Estado-Membro pode, ao abrigo do direito comunitário, invocar a protecção dos seus direitos fundamentais:

«Em minha opinião, um nacional comunitário que vai para outro Estado-Membro como trabalhador assalariado ou não assalariado […], não tem só o direito de exercer a sua actividade ou profissão e de gozar das mesmas condições de vida e de trabalho que os nacionais do Estado de acolhimento; além disso, tem o direito de presumir que, aonde quer que vá ganhar a vida na Comunidade Europeia, será tratado de acordo com um código comum de valores fundamentais, em especial os que constam da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Por outras palavras, tem o direito de afirmar '*civis europeus sum*' e de invocar esta condição para se opor a qualquer violação dos seus direitos fundamentais» [12].

17. O Tribunal de Justiça, porém, não seguiu esta sugestão. Por outras palavras, o Tribunal não confirmou a tese de que qualquer violação, pelo Estado de acolhimento, de um direito fundamental de um nacional de outro Estado-Membro possa dificultar o exercício

11 — V., por exemplo, despacho de 6 de Outubro de 2005, Vajnai (C-328/04, Colect., p. I-8577); acórdãos de 29 de Maio de 1997, Kremzow (C-299/95, Colect., p. I-2629); de 4 de Outubro de 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, Colect., p. I-4685); e de 30 de Setembro de 1987, Demirel (12/86, Colect., p. 3719).

12 — N.º 46 das conclusões apresentadas em 9 de Dezembro de 1992 (acórdão de 30 de Março de 1993, C-168/91, Colect., p. I-1191).

do direito de livre circulação. Embora não pretenda propor que o Tribunal inverta a sua posição há muito consagrada nesta matéria, considero que é agora oportuno introduzir uma precisão nesta linha jurisprudencial.

18. Desde a adopção do Tratado de Amesterdão, o respeito dos direitos fundamentais constitui uma condição jurídica formal de admissão à União Europeia [13]. O artigo 6.º UE, com a redacção que lhe foi dada por esse Tratado, proclama agora expressamente que a União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros. O artigo 7.º UE institui um mecanismo para impor sanções a um Estado-Membro quando haja claramente risco de uma violação grave desses princípios, confirmando assim que o respeito dos direitos fundamentais constitui uma condição indispensável de admissão à União Europeia.

19. Obviamente, estas disposições não se destinam a alargar o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais, como questão de direito da União Europeia, a qualquer medida de um Estado-Membro. Todavia, não se pode negar que são a expressão de uma convicção profunda de que o respeito dos direitos fundamentais é intrínseco à ordem jurídica comunitária e que, sem ele, a acção comum dos povos europeus e a favor deles seria infrutífera e irrealizável. Nesse sentido, a própria existência da União Europeia funda-se no respeito dos direitos fundamentais. A protecção do «código comum» de direitos fundamentais constitui, por isso, uma exigência existencial para a ordem jurídica comunitária.

20. Neste contexto, o Tribunal cumpre a sua função de garantir a observância, pelos Estados-Membros, dos direitos fundamentais como princípios gerais de direito [14]. A este respeito, deve fazer-se uma distinção entre, por um lado, a competência para fiscalizar qualquer medida nacional à luz dos direitos fundamentais e, por outro, a competência para verificar se os Estados-Membros garantem o nível de tutela necessário em relação aos direitos fundamentais, para poderem adequadamente cumprir as suas outras obrigações como membros da União. O primeiro tipo de fiscalização não existe ainda e não faz parte das actuais competências da União. No entanto, o segundo tipo de fiscalização decorre logicamente da natureza do processo de integração europeia. Serve para garantir a existência das condições essenciais para o funcionamento adequado

13 — Artigo 49.º UE.

14 — V., por exemplo, acórdãos de 18 de Junho de 1991, ERT (C-260/89, Colect., p. I-2925); de 11 de Julho de 2002, Carpenter (C-60/00, Colect., p. I-6279); e de 16 de Junho de 2005, Pupino (C-105/03, Colect., p. I-5285). A caracterização pelo Tribunal de Justiça dos direitos fundamentais como «parte integrante dos princípios gerais do direito, cuja observância lhe incumbe garantir», decorre já dos acórdãos de 14 de Maio de 1974, Nold/Comissão (4/73, Colect., p. 283, n.º 13); de 13 de Dezembro de 1979, Hauer (44/79, Recueil, p. 3727, n.º 15); e de 17 de Dezembro de 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Colect. 1969-1970, p. 625, n.º 4). Cabe ainda observar que estes três últimos casos diziam respeito à obrigação de respeito dos direitos fundamentais por parte das instituições comunitárias.

da ordem jurídica comunitária e para o exercício efectivo de muitos dos direitos concedidos aos cidadãos europeus. Embora o grau de protecção dos direitos fundamentais a nível nacional não precise de ser exactamente igual ao grau de protecção dos direitos fundamentais a nível da União Europeia, deve haver alguma medida de equivalência de modo a assegurar que o direito da União possa funcionar eficazmente no seio da ordem jurídica nacional.

21. À primeira vista, este cenário pode parecer pouco provável mas não descarto, à partida, a ideia de que possa ocorrer uma violação grave e continuada dos direitos fundamentais num Estado-Membro, tornando impossível a esse Estado cumprir com as suas obrigações comunitárias e limitando, de facto, a possibilidade de as pessoas beneficiarem plenamente dos direitos que lhes foram conferidos pelo direito comunitário. Seria difícil, por exemplo, imaginar cidadãos da União que exercem os seus direitos de livre circulação num Estado-Membro em que há lacunas sistémicas na protecção dos direitos fundamentais. Estas lacunas sistémicas corresponderiam, efectivamente, a uma violação das normas relativas à livre circulação.

22. A minha sugestão não é a de que qualquer violação dos direitos fundamentais na acepção do artigo 6.º, n.º 2, UE constitua, em si mesma, uma infracção às normas relativas à livre circulação. Apenas as violações graves e continuadas que evidenciam um problema de natureza sistémica na protecção dos direitos fundamentais no Estado-Membro em questão poderiam, em meu entender, qualificar-se de violações das normas relativas à livre circulação, em virtude da ameaça directa que representam para a dimensão transnacional da cidadania europeia e para a integridade da ordem jurídica comunitária. Mas, desde que a protecção dos direitos fundamentais num Estado-Membro não seja, nesse sentido, seriamente insuficiente, considero que o Tribunal só devia fiscalizar a conformidade das medidas nacionais com os direitos fundamentais, quando essas medidas se enquadrem no âmbito de aplicação da competência do Tribunal de Justiça conforme definida na sua jurisprudência actual [15].

23. Quanto ao presente caso, proponho que o Tribunal de Justiça permaneça fiel à sua tese convencional. Não pretendo com isto dizer que a primeira questão submetida pelo tribunal nacional, no que respeita ao direito à liberdade de expressão, seja desprovida de relevância. No entanto, como veremos, a sua relevância é acessória em relação à questão de saber se houve uma restrição à livre circulação.

## III — Reformulação das questões submetidas a título prejudicial

24. Isto conduz-nos às outras questões colocadas pelo órgão jurisdicional nacional.

15 — V., em particular, acórdãos de 13 de Julho de 1989, Wachauf (5/88, Colect., p. 2609); ERT, já referido na nota 14; de 25 de Março de 2004, Karner (C-71/02, Colect., p. I-3025); e Pupino, já referido na nota 14.

Infelizmente, a formulação dessas questões é problemática sob vários aspectos. Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio pede essencialmente ao Tribunal de Justiça que determine se a legislação nacional é compatível com o direito comunitário. Todavia, nos termos do processo de reenvio prejudicial, não compete ao Tribunal de Justiça fazer esta apreciação. Cabe-lhe unicamente fornecer uma interpretação das disposições relevantes de direito comunitário. É ao órgão jurisdicional de reenvio que compete determinar se o seu direito interno é compatível com essas disposições [16].

25. Além do mais, é necessário limitar o âmbito do pedido de decisão prejudicial do órgão jurisdicional de reenvio. As questões do Consiglio di Stato tocam em vários aspectos da legislação italiana. No entanto, seria desapropriado o Tribunal de Justiça tratar de questões de direito comunitário que não são necessárias à resolução do litígio no processo principal. O Tribunal de Justiça tem declarado que tais questões são inadmissíveis [17]. Em conformidade com essa jurisprudência, não examinarei as questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio relativas às condições de admissão para a obtenção de licenças de televisão digital e à nova definição, nos termos da lei Gasparri, do mercado relevante da radiodifusão televisiva.

26. Uma outra parte do pedido de decisão prejudicial é inadmissível por outra razão. No contexto do processo de reenvio prejudicial, é importante que o órgão jurisdicional nacional defina as circunstâncias de facto das questões que coloca, para que o Tribunal de Justiça possa fornecer uma interpretação útil das disposições de direito comunitário relevantes [18]. Conforme declarou o Tribunal de Justiça no acórdão Telemarsicabruzzo, isto é «particularmente válid[o] no domínio da concorrência, que se caracteriza por situações de facto e de direito complexas» [19].

27. Ao solicitar, com a sua segunda questão, uma interpretação das regras de concorrência do Tratado, o órgão jurisdicional de reenvio parece referir-se principalmente ao artigo 86.º, n.º 1, CE, em conjugação com o artigo 82.º CE. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, um Estado-Membro infringe as proibições estabelecidas pelas duas disposições quando confere direitos especiais ou exclusivos a uma empresa que «seja levada, pelo simples exercício [desses direitos], a explorar a sua posição dominante de modo abusivo ou quando esses direitos possam criar uma situação em que essa empresa seja levada a cometer esses abusos» [20]. No entanto, a decisão de reenvio

16 — V., por exemplo, acórdãos de 23 de Março de 2006, Enirisorse (C-237/04, Colect., p. I-2843, n.º 24), e de 9 de Setembro de 2003, Jaeger (C-151/02, Colect., p. I-8389, n.º 43).

17 — V., neste sentido, acórdãos de 3 de Fevereiro de 1983, Robards (149/82, Recueil, p. 171, n.º 19); de 16 de Julho de 1992, Meilicke (C-83/91, Colect., p. I-4871, n.º 25); e de 21 de Março de 2002, Cura Anlagen (C-451/99, Colect., p. I-3193, n.º 26).

18 — V., por exemplo, acórdãos de 13 de Julho de 2006, Manfredi (C-295/04, Colect., p. I-6619, n.º 27), e de 14 de Setembro de 2006, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie (C-138/05, Colect., p. I-8339, n.º 30).

19 — Acórdão de 26 de Janeiro de 1993, Telemarsicabruzzo e o. (C-320/90, C-321/90 e C-322/90, Colect., p. I-393, n.º 7). V., também, acórdãos de 5 de Dezembro de 2006, Cipolla e o. (C-94/04 e C-202/04, Colect., p. I-11421, n.º 25); de 13 de Março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Colect., p. I-2099, n.º 39); e de 15 de Junho de 2006, Acereda Herrera (C-466/04, Colect., p. I-5341, n.º 48).

20 — V., por exemplo, acórdãos de 25 de Outubro de 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Colect., p. I-8089, n.º 39); de 12 de Setembro de 2000, Pavlov e o. (C-180/98 a C-184/98, Colect., p. I-6451, n.º 127); e de 30 de Março de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Colect., p. I-2941, n.º 23).

não contém nenhuma indicação relativa, nomeadamente, à definição do mercado relevante, ao cálculo das quotas de mercado detidas pelas várias empresas que operam nesse mercado ou ao alegado abuso de posição dominante. Nestas circunstâncias, a questão do órgão jurisdicional de reenvio relativa às regras da concorrência do Tratado deve ser julgada inadmissível [21].

28. Na medida em que o pedido de decisão prejudicial seja admissível, este suscita essencialmente a seguinte questão fundamental: «O direito comunitário opõe-se a uma legislação nacional que permite que os prestadores de serviços de radiodifusão televisiva de âmbito nacional existentes prossigam as suas transmissões através de radiofrequências, bloqueando deste modo a libertação das radiofrequências para os novos operadores que obtiveram o direito de prestar os mesmos serviços?» Vou examinar esta questão com referência ao artigo 49.º CE [22] e ao quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas [23].

29. Poderia arguir-se que, reformulado desta forma, o pedido de decisão prejudicial, na medida em que diz respeito ao artigo 49.º CE, se afunda, mesmo assim, nas águas da inadmissibilidade, pois os factos em causa no processo principal não parecem conter elementos transfronteiriços. No entanto, este argumento não é convincente.

30. Nos acórdãos Guimont [24] e Anomar e o. [25], o Tribunal de Justiça aceitou as questões que lhe foram submetidas pelo órgão jurisdicional nacional respeitantes às normas do Tratado relativas à livre circulação, apesar de terem sido suscitadas num litígio sem elementos transfronteiriços. De igual modo, no acórdão Cipolla e o., onde os factos do caso se cingem ao território italiano, o Tribunal declarou que «pode ser útil ao órgão jurisdicional de reenvio obter uma resposta, designadamente no caso de o direito nacional impor, num processo tal como o do caso em apreço, que um cidadão italiano beneficie dos mesmos direitos que os que um cidadão de outro Estado-Membro diferente da República Italiana extrairia do direito comunitário na mesma situação» [26]. Em meu entender, esta tese é justificada à luz do espírito de cooperação entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça e face à necessidade de evitar a aplicação do direito nacional em conjugação com a aplicação do direito

21 — V., também, por exemplo, acórdão de 17 de Fevereiro de 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, Colect., p. I-1167, n.os 25 a 29).

22 — Pode também alegar-se que o artigo 43.º CE é igualmente relevante. No entanto, não considero necessário examinar o presente caso à luz do artigo 49.º CE e do artigo 43.º CE, uma vez que, em minha opinião, ambos conduziriam ao mesmo resultado.

23 — Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas («directiva-quadro») (JO L 108, p. 33). V. também Directiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações electrónicas («directiva autorização») (JO L 108, p. 21); e Directiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos («directiva acesso») (JO L 108, p. 7).

24 — Acórdão de 5 de Dezembro de 2000 (C-448/98, Colect., p. I-10663, n.os 22 e 23).

25 — Acórdão de 11 de Setembro de 2003 (C-6/01, Colect., p. I-8621, n.os 39 a 41).

26 — Já referido na nota 19, n.º 30. V. também acórdão Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, já referido na nota 20, n.º 29. O Tribunal de Justiça adoptou essencialmente a mesma posição no acórdão de 13 de Janeiro de 2000, TK-Heimdienst (C-254/98, Colect., p. I-151).

comunitário que determine um tratamento desfavorável para os próprios nacionais de um Estado-Membro [27]. Por conseguinte, o Tribunal deve, também no presente caso, fazer uma interpretação do artigo 49.º CE.

## IV — Apreciação

31. Os Estados-Membros não são obrigados, por força do Tratado, a privatizar determinados sectores do mercado. Em princípio, o Tratado permite-lhes manter monopólios estatais ou certas empresas em regime de propriedade pública [28]. No entanto, não lhes confere o direito de restringir de forma selectiva o acesso dos operadores do mercado a certos sectores económicos, uma vez privatizados esses sectores [29].

32. Por consequência, o direito comunitário, normalmente, não concede aos operadores o direito de exercerem a sua actividade num determinado sector. No entanto, o Tratado proíbe restrições que tornem mais difícil o acesso ao mercado nacional para os operadores de outros Estados-Membros do que para os operadores nacionais [30]. De acordo com as normas relativas à livre circulação, qualquer medida de um Estado-Membro que possa, efectiva ou potencialmente, ter esse efeito, só pode ser confirmada se a medida for adequada e necessária à prossecução de um interesse público legítimo e se o impacto diferente que causar nos operadores nacionais e nos operadores de outros Estados-Membros for proporcionado às diferenças objectivas entre esses operadores [31].

33. As medidas nacionais que limitam o número de operadores num determinado sector do mercado podem restringir a livre circulação, visto que essas medidas implicam o risco de poder solidificar a estrutura do mercado nacional e proteger os operadores que já tenham alcançado uma posição de força nesse sector. Estes operadores, além do mais, são provavelmente operadores nacionais. As restrições ao número de operadores num sector do mercado nacional devem, portanto, ser justificadas.

34. Como o acórdão Placanica exemplifica, é possível justificar um sistema de licenciamento que limita o número total de operadores no território nacional, à luz

27 — V. também n.os 121 a 154 das conclusões da advogada-geral E. Sharpston, apresentadas em 28 de Junho de 2007, no processo C-212/06, Governo da Comunidade francesa e Governo da Valónia, pendente no Tribunal de Justiça, e os n.os 61 a 63 das minhas conclusões no processo Carbonati Apuani, apresentadas em 6 de Maio de 2004 (acórdão de 9 de Setembro de 2004, C-72/03, Colect., p. I-8027).

28 — V. os artigos 31.º CE e 86.º, n.º 1, CE e, por exemplo, acórdãos de 5 de Junho de 2007, Rosengren e o. (C-170/04, ainda não publicado na Colectânea); de 23 de Outubro de 1997, Franzén (C-189/95, Colect., p. I-5909); e de 21 de Setembro de 1999, Läärä e o. (C-124/97, Colect., p. I-6067).

29 — V. n.º 26 das minhas conclusões, apresentadas em 7 de Setembro de 2006, nos processos apensos C-463/04 e C-464/04, Federconsumatori e o., pendentes no Tribunal de Justiça.

30 — V., por exemplo, acórdão de 8 de Setembro de 2005, Mobistar e Belgacom Mobile (C-544/03 e C-545/03, Colect., p. I-7723, n.os 31 a 33).

31 — V., por exemplo, acórdão de 11 de Dezembro de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Colect., p. I-14887), e as minhas conclusões, apresentadas em 13 de Julho de 2006, no processo Ahokainen e Leppik (acórdão de 28 de Setembro de 2006, C-434/04, Colect., p. I-9171).

de considerações de interesse público [32]. Assim, um limite nacional do número total de operadores num determinado sector do mercado de serviços poderia, em princípio, ser considerado admissível ao abrigo do artigo 49.º CE. No entanto, isso exigiria não só uma razão legítima para limitar o número de operadores mas também um processo de selecção que excluísse qualquer discriminação arbitrária, dando garantias suficientes de que a atribuição de uma licença é feita com base em critérios objectivos. Por conseguinte, quando um Estado-Membro concede uma licença, deve observar processos transparentes e não discriminatórios. O objectivo desta exigência é garantir que os operadores em toda a Comunidade tenham as mesmas oportunidades no acesso a qualquer parte do mercado interno.

35. O mesmo raciocínio subjaz às normas comunitárias que regem os processos de adjudicação de contratos públicos e licenciamentos. Estes processos são regidos pelos princípios da não discriminação e da transparência. Em determinados domínios, o direito derivado desenvolve esses princípios e estabelece regras específicas em matéria de contratos públicos [33]. No entanto, mesmo em relação aos contratos que não se enquadram no âmbito dessas regras harmonizadas, o Tribunal declarou que os Estados-Membros devem respeitar os princípios da não discriminação e da transparência, por força do direito comunitário primário [34].

36. O mesmo se pode dizer de uma situação em que um Estado-Membro atribui, a um número limitado de operadores privados, o direito de prestar serviços de radiodifusão televisiva de âmbito nacional por radiofrequências. Os Estados-Membros podem querer restringir o acesso a esse mercado concreto, colocando assim obstáculos à liberdade de prestação de serviços. A restrição pode ser justificada por razões de ordem pública, se for adequada e necessária para reduzir o risco de interferência radioeléctrica nociva, a menos que tal restrição dê origem a uma discriminação arbitrária. Consequentemente, o concurso público para atribuição de licenças de prestação de serviços de radiodifusão de âmbito nacional deve, por força do artigo 49.º CE, obedecer ao princípio da não discriminação e ao dever da transparência daí decorrente.

37. Estes princípios ocupam também uma posição importante no quadro regulamentar comum para as redes e serviços de

32 — Acórdão de 6 de Março de 2007 (C-338/04, C-359/04 e C-360/04, ainda não publicado na Colectânea, n.º 53). V. também o acórdão do Tribunal da EFTA de 30 de Maio de 2007, Ladbrokes (E-3/06, n.os 40 a 48).

33 — Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO L 134, p. 114), alterada pela última vez pela Directiva 2006/97/CE do Conselho, de 20 de Novembro de 2006 (JO L 363, p. 107); Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 134, p. 1), alterada pela última vez pela Directiva 2006/97/CE do Conselho, de 20 de Novembro de 2006 (JO L 363 p. 107).

34 — Acórdãos de 6 de Abril de 2006, ANAV (C-410/04, Colect., p. I-3303, n.º 21); de 21 de Julho de 2005, Coname (C-231/03, Colect., p. I-7287, n.º 17); de 13 de Outubro de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Colect., p. I-8585, n.os 48 e 49); de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress (C-324/98, Colect., p. I-10745, n.º 62). V., também, a Comunicação interpretativa da Comissão, de 23 de Junho de 2006, sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos (JO C 179, p. 2).

comunicações electrónicas [35]. O quadro comum, que incumbia aos Estados-Membros transpor para o ordenamento jurídico interno até 25 de Julho de 2003, estabelece normas para a gestão das radiofrequências e o processo para limitar os direitos de uso dessas frequências. O artigo 9.º, n.º 1, da directiva-quadro dispõe que «[o]s Estados-Membros [...] [d]everão assegurar que a atribuição e consignação [de] radiofrequências pelas autoridades reguladoras nacionais se baseie em critérios objectivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais». De igual modo, o artigo 7.º, n.º 3, da directiva autorização dispõe que «[s]e a concessão de direitos de utilização de radiofrequências tiver de ser limitada, os Estados-Membros conferirão esses direitos com base em critérios de selecção objectivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais». Assim, o quadro regulamentar comum desenvolve-se com base em princípios que decorrem do Tratado.

38. O respeito destes princípios implica naturalmente que os Estados-Membros levem até ao fim a decisão de atribuir licenças de transmissão aos operadores que foram seleccionados em conformidade com processos transparentes e não discriminatórios. O próprio objectivo desses processos ficaria inviabilizado se um Estado-Membro não respeitasse o seu resultado e, em vez disso, autorizasse os operadores privados existentes a ocupar indefinidamente o mercado, frustrando assim a aplicação das normas relativas à livre circulação.

35 — V. nota 22.

Conforme afirma correctamente a Comissão na sua comunicação sobre as concessões, «o respeito do princípio da igualdade de tratamento exige não apenas a fixação de condições não discriminatórias de acesso a uma actividade económica mas também que as autoridades públicas tomem todas as medidas susceptíveis de assegurar o exercício dessa actividade» [36]. Por conseguinte, quanto à atribuição de licenças de radiodifusão televisiva de âmbito nacional a operadores privados, o direito comunitário exige que sejam instituídos processos de selecção transparentes e não discriminatórios e, além disso, que seja assegurado pleno efeito ao resultado desses processos.

39. É tanto mais imperativo que estas condições estejam preenchidas numa situação como a que está em causa no processo principal, em que o concurso público para atribuição de licenças de radiodifusão televisiva se fez para assegurar o pluralismo dos meios de comunicação social. O papel de «editores» da esfera pública, frequentemente desempenhado pelos meios de comunicação social [37], é essencial à promoção e à protecção de uma sociedade aberta e inclusiva, onde se apresentam e se discutem ideias diferentes quanto ao bem comum. A este respeito, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sublinhou que o papel fundamental da liberdade de expressão numa sociedade democrática, em particular quando está ao serviço da transmissão de informação e de ideias ao público,

36 — Comunicação interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário (JO 2000, C 121, p. 2).

37 — V. Pettit, P. — *Republicanism, A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 168.

«não pode ser realizado com sucesso se não estiver fundado no princípio do pluralismo, do qual o Estado é o garante fundamental» [38]. Por isso, a aplicação do direito comunitário no domínio dos serviços de radiodifusão televisiva de âmbito nacional é orientada pelo princípio do pluralismo, assumindo, além do mais, uma importância especial nos casos em que reforça a protecção desse princípio [39].

40. Daqui decorre que os órgãos jurisdicionais nacionais, que têm o dever de garantir a aplicação efectiva do direito comunitário, devem examinar atentamente as razões apresentadas por um Estado-Membro para procurar atrasar a atribuição de frequências a um operador que obteve uma licença de radiodifusão televisiva de âmbito nacional através de um concurso público e, se necessário, ordenar medidas adequadas para assegurar que o exercício dessa actividade não reste uma mera ilusão.

41. As regras e condições para a obtenção de reparação nos tribunais nacionais são, em princípio, uma questão de direito interno [40]. No entanto, vale a pena salientar que quando as normas jurídicas internas não prevêem um meio de tutela eficaz, o direito comunitário exige, não obstante, que os tribunais nacionais concedam essa tutela, de forma a evitar uma situação em que «a plena eficácia das normas comunitárias seria posta em causa e a protecção dos direitos que as mesmas reconhecem estaria enfraquecida» [41].

42. A Comissão salientou, nas suas observações escritas, que se deveria atender às expectativas legítimas e ao direito de propriedade dos operadores existentes. É impossível analisar esta questão em pormenor com base na informação apresentada ao Tribunal de Justiça no presente processo. Concordo com a tese de que, na aplicação do direito comunitário, o princípio das expectativas legítimas e o direito de propriedade devem ser respeitados como princípios gerais de direito. No entanto, embora a observância destes princípios possa exigir que o Estado compense os operadores existentes, não justifica necessariamente a manutenção de uma situação em que os direitos dos novos operadores deixam de ter qualquer valor face aos direitos consolidados dos operadores existentes [42].

38 — TEDH, acórdão Informationsverein Lentia e o. de 24 de Novembro de 1993, série A, n.º 276, § 38.

39 — A esse respeito, o presente caso é manifestamente diferente do processo Comissão/Países Baixos (acórdão de 25 de Julho de 1991, C-353/89, Colect., p. I-4069), no qual a protecção do princípio do pluralismo foi indicada como uma razão para derrogar as normas relativas à livre circulação, pois, conforme foi alegado, a aplicação dessas regras teria, de outro modo, posto em causa, e não reforçado, os esforços para assegurar o pluralismo dos meios de comunicação social. V., também, acórdão de 26 de Junho de 1997, Familiapress (C-368/95, Colect., p. I-3689).

40 — V., por exemplo, acórdão de 14 de Dezembro de 1995, Van Schijndel e Van Veen (C-430/93 e C-431/93, Colect., p. I-4705, n.º 17).

41 — Acórdão de 19 de Novembro de 1991, Francovich e o. (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357, n.º 33). V., também, acórdãos de 19 de Maio de 1990, Factortame e o. (C-213/89, Colect., p. I-2433, n.º 21), e de 2 de Agosto de 1993, Marshall (C-271/91, Colect., p. I-4367, n.ºs 22 e 30 a 31).

42 — V., no mesmo sentido, acórdão de 18 de Julho de 2007, Comissão/Alemanha (C-503/04, ainda não publicado na Colectânea).

## V — Conclusão

43. Pelas razões acima expostas, sou de opinião que se deve responder do seguinte modo às questões submetidas pelo Consiglio di Stato:

«O artigo 49.º CE exige que a atribuição de um número limitado de licenças de radiodifusão televisiva de âmbito nacional a operadores privados seja feita em conformidade com processos de selecção transparentes e não discriminatórios e, além disso, que seja assegurado pleno efeito ao resultado desses processos.

Os órgãos jurisdicionais nacionais devem examinar atentamente as razões apresentadas por um Estado-Membro para procurar atrasar a atribuição de frequências a um operador que obteve deste modo uma licença de radiodifusão televisiva de âmbito nacional e, se necessário, ordenar medidas adequadas para assegurar que o exercício dessa actividade não reste uma mera ilusão.»