ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

8 de Julho de 2010 *

No processo C-171/08,

que tem por objecto uma acção por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE, entrada em 21 de Abril de 2008,

Comissão Europeia, representada por E. Montaguti, M. Teles Romão e P. Guerra e Andrade, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

demandante,

contra

República Portuguesa, representada por L. Inez Fernandes, na qualidade de agente, assistido por M. Gorjão Henriques, advogado,

demandada,

* Língua do processo: português.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: A. Tizzano (relator), presidente de secção, E. Levits, M. Ilešič, M. Safjan e M. Berger, juízes,

advogado-geral: P. Mengozzi,
secretário: M. Ferreira, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 29 de Outubro de 2009,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 2 de Dezembro de 2009,

profere o presente

Acórdão

1 Na petição, a Comissão das Comunidades Europeias pede que o Tribunal de Justiça declare que a República Portuguesa, ao manter na Portugal Telecom SGPS SA (a seguir «PT») direitos especiais do Estado e de outras entidades públicas, atribuídos em conexão com acções privilegiadas («golden shares») do Estado na PT, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 56.º CE e 43.º CE.

Quadro jurídico

Legislação nacional

2 O artigo 15.º, n.º 3, da Lei-Quadro das Privatizações, de 5 de Abril de 1990 (*Diário da República*, I série, n.º 80, de 5 de Abril de 1990, a seguir «LQP»), prevê a possibilidade de criar acções privilegiadas nos termos seguintes:

«Poderá ainda o diploma referido no n.º 1 do artigo 4.º [que aprova os estatutos da empresa a privatizar ou a transformar em sociedade anónima] e também a título excepcional, sempre que razões de interesse nacional o requeiram, prever a existência de acções privilegiadas, destinadas a permanecer na titularidade do Estado, as quais, independentemente do seu número, concederão direito de veto quanto às alterações do pacto social e outras deliberações respeitantes a determinadas matérias, devidamente tipificadas nos mesmos estatutos.»

3 O artigo 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 44/95, de 22 de Fevereiro de 1995, que aprovou a primeira fase de privatização, dispõe:

«Se o contrato de sociedade da [PT] previr a existência de acções a que correspondam direitos especiais, salvo o caso de acções com direito a dividendo prioritário, essas acções serão obrigatoriamente detidas, em maioria, pelo Estado ou por outros entes públicos.»

Estatutos da PT

4 Resulta dos autos que, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, dos estatutos da PT, o capital social desta sociedade é composto por 1 025 800 000 acções ordinárias e 500 acções da categoria A.

5 Segundo o artigo 5.º, n.º 1, dos estatutos da PT, as acções da categoria A serão detidas maioritariamente pelo Estado ou por entidades que pertençam ao sector público e gozam de certos privilégios, que consistem em direitos especiais, previstos nos artigos 14.º, n.º 2, e 19.º, n.º 2, dos referidos estatutos.

6 Estas últimas disposições enumeram os referidos direitos especiais da seguinte forma:

— no que respeita à eleição de um terço do número total de administradores, incluído o presidente do conselho de administração, a maioria dos votos tem de incluir a maioria dos votos conferidos às acções pertencentes à categoria A, quer dizer, tem de incluir os votos do Estado e de outras entidades públicas;

— consoante a comissão executiva, escolhida de entre os membros do conselho de administração, seja composta por cinco ou sete membros, um ou dois dos seus membros, respectivamente, têm de ter sido eleitos com a maioria dos votos conferidos às acções pertencentes à categoria A;

— se o conselho de administração encarregar especialmente algum ou alguns administradores de se ocuparem de certas matérias de administração, deve ser nomeado pelo menos um dos administradores eleitos com a maioria dos votos conferidos às acções pertencentes à categoria A;

— nenhuma deliberação da assembleia-geral relativa às matérias a seguir enumeradas pode ser aprovada contra a maioria de votos correspondentes às acções da categoria A:

  — a aplicação dos resultados do exercício;

  — as alterações dos estatutos e aumentos de capital;

  — a limitação ou supressão do direito de preferência;

  — a fixação de parâmetros para aumentos de capital;

  — a emissão de obrigações ou outros valores mobiliários e a fixação do valor daquelas que o conselho de administração pode autorizar, bem como a limitação ou supressão de direito de preferência na emissão de obrigações convertíveis em acções e a fixação de parâmetros para emissões pelo conselho de administração de obrigações dessa natureza;

— a deslocação da sede para qualquer local do território nacional;

— a autorização da titularidade por accionistas que exerçam actividade concorrente com a actividade desenvolvida pelas sociedades em relação de domínio com a PT, de acções ordinárias representativas de mais de 10% do capital social;

— nenhuma deliberação da assembleia-geral de aprovação dos objectivos gerais e dos princípios fundamentais das políticas da PT, de definição dos princípios gerais de política de participações em sociedades ou agrupamentos e de aquisições e alienações pode ser aprovada contra a maioria de votos correspondentes às acções da categoria A.

Antecedentes do litígio e procedimento pré-contencioso

7 O sector das telecomunicações português sofreu, desde 1992, um vasto processo de reestruturação, concluído com a constituição, em 1994, da PT, sociedade gestora de participações sociais criada no seguimento da fusão de várias empresas de capital exclusivamente público.

8 O processo de privatização da PT iniciou-se em 1995. Desenrolou-se em cinco fases sucessivas, no âmbito do regime estabelecido pela LQP.

9 Em 4 de Agosto de 1995, altura em que o Estado português detinha 54,2% do capital social da PT, foram aprovados os estatutos desta sociedade.

10 Com a conclusão da quinta fase de privatização, foram alienadas todas as participações públicas na PT, com excepção de 500 acções da categoria A, a que, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, dos estatutos da PT, são conferidos direitos especiais e, que, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 44/95, são maioritariamente detidas pelo Estado ou por outras entidades públicas.

11 Em 19 de Dezembro de 2005, a Comissão enviou uma notificação para cumprir à República Portuguesa, na qual a acusava de ter violado as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 56.º CE e 43.º CE, devido à detenção pelo Estado e por outras entidades públicas de acções privilegiadas a que são conferidos direitos especiais no capital social da PT.

12 Não satisfeita com a resposta apresentada pela República Portuguesa por ofício de 21 de Fevereiro de 2006, a Comissão enviou, em 10 de Abril de 2006, um parecer fundamentado a esse Estado-Membro, convidando-o a dar-lhe cumprimento no prazo de dois meses a contar da recepção do referido parecer. Por ofício de 24 de Julho de 2006, a República Portuguesa contestou o incumprimento imputado.

13 Tendo considerado que a República Portuguesa não tinha aprovado as medidas necessárias para dar cumprimento ao parecer fundamentado, a Comissão decidiu intentar a presente acção.

Quanto à acção

Quanto à admissibilidade da acção

Argumentos das partes

14 Na contestação, a República Portuguesa contesta, a título liminar, a admissibilidade da acção com base em dois fundamentos. Em primeiro lugar, considera que a Comissão, na medida em que não juntou aos autos os textos normativos nem os estatutos da PT que contêm as disposições que concretizam o incumprimento imputado, não respeitou as normas relativas ao ónus da prova e, por conseguinte, fundamentou a sua acção em simples presunções.

15 Em segundo lugar, defende que a acção é parcialmente inadmissível na medida em que a Comissão apresentou na petição alegações novas que não constavam do parecer fundamentado e, deste modo, ampliou o objecto do litígio tal como fora definido na fase pré-contenciosa do procedimento. A República Portuguesa refere-se, a este respeito, nomeadamente, às normas estatutárias com fundamento nas quais o Estado tem alegadamente uma influência acrescida em relação à escolha dos membros da comissão executiva ou detém poderes especiais, como um direito de veto das decisões respeitantes à venda de activos importantes, à fusão com outras sociedades e às mudanças de propriedade da empresa.

16 A Comissão refuta todas estas alegações.

17 No que se refere, por um lado, ao ónus da prova, alega no essencial que, na medida em que a infracção é imputada à República Portuguesa e não à PT, a prova da infracção está sobretudo relacionada com o comportamento do referido Estado-Membro e não com os estatutos da PT. Assim, não é necessário que a Comissão apresente os referidos estatutos a fim de provar o incumprimento imputado. De qualquer modo, a própria República Portuguesa admitiu na resposta à notificação para cumprir a existência das disposições dos referidos estatutos, bem como a dos direitos especiais do Estado previstos nestas disposições, e contestou, precisamente com fundamento nestas, a infracção que lhe é imputada.

18 Por outro lado, quanto à alegada extensão do objecto do litígio, a Comissão alega que a fase da instrução do procedimento por incumprimento visa investigar eventuais elementos de facto e de direito suficientes para suportar a suspeita de infracção e não tratar, de forma exaustiva e pormenorizada, todos os elementos que constituem o incumprimento. Assim, a Comissão considera que se podia limitar, na fase pré-contenciosa, a evocar, de maneira geral, os poderes especiais do Estado na PT e precisar posteriormente, na petição, o teor das suas acusações.

Apreciação do Tribunal

19 No que diz respeito à primeira excepção de inadmissibilidade, importa salientar à partida que, segundo jurisprudência assente, no âmbito de uma acção por incumprimento intentada nos termos do artigo 226.º CE, compete à Comissão, que tem o ónus de provar a existência do incumprimento alegado, apresentar ao Tribunal de Justiça os elementos necessários para que este verifique a existência do referido incumprimento, não podendo fundamentar-se numa qualquer presunção (v., designadamente, acórdãos de 6 de Novembro de 2003, Comissão/Reino Unido, C-434/01, Colect., p. I-13239, n.º 21, e de 14 de Junho de 2007, Comissão/Finlândia, C-342/05, Colect., p. I-4713, n.º 23).

20 Ora, embora seja verdade que a Comissão não juntou à petição o texto integral da legislação nacional pertinente e dos estatutos da PT, não é menos certo que, tanto na petição como no parecer fundamentado junto a esta, a Comissão reproduziu e explicou, por diversas ocasiões, o teor das disposições da referida regulamentação e dos referidos estatutos nos quais fundou a sua acção por incumprimento.

21 Além disso, como salientou o advogado-geral no n.º 27 das suas conclusões, o Governo português nunca contestou a existência destas disposições nem o seu teor, tal como descrito pela Comissão tanto durante a fase pré-contenciosa como no Tribunal de Justiça. Pelo contrário, esse governo confirmou, precisamente com fundamento nestes textos, que o Estado português detinha acções privilegiadas na PT a que são conferidos os direitos especiais evocados pela Comissão.

22 Além disso, a leitura integral dos textos dos estatutos da PT, apresentados pelas partes na sequência de um pedido expresso do Tribunal de Justiça, permitiu constatar a veracidade das alegações da Comissão quanto ao conteúdo das disposições dos referidos estatutos e dos direitos especiais detidos pelo Estado.

23 Nestas condições, não se pode considerar que a Comissão se baseou em simples presunções sem apresentar os elementos de prova necessários para permitir ao Tribunal de Justiça apreciar o incumprimento imputado à República Portuguesa.

24 Daqui resulta que a primeira excepção de inadmissibilidade deve ser julgada improcedente.

25 No que se refere à segunda excepção de inadmissibilidade, importa recordar que, nos termos de jurisprudência assente, o objecto de uma acção por incumprimento intentada nos termos do artigo 226.º CE é delimitado no parecer fundamentado da Comissão, de forma que a acção deve basear-se nos mesmos fundamentos e argumentos deste parecer (v. acórdão de 8 de Dezembro de 2005, Comissão/Luxemburgo, C-33/04, Colect., p. I-10629, n.º 36 e jurisprudência referida).

26 No entanto, esta exigência não pode ir ao ponto de impor, em todos os casos, a coincidência perfeita entre o enunciado das acusações no dispositivo do parecer fundamentado e os pedidos formulados na petição, quando o objecto do litígio, tal como definido no parecer fundamentado, não tenha sido ampliado ou alterado (v. acórdãos de 14 de Julho de 2005, Comissão/Alemanha, C-433/03, Colect., p. I-6985, n.º 28, e de 7 de Setembro de 2006, Comissão/Reino Unido, C-484/04, Colect., p. I-7471, n.º 25).

27 Ora, importa declarar que, no caso em apreço, a Comissão não ampliou nem alterou o objecto do litígio tal como definido no parecer fundamentado.

28 A este respeito, é suficiente declarar que, tanto no dispositivo do parecer fundamentado como nos pedidos formulados na petição, a Comissão indicou claramente que acusava a República Portuguesa de não ter dado cumprimento às obrigações que decorrem dos artigos 43.º CE e 56.º CE devido à detenção, pelo Estado e por outras entidades públicas, de acções privilegiadas a que são conferidos direitos especiais na PT.

29 Assim, o facto de a Comissão ter indicado pormenorizadamente na petição as acusações que já tinha invocado em termos mais genéricos na notificação para cumprir e no parecer fundamentado, fazendo referência a outros direitos especiais detidos pelo Estado português na PT, não alterou o objecto do incumprimento alegado e, por conseguinte, não tem qualquer incidência no alcance do litígio (v., neste sentido, acórdão de 27 de Novembro de 2003, Comissão/Finlândia, C-185/00, Colect., p. I-14189, n.ºs 84 a 87).

30 Tendo em conta o que precede, há que julgar igualmente improcedente a segunda excepção de inadmissibilidade suscitada pela República Portuguesa e, por consequência, declarar admissível a acção da Comissão.

Quanto ao incumprimento das obrigações resultantes dos artigos 56.º CE e 43.º CE

Argumentos das partes

31 Antes de mais, segundo a Comissão, a criação de acções privilegiadas na PT não decorre de uma aplicação normal do direito das sociedades e constitui, de qualquer modo, uma medida estatal que é abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 56.º, n.º 1, CE.

32 A este respeito, a Comissão defende que as acções privilegiadas em questão, ao contrário do que afirmam as autoridades portuguesas, não podem ser consideradas de natureza exclusivamente privada. Com efeito, apesar de os direitos especiais que lhes são conferidos se encontrarem apenas previstos nos estatutos da PT, estes estatutos foram não só aprovados numa altura em que o Estado português detinha o controlo da sociedade mas devem ser considerados à luz das disposições relevantes da LQP e do Decreto-Lei n.º 44/95. Ora, resulta destes textos normativos que a maioria das referidas acções privilegiadas deve ser atribuída ao Estado e permanecer na propriedade do Estado, dado que as mesmas não são transmissíveis, ao invés das acções privilegiadas de direito privado.

33 A Comissão defende igualmente que a atribuição de acções privilegiadas ao Estado não pode ser subtraída do âmbito de aplicação dos artigos 56.º CE e 43.º CE, nos termos do artigo 295.º CE, que prevê que o Tratado CE em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-Membros. Com efeito, segundo jurisprudência assente (v., em particular, acórdãos de 4 de Junho de 2002, Comissão/Portugal, C-367/98, Colect., p. I-4731, n.º 48, e de 1 de Junho de 1999, Konle, C-302/97, Colect., p. I-3099, n.º 38), os Estados-Membros não podem invocar os seus regimes de propriedade para justificar entraves às liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado decorrentes de um regime de autorização administrativa relativo a empresas privatizadas. Ora, na medida em que os direitos especiais em causa conferem aos seus titulares direitos de veto em relação a diversas deliberações que a PT deve tomar, esses direitos especiais instituem um regime de autorização administrativa.

34 Seguidamente, a Comissão alega essencialmente que a detenção pelo Estado português de direitos especiais na PT entrava os investimentos directos e os investimentos de carteira nesta sociedade e, por esta razão, constitui uma restrição à livre circulação de capitais, bem como à liberdade de estabelecimento.

35 Em particular, estes direitos especiais restringem a possibilidade de participação efectiva dos accionistas na gestão e no controlo da referida sociedade na proporção do valor das acções detidas e privam-nos do poder de tomar decisões estratégicas, como as relativas, nomeadamente, à venda de activos importantes, a alterações significativas dos estatutos, à fusão com outras sociedades e às transferências de propriedade da empresa. Além disso, tais direitos especiais são susceptíveis de dificultar a aquisição de participações de controlo na PT, o que é igualmente incompatível com o artigo 43.º CE.

36 Além disso, a Comissão salienta igualmente que as restrições que decorrem dos direitos especiais detidos pela República Portuguesa na PT não podem ser justificadas por nenhum dos objectivos invocados pelas autoridades nacionais.

37 Em primeiro lugar, no que se refere à necessidade invocada pelas autoridades portuguesas de assegurar a disponibilidade da rede de telecomunicações em caso de crise, de guerra ou de terrorismo, a Comissão considera que, ao contrário do que exige a jurisprudência e, nomeadamente, o acórdão de 13 de Maio de 2003, Comissão/Espanha (C-463/00, Colect., p. I-4581, n.os 71 e 72), essas autoridades não demonstraram a existência de uma «ameaça real e suficientemente grave, que afectasse um interesse fundamental da sociedade», susceptível de justificar as acções em causa por razões de segurança e de ordem públicas.

38 Em segundo lugar, a Comissão contesta a argumentação da República Portuguesa segundo a qual, tendo a PT conservado a gestão das redes de cabo e das redes de cobre, bem como todas as actividades grossistas e retalhistas, a detenção de direitos especiais do Estado na PT era necessária para assegurar um determinado grau de concorrência no mercados das telecomunicações. Segundo a Comissão, com efeito, tal argumentação conduziria à situação paradoxal de dever justificar uma violação do direito comunitário da concorrência com outra violação deste mesmo direito, isto é, a que consiste, no caso em apreço, em invocar as restrições contestadas às liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado.

39 Em terceiro lugar, fazendo a República Portuguesa igualmente referência à necessidade de evitar perturbações no mercado de capitais, a Comissão recorda a jurisprudência, nomeadamente o acórdão Comissão/Portugal, já referido (n.º 52), segundo a qual os motivos de natureza económica não podem servir de justificação a entraves proibidos pelo Tratado.

40 Por fim, a Comissão alega que, de qualquer modo, as restrições em questão contrariam o princípio da proporcionalidade. Com efeito, o exercício dos direitos especiais conferidos às acções da categoria A não está sujeito a qualquer condição, excepto a que visa que esses direitos sejam unicamente utilizados quando o exijam razões de interesse nacional. Ora, mesmo que se admita que os objectivos invocados por esse

Estado-Membro são legítimos, conferir-lhe um poder tão discricionário excederia o que é necessário para os atingir.

41 A República Portuguesa contesta o incumprimento alegado, argumentando, antes de mais, que as acções em causa são meras acções privilegiadas de direito privado que não podem ser equiparadas a «golden shares». Com efeito, o Decreto-Lei n.º 44/95 limita-se a admitir a possibilidade de prever, nos estatutos da PT, acções privilegiadas, sem impor a sua criação. Por conseguinte, a existência destas acções apenas pode ser imputada à vontade da própria sociedade e não ao Estado.

42 Seguidamente, as autoridades portuguesas alegam que a detenção de direitos especiais pelos accionistas constitui um direito fundamental, característico do direito privado ou do direito das sociedades comerciais, que tem, aliás, fundamento no artigo 295.º CE. Compete ao Tribunal de Justiça salvaguardar os referidos direitos, mesmo quando os seus titulares são entidades públicas. Em apoio deste argumento, essas autoridades recordam que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a protecção dos direitos fundamentais constitui um interesse legítimo susceptível de justificar, em princípio, uma restrição às obrigações impostas pelo direito comunitário (acórdão de 18 de Dezembro de 2007, Laval un Partneri, C-341/05, Colect., p. I-11767, n.ºs 91 a 93).

43 Além disso, a República Portuguesa sustenta, a título subsidiário, que mesmo admitindo que a existência das acções privilegiadas em questão seja imputável ao Estado, este facto não pode, porém, constituir uma restrição proibida na acepção dos artigos 56.º CE e 43.º CE, dado que as referidas acções não constituem uma medida estatal que tenha por objecto regular as trocas comerciais ou impedir a livre circulação de serviços ou de capitais. Assim, esse Estado-Membro convida o Tribunal de Justiça a considerar a aplicação no caso em apreço da lógica subjacente ao acórdão de 24 de Novembro de 1993, Keck e Mithouard (C-267/91 e C-268/91, Colect., p. I-6097). Com efeito, dado que estão em causa, no caso em apreço, modalidades não discriminatórias de gestão das participações na sociedade e não modalidades de aquisição

destas participações, não é possível violar a liberdade de circulação de capitais ou a liberdade de estabelecimento.

44 As autoridades portuguesas salientam igualmente que, mesmo admitindo que a existência de direitos especiais na PT constitui uma restrição às liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado e invocadas pela Comissão, essa restrição seria justificada.

45 Esta justificação assenta, por um lado, no facto de a PT ser proprietária do essencial das infra-estruturas de transporte e de difusão das telecomunicações, respondendo, assim, a detenção destes direitos especiais a razões de segurança e de ordem públicas, a fim de garantir a prestação dos serviços de telecomunicações em caso de crise, de guerra, de terrorismo, de riscos naturais e de outros tipos de ameaças. A este respeito, o dito Estado-Membro precisa que, contrariamente à leitura feita pela Comissão do acórdão Comissão/Espanha, já referido, a justificação ligada a essas razões não é condicionada pela existência de uma ameaça actual a um interesse fundamental da sociedade.

46 Por outro lado, a restrição em questão é igualmente justificada pela necessidade de assegurar um certo grau de concorrência no mercado das telecomunicações e de evitar uma eventual perturbação do mercado de capitais, como razões imperiosas de interesse geral.

47 Por fim, segundo a República Portuguesa, os direitos especiais conferidos ao Estado são proporcionados aos objectivos que visam atingir. Com efeito, estes direitos limitam-se a situações particulares e definidas antecipadamente e não diferem de um regime de oposição *a posteriori*. Consequentemente, institui-se um regime comparável ao que foi objecto do acórdão de 4 de Junho de 2002, Comissão/Bélgica (C-503/99, Colect., p. I-4809), regime que o Tribunal de Justiça declarou compatível com o Tratado.

Apreciação do Tribunal

– Quanto ao incumprimento das obrigações decorrentes do artigo 56.º CE

48 A título liminar, há que recordar que, de acordo com jurisprudência consagrada, o artigo 56.º, n.º 1, CE proíbe, em termos gerais, restrições aos movimentos de capitais entre os Estados-Membros (v., designadamente, acórdão de 28 de Setembro de 2006, Comissão/Países Baixos, C-282/04 e C-283/04, Colect., p. I-9141, n.º 18 e jurisprudência referida).

49 Não havendo no Tratado definição do conceito de «movimentos de capitais» na acepção do artigo 56.º, n.º 1, CE, o Tribunal de Justiça reconheceu valor indicativo à nomenclatura dos movimentos de capitais constantes do anexo I da Directiva 88/361/CEE do Conselho, de 24 de Junho de 1988, para a execução do artigo 67.º do Tratado [CE, artigo revogado pelo Tratado de Amesterdão] (JO L 178, p. 5). Assim, o Tribunal de Justiça decidiu que constituem movimentos de capitais na acepção do artigo 56.º, n.º 1, CE, nomeadamente, os investimentos ditos «directos», a saber, os investimentos sob a forma de participação numa empresa pela detenção de acções que confere a possibilidade de participar efectivamente na sua gestão e no seu controlo, assim como os investimentos ditos «de carteira», a saber, os investimentos sob a forma de aquisição de títulos no mercado de capitais com o único objectivo de realizar uma aplicação

financeira sem intenção de influir na gestão e no controlo da empresa (v. acórdão Comissão/Países Baixos, já referido, n.º 19 e jurisprudência referida).

50 No que se refere a estes dois tipos de investimento, o Tribunal de Justiça esclareceu que devem ser qualificadas de «restrições», na acepção do artigo 56.º, n.º 1, CE, as medidas nacionais susceptíveis de impedir ou de limitar a aquisição de acções nas empresas em causa ou que são susceptíveis de dissuadir os investidores dos outros Estados-Membros de investir no capital destas (v. acórdãos Comissão/Portugal, já referido, n.ºs 45 e 46; de 4 de Junho de 2002, Comissão/França, C-483/99, Colect., p. I-4781, n.º 40; Comissão/Espanha, já referido, n.ºs 61 e 62; de 13 de Maio de 2003, Comissão/Reino Unido, C-98/01, Colect., p. I-4641, n.ºs 47 e 49; de 2 de Junho de 2005, Comissão/Itália, C-174/04, Colect., p. I-4933, n.ºs 30 e 31; e Comissão/Países Baixos, já referido, n.º 20).

51 No caso em apreço, a República Portuguesa contesta o carácter nacional da medida controvertida na acepção da jurisprudência referida no número precedente, invocando a natureza privada das acções privilegiadas em questão, cuja introdução nos estatutos da PT decorre exclusivamente da vontade desta sociedade e não do Estado.

52 A este respeito, importa salientar que, de facto, se verifica que a LQP e o Decreto-Lei n.º 44/95 se limitam a admitir a possibilidade de prever acções privilegiadas no contrato de sociedade da PT e que foi precisamente por força das disposições dos estatutos desta sociedade, aprovadas em aplicação desta legislação, que estas acções foram criadas e atribuídas ao Estado.

53 Todavia, não deixa de ser verdade que, como foi confirmado na audiência pelas próprias autoridades portuguesas, as referidas disposições foram aprovadas em 4 de Abril de 1995, a saber, não apenas imediatamente após a aprovação do referido Decreto-Lei mas sobretudo numa altura em que a República Portuguesa detinha uma participação maioritária no capital social da PT e exercia, assim, o controlo sobre esta sociedade.

54 Nestas condições, há que considerar que foi a própria República Portuguesa que, por um lado, na sua qualidade de legislador, autorizou a criação de acções privilegiadas na PT e que, por outro, na sua qualidade de autoridade pública, decidiu, nos termos do artigo 15.º, n.º 3, da LQP e do artigo 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 44/95, criar acções privilegiadas na PT, atribuí-las ao Estado e definir os direitos especiais que conferem.

55 Além disso, importa igualmente declarar que, como salientou o advogado-geral no n.º 62 das suas conclusões, a criação das referidas acções privilegiadas não decorre de uma aplicação normal do direito das sociedades, na medida em que as acções privilegiadas previstas na PT, em derrogação do Código das Sociedades Comerciais português, se destinam a permanecer na propriedade do Estado e não são, por conseguinte, transmissíveis.

56 Assim, a criação das mencionadas acções privilegiadas deve ser imputada ao Estado e é abrangida, por consequência, pelo âmbito de aplicação do artigo 56.º, n.º 1, CE.

57 Seguidamente, no que se refere à natureza restritiva do sistema de detenção de acções privilegiadas do Estado na PT, previsto na legislação nacional em conjugação com os estatutos da referida sociedade, importa declarar que tal sistema é susceptível de dissuadir os operadores dos outros Estados-Membros de investir no capital desta sociedade.

58 Com efeito, em virtude deste sistema, a aprovação de um número considerável de decisões importantes relativas à PT, enumeradas no n.º 6 do presente acórdão, respeitantes tanto à aquisição de participações que excedam 10% do capital social da sociedade como à gestão desta, depende do acordo do Estado português dado que, como exigem os estatutos da PT, estas decisões não podem ser aprovadas sem a maioria dos votos conferidos às acções da categoria A.

59 A este respeito, importa além disso precisar que tal maioria é exigível, nomeadamente, para qualquer decisão de alteração dos estatutos da PT, de modo que a influência do Estado português na PT só pode ser limitada se o próprio Estado nisso consentir.

60 Assim, a detenção pelo Estado português destas acções privilegiadas, na medida em que confere a esse Estado uma influência na gestão da PT não justificada pela amplitude da participação que detém nesta sociedade, é susceptível de desencorajar os operadores de outros Estados-Membros de efectuar investimentos directos na PT, na medida em que não podem concorrer na gestão e no controlo desta sociedade na proporção do valor das suas participações (v., designadamente, acórdão de 23 de Outubro de 2007, Comissão/Alemanha, C-112/05, Colect., p. I-8995, n.os 50 a 52).

61 De igual modo, a detenção das acções específicas em causa pode ter um efeito dissuasivo nos investimentos de carteira na PT na medida em que uma eventual recusa do Estado português de aprovar uma decisão importante, apresentada pelos órgãos da sociedade em causa como sendo do interesse desta, pode, com efeito, pesar sobre o valor das acções da referida sociedade e, por conseguinte, sobre a atractividade de um investimento nessas acções (v., neste sentido, acórdão Comissão/Países Baixos, já referido, n.º 27).

62 Nestas condições, deve considerar-se que a detenção pelo Estado português das acções privilegiadas em causa constitui uma restrição à livre circulação de capitais na acepção do artigo 56.º, n.º 1, CE.

63 Esta conclusão não pode ser posta em causa pelos argumentos invocados pelas autoridades portuguesas de que é aplicável no caso em apreço o artigo 295.º CE e a alegada lógica subjacente ao acórdão Keck e Mithouard, já referido.

64 No que diz respeito, em primeiro lugar, ao artigo 295.º CE, segundo o qual «o [...] Tratado em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-Membros», basta recordar que, em conformidade com jurisprudência assente, o referido artigo não tem por efeito eximir os regimes de propriedade existentes nos Estados-Membros às regras fundamentais do Tratado e não pode, assim, ser invocado para justificar entraves às liberdades previstas no Tratado que resultam de privilégios atribuídos pelos Estados-Membros à sua posição de accionista numa empresa privatizada (v. acórdão Comissão/Espanha, já referido, n.º 67 e jurisprudência referida).

65 Em segundo lugar, no que se refere ao acórdão Keck e Mithouard, já referido, importa salientar que as medidas em causa não são análogas às regulamentações relativas às modalidades de venda que este acórdão considerou que não eram abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 28.º CE.

66 Com efeito, segundo o referido acórdão, não é susceptível de constituir entrave ao comércio entre Estados-Membros a aplicação, a produtos provenientes de outros Estados-Membros, de disposições nacionais que limitam ou proíbem, no território do Estado-Membro de importação, determinadas modalidades de venda, desde que, em primeiro lugar, elas se apliquem a todos os operadores interessados que exerçam a sua actividade no território nacional e, em segundo lugar, afectem da mesma maneira, juridicamente e de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos

provenientes dos outros Estados-Membros. A razão é que ela não é susceptível de impedir o acesso destes últimos ao mercado do Estado-Membro de importação ou dificultá-lo mais do que dificulta o dos produtos nacionais (acórdão de 10 de Maio de 1995, Alpine Investments, C-384/93, Colect., p. I-1141, n.º 37).

67 Ora, no presente caso, embora seja verdade que as restrições em causa são indistintamente aplicáveis tanto aos residentes como aos não residentes, há, no entanto, que concluir que afectam a situação de um adquirente de uma participação em si mesmo e, assim, são susceptíveis de dissuadir os investidores de outros Estados-Membros de efectuar esses investimentos e, portanto, de condicionar o acesso ao mercado (v. acórdão Comissão/Espanha, já referido, n.º 61 e jurisprudência referida).

68 Após esta precisão, importa por conseguinte examinar se e, se for caso disso, em que condições a restrição controvertida pode ser admitida com fundamento nas justificações invocadas pela República Portuguesa.

69 Segundo jurisprudência bem assente, as medidas nacionais que restrinjam a livre circulação de capitais podem ser justificadas pelas razões mencionadas no artigo 58.º CE ou por razões imperiosas de interesse geral, desde que sejam adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassem o necessário para atingir esse objectivo (v. acórdão de 23 de Outubro de 2007, Comissão/Alemanha, já referido, n.ºs 72, 73 e jurisprudência referida).

70 No que se refere, em primeiro lugar, às justificações fundadas em razões imperiosas de interesse geral, invocadas pelas autoridades portuguesas, importa recordar que o Tribunal de Justiça já decidiu que o interesse de salvaguardar condições de

concorrência num determinado mercado não constitui uma justificação válida de restrições à livre circulação de capitais (acórdãos Comissão/Itália, já referido, n.os 36 e 37, e de 14 de Fevereiro de 2008, Comissão/Espanha, C-274/06, n.º 44).

71 Do mesmo modo, no que diz respeito à necessidade de evitar uma eventual perturbação do mercado de capitais, basta salientar, como faz a Comissão, que este objectivo se inclui entre os motivos de natureza económica que, em conformidade com jurisprudência assente, não pode justificar uma restrição à livre circulação de capitais (v., designadamente, acórdão Comissão/Portugal, já referido, n.º 52).

72 Em seguida, no que se refere às derrogações autorizadas pelo artigo 58.º CE, não se pode negar que o objectivo invocado pelas autoridades portuguesas de garantir a segurança da disponibilidade da rede de telecomunicações em caso de crise, de guerra ou de terrorismo pode constituir uma razão de segurança pública (v., por analogia, a propósito do aprovisionamento em energia, acórdão de 14 de Fevereiro de 2008, Comissão/Espanha, já referido, n.º 38) e justificar, eventualmente, um entrave à livre circulação de capitais.

73 Todavia, é pacífico que as exigências de segurança pública devem, nomeadamente enquanto derrogação ao princípio fundamental da livre circulação de capitais, ser interpretadas em sentido estrito, de modo que o seu âmbito não pode ser determinado unilateralmente por cada Estado-Membro sem fiscalização das instituições da União Europeia. Assim, a segurança pública apenas pode ser invocada em caso de ameaça real e suficientemente grave, que afecte um interesse fundamental da sociedade (v., designadamente, acórdão de 14 de Março de 2000, Église de scientologie, C-54/99, Colect., p. I-1335, n.º 17).

74 Ora, uma vez que a República Portuguesa se limitou a evocar o referido argumento sem precisar as razões pelas quais considera que a detenção pelo Estado de acções

privilegiadas permitiria evitar tal afectação de um interesse fundamental da sociedade, não pode ser acolhida, no presente caso, uma justificação com base na segurança pública.

75 Por preocupação de exaustividade, no que se refere à proporcionalidade da restrição em questão, importa salientar que o exercício dos direitos especiais que a detenção de acções privilegiadas na PT confere ao Estado português não está sujeito a qualquer condição ou circunstância específica e objectiva, ao contrário do que afirmam as autoridades nacionais.

76 Com efeito, apesar de o artigo 15.º, n.º 3, da LQP prever que a criação de acções privilegiadas na PT que confiram poderes especiais ao Estado está sujeita à condição, formulada, aliás, de forma bastante geral e imprecisa, de que seja exigível por razões de interesse nacional, impõe-se contudo reconhecer que nem esta lei nem os estatutos da PT estabelecem critérios quanto às circunstâncias em que os referidos poderes especiais podem ser exercidos.

77 Assim, tal incerteza constitui uma violação grave da liberdade de circulação de capitais, na medida em que confere às autoridades nacionais, no que diz respeito ao exercício de tais poderes, uma margem de apreciação tão discricionária que não pode ser considerada proporcionada aos objectivos prosseguidos (v., neste sentido, acórdão de 26 de Março de 2009, Comissão/Itália, C-326/07, Colect., p. I-2291, n.os 51 e 52).

78 Por conseguinte, há que declarar que, ao manter na PT direitos especiais como os previstos nos estatutos da referida sociedade a favor do Estado e de outras entidades públicas, atribuídos em conexão com acções privilegiadas («golden shares») do Estado na PT, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 56.º CE.

– Quanto ao incumprimento das obrigações que resultam do artigo 43.º CE

79 A Comissão pede igualmente que seja declarado o incumprimento das obrigações que incumbem à República Portuguesa por força do artigo 43.º CE, pelo facto de a detenção de acções privilegiadas do Estado na PT poder perturbar as tomadas de participação de controlo nesta sociedade.

80 A este respeito, basta salientar que, segundo jurisprudência assente, na medida em que as medidas nacionais em causa comportam restrições à liberdade de estabelecimento, essas restrições são a consequência directa dos obstáculos à livre circulação de capitais acima examinados, de que são indissociáveis. Por conseguinte, tendo-se concluído pela existência de uma violação do artigo 56.º, n.º 1, CE, não é necessário examinar separadamente as medidas em causa à luz das regras do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento (v., designadamente, acórdão Comissão/Países Baixos, já referido, n.º 43).

Quanto às despesas

81 Por força do disposto no artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão pedido a condenação da República Portuguesa e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) decide:

1) **Ao manter na Portugal Telecom SGPS SA direitos especiais como os previstos nos estatutos da referida sociedade a favor do Estado e de outras entidades públicas, atribuídos em conexão com acções privilegiadas («golden shares») do Estado na Portugal Telecom SGPS SA, a República Portuguesa não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 56.º CE.**

2) **A República Portuguesa é condenada nas despesas.**

Assinaturas