CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER apresentadas em 16 de Março de 2006 [1]

I — Introdução

1. O Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal Supremo) da Alemanha pede a interpretação do artigo 10.º CE e do artigo 11.º, n.º 1, da Directiva 97/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Abril de 1997, relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações [2].

2. É necessária a interpretação a título prejudicial para se resolver dois litígios em que se discute se é legítimo rever as respectivas liquidações da taxa pela concessão de licenças no referido sector das telecomunicações, as quais se consolidaram por não terem sido tempestivamente impugnadas.

3. Ambos os reenvios incluem duas perguntas idênticas. A primeira funda-se na jurisprudência sobre a Directiva 97/13, concretamente os acórdãos Connect Austria [3], Albacom e Infostrada [4] e ISIS Multimedia e Firma 02 [5], tendo sido por mim elaboradas as conclusões nestes dois últimos processos [6]. A segunda questão reveste uma apreciável importância, pois proporciona ao Tribunal de Justiça a oportunidade de encontrar um ponto de equilíbrio entre o primado do direito comunitário e a segurança jurídica [7], dando uma guinada ao leme para abandonar a esteira do acórdão Kühne & Heitz [8], cuja doutrina conduz a um beco sem saída.

1 — Língua original: espanhol.

2 — JO L 117, p. 15. Esta directiva foi substituída pela 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).

3 — Acórdão de 22 de Maio de 2003 (C-462/99, Colect., p. I-5197).

4 — Acórdão de 18 de Setembro de 2003 (C-292/01 e C-293/01, Colect., p. I-9449).

5 — Acórdão de 20 de Outubro de 2005 (C-327/03 e C-328/03, Colect., p. I-8877).

6 — Conclusões de 12 de Dezembro de 2002 e de 9 de Dezembro de 2004, respectivamente.

7 — Galetta, D. U. — «Autotutela decisoria e diritto comunitario», em *Rivista Italiana di Diritto Pubblico*, 2005, pp. 35 a 59, sustenta que a eventual reapreciação de um acto administrativo inatacável depende de uma cuidadosa ponderação de valores. Num prato da balança situa-se a prevalência do direito comunitário, apoiada nos princípios da legalidade, da equivalência, da eficácia e da cooperação leal. No outro prato está a segurança jurídica (p. 50).

8 — Acórdão de 13 de Janeiro de 2004 (C-453/00, Colect., p. I-837).

4. O Tribunal de Justiça dispõe de uma nova oportunidade para mudar de rumo, pois em datas próximas terá que pronunciar-se sobre a extensão da referida doutrina às decisões judiciais com força de caso julgado [9].

II — Quadro jurídico

A — *O direito comunitário*

1. O «princípio da lealdade»

5. Nos termos do artigo 10.º CE, «os Estados-Membros tomarão todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do presente Tratado ou resultantes de actos das instituições da Comunidade», facilitando a esta «o cumprimento da sua missão». Além disso, «abster-se-ão de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos» comunitários.

2. A Directiva 97/13

6. Esta directiva enquadra-se no esforço da Comunidade para liberalizar o mercado das comunicações electrónicas, a que me referi recentemente nas conclusões no processo Nuova società di telecomunicazioni, lidas em 27 de Outubro de 2005 [10].

7. A livre prestação de serviços de telecomunicações e a abertura da exploração das suas redes presidem a esta regulamentação, que pretende uma distribuição e uma utilização sem entraves ou em conformidade com «autorizações gerais» [11], reduzindo as «licenças individuais» [12] à condição de excepção ou de complemento das permissões universais (sétimo e décimo terceiro considerandos; artigos 3.º, n.º 3, e 7.º). Ambas as figuras pertencem ao conceito genérico de «autorização» [13].

9 — Processo C-234/04, Kapferer, com conclusões do advogado-geral A. Tizzano, de 10 de Novembro do ano passado, no qual foi hoje proferido o acórdão. Suscita-se um problema parecido no processo ED & F Man Sugar (C-274/04), onde se debate se, em matéria de restituições à exportação, ao contestar uma sanção, incumbe fazer a prova de que realmente o exportador reclamou uma importância superior à devida, apesar de a ordem de reembolso já não ser recorrível; o advogado-geral P. Léger, nas conclusões de 29 de Setembro de 2005, sugere uma resposta afirmativa.

10 — Processo C-339/04, acórdão de 18 de Julho de 2006, Colect., p. I-6917, p. I-6919. Podem consultar-se, em especial, os n.os 3 a 6.

11 — Conforme o texto do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), primeiro travessão, da directiva, autorização geral é «uma autorização que, independentemente de ser regida por uma 'licença por categoria' ou pela legislação geral e de essas normas exigirem ou não registo, não impõe à empresa em causa a obtenção de uma decisão expressa da autoridade reguladora nacional antes de exercer os direitos que lhe advêm dessa autorização».

12 — Entende-se por licença individual a autorização «concedida por uma autoridade reguladora nacional que confere direitos específicos a uma empresa ou que submete as actividades dessa empresa a obrigações específicas complementando eventualmente as da autorização geral, não estando a empresa autorizada a exercer os direitos em causa antes de lhe ter sido comunicada a decisão da autoridade reguladora nacional [segundo travessão da alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º da directiva].

13 — A directiva descreve este último conceito como «a permissão em que se define os direitos e obrigações específicos do sector das telecomunicações e se concede às empresas a prestação de serviços de telecomunicações» assim como «o estabelecimento e/ou a exploração das redes de telecomunicações necessárias à prestação desses serviços [...]» [artigo 2.º, n.º 1, alínea a), primeiro parágrafo].

8. Esta solução harmonizada alicerça-se nos princípios da proporcionalidade, da transparência e da não discriminação, com o intuito de ilustrar um panorama compatível com as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços (primeiro, segundo, quarto e décimo primeiro considerandos; artigo 3.º, n.º 2).

9. Nesta perspectiva, a directiva não restringe a quantidade de títulos individuais que os Estados-Membros têm o poder de conceder, salvo se tal for fundamental para garantir uma utilização eficiente das radiofrequências e a existência de números suficientes. À partida, portanto, qualquer organização que satisfaça as condições estabelecidas e publicadas pelas ordens jurídicas nacionais tem direito a uma licença desta categoria (artigos 10.º, n.º 1, e 9.º, n.º 3).

10. Os artigos 6.º e 11.º da Directiva 97/13, de natureza tributária, inscrevem-se na ideia de favorecer a concorrência no mercado das telecomunicações e de não fixar aos operadores mais limitações nem mais custos que os imprescindíveis [14], respeitando, por conseguinte, os referidos critérios de proporcionalidade, neutralidade, não discriminação e transparência (décimo segundo considerando).

14 — As condições a que as autorizações estão sujeitas são enunciadas no anexo da directiva.

11. A primeira disposição mencionada tem como epígrafe «Taxas e encargos nos processos de autorizações gerais»; a segunda «Taxas e encargos relativos a licenças individuais».

12. Nos termos do artigo 6.º, «[s]em prejuízo das contribuições financeiras para a prestação do serviço universal nos termos do anexo, os Estados-Membros devem zelar por que quaisquer taxas cobradas a empresas no quadro dos processos de autorização se destinam apenas a cobrir os custos administrativos decorrentes da adopção, gestão, controlo e aplicação do regime de autorização geral aplicável. Essas taxas devem ser publicadas de modo adequado e suficientemente pormenorizado, por forma a facilitar o acesso a essas informações».

13. Por seu turno, o artigo 11.º dispõe que:

«1. Os Estados-Membros devem zelar por que quaisquer taxas cobradas a empresas no quadro dos processos de autorização se destinam apenas a cobrir os custos administrativos decorrentes da emissão, gestão, controlo e aplicação das licenças individuais. As taxas relativas a uma licença individual devem ser proporcionais ao trabalho envolvido e devem ser publicadas de modo adequado e suficientemente pormenorizado, por forma a facilitar o acesso a essas informações.

2. Não obstante o n.º 1, quando forem utilizados recursos escassos, os Estados-Membros poderão permitir que as suas autoridades reguladoras nacionais imponham encargos que reflictam a necessidade de assegurar a utilização óptima desses recursos. Esses encargos devem ser não discriminatórios e devem ter particularmente em conta a necessidade de fomentar o desenvolvimento de serviços inovadores e a concorrência.»

14. Em conformidade com o artigo 25.º, os Estados-Membros deveriam transpor a directiva antes de 1 de Janeiro de 1998.

B — *O ordenamento jurídico alemão*

1. Quanto às taxas no sector das telecomunicações

15. A Telekommunikationsgesetz (lei relativa às telecomunicações, a seguir «TKG»), de 25 de Julho de 1996 [15], transpõe para a Alemanha a Directiva 97/13. Segundo o seu § 16, n.º 1, as licenças individuais eram atribuídas mediante o pagamento de uma imposição, cuja regulamentação foi remetida para um ulterior regulamento.

16. Ao abrigo desta lei, o Bundesministerium für Post und Telekommunikation (Ministério Federal dos Correios e Telecomunicações) adoptou, em 28 de Julho de 1997, o Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung (regulamento relativo às taxas sobre as licenças de telecomunicações, a seguir «TKLGebV 1997») [16], que entrou em vigor, com eficácia retroactiva, em 1 de Agosto de 1996.

17. Nos termos deste diploma legal, o tributo abrangia, para além dos custos administrativos derivados da concessão da licença, os inerentes à gestão dos direitos e ao controlo das consequentes obrigações (§ 1, n.º 1).

18. As licenças da classe 3 [17] eram atribuídas em função do território que cobriam e, portanto, do número de potenciais utentes dos serviços propostos, oscilando o seu custo entre 2 000 DEM (1 022,58 EUR) e 10 600 000 DEM (5 419 693,94 EUR) [18].

15 — BGBl. 1996 I, p. 1120.

16 — BGBl. 1997 I, p. 1936.

17 — Integram esta categoria as que habilitam para prestar serviços públicos de telecomunicações pelo titular ou por outra pessoa num espaço determinado (ponto A.3 do anexo ao § 1, n.º 1, do TKLGebV 1997).

18 — O montante do tributo era obtido através de uma fracção cujo numerador era formado pelo produto dos habitantes do território abrangido pela licença (E_G) e do montante máximo referido no ponto A.3 do anexo do TKLGebV 1997 para as licenças da classe 3 (G_D), colocando-se no denominador a população alemã total (E_D). De acordo com esta operação, a uma licença da referida classe para todo o território nacional corresponderiam 10 600 000 DEM, decrescendo esta importância à medida que diminuía o número de eventuais clientes (§ 3, n.º 4, em conjugação com o anexo ao § 1, n.º 1, do TKLGebV 1997).

19. O Bundesverwaltungsgericht expõe nos autos de reenvio que os cálculos anteriores se basearam numa previsão dos custos de gestão gerais da autoridade reguladora nacional dos correios e telecomunicações (a seguir «autoridade reguladora») durante três décadas [19].

20. No acórdão de 19 de Setembro de 2001, o Bundesverwaltungsgericht declarou que os tributos relativos à concessão de licenças da classe 3, computados tendo em conta o TKLGebV 1997, não estavam abrangidos pelo § 16, n.º 1, da TKG, pois incluíam tarefas alheias à autorização, lesando além disso a igualdade proclamada no artigo 3.º, n.º 1, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha [20].

21. Após ter sido proferido este acórdão, o TKLGebV 1997 deixou de aplicar-se, sendo substituído pelo Telekommunikations--Lizenzgebührenverordnung de 9 de Setembro de 2002 (a seguir «TKLGebV 2002») [21], que prevê para as referidas licenças da classe 3 uma taxa de 4 260 EUR, podendo ser reduzida a um mínimo de 1 000 EUR (§ 2, n.º 3).

22. O Governo alemão informa [22] que as liquidações impugnáveis na altura em que foi proferido o acórdão de 19 de Setembro de 2001 foram anuladas oficiosamente e que algumas empresas acordaram com a autoridade reguladora a renúncia a qualquer acção, sendo reembolsadas dos direitos pagos [23].

23. Desta forma, o TKLGebV 2002 produz efeitos retroactivos em relação às taxas ainda não consolidadas na ordem jurídica. O seu § 4 exprime esta ideia, realçando que, se a liquidação pudesse ainda discutir-se à data da publicação da nova legislação, esta última aplica-se aos titulares de licenças a partir de 1 de Agosto de 1996.

2. Quanto à reapreciação dos actos administrativos

24. Sob esta rubrica genérica agrupam-se três mecanismos distintos, ainda que aparentados, sistematizados na Verwaltungsver-

19 — Com maior precisão, em acórdão de 19 de Setembro de 2001 (processo 6 C 13.00, BVerwGE vol. 115, p. 125), a que adiante me referirei, o Bundesverwaltungsgericht indicou que o montante foi deduzido dos custos pessoais e materiais de 52,1 postos de trabalho durante 30 anos.

20 — A apreciação da ilegalidade foi extensiva também aos encargos correspondentes às licenças da classe 4, que habilitam para prestar serviços de telefonia com redes de telecomunicações geridas pelo beneficiário no interior de uma zona concretamente demarcada (ponto A.4 do anexo ao § 1, n.º 1, do TKLGebV 1997).

21 — BGBl. 2002 I, p. 3542.

22 — N.ºs 13 e segs. do seu articulado de intervenção.

23 — Nota 26 e o n.º 101 destas conclusões.

fahrensgesetz (lei que aprova o Código de Procedimento Administrativo, a seguir «VwVfG») de 25 de Maio de 1976[24]. O primeiro, a «reabertura do processo» (Wiederaufgreifen des Verfahrens), a que se refere o § 51, que, a requerimento do interessado, tem por objecto a anulação ou a alteração de um acto por causas supervenientes, constitui uma revisão *stricto sensu.*

25. Os outros dois mecanismos diferenciam-se pelo carácter legal ou ilegal da decisão analisada. O segundo, previsto no § 49, refere-se à «revogação de actos válidos» (Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes), enquanto o terceiro, enquadrado no § 48, contempla a «revogação de actos inválidos» (Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes), admitindo que «um acto administrativo irregular, mesmo que se tenha consolidado[25], seja revogado total ou parcialmente, para o futuro ou a título retroactivo».

26. Conforme se deduz dos autos de reenvio, a jurisprudência alemã analisa o poder previsto no § 48 como uma faculdade, cujo conteúdo discricionário é minimizado em certas circunstâncias, até desaparecer. Assim, reconhece o direito à revogação de uma decisão administrativa se a sua manutenção resultar «simplesmente insuportável», situação que surge quando aquela viola o princípio geral da igualdade, se opõe à ordem pública ou à boa fé, enferma de ilegalidade manifesta ou a situação jurídica do destinatário o requer.

III — Matéria de facto e questões prejudiciais

27. A ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG e a i-21 Germany GmbH (a seguir «ISIS» e «i-21») possuem cada uma na Alemanha licenças de telecomunicações da classe 3, pelas quais lhes foram aplicadas taxas da 131 660 DEM (67 316,69 EUR) e de 10 600 000 DEM (5 419 693,94 EUR), respectivamente, com fundamento no § 16, n.º 1, da TKG e no TKLGebV 1997.

28. Cada uma das empresas conformou-se com o correspondente tributo, tendo-o pago, pelo que estes deixaram de ser recorríveis.

29. Não obstante, outras sociedades titulares de licenças de telecomunicações impugnaram as liquidações que lhes tinham sido enviadas e obtiveram no Bundesverwaltungs-

24 — BGBl. 1976 I, p. 1253. Versão de 21 de Setembro de 1998 (BGBl. 1998 I, p. 3050).

25 — A legislação alemã emprega a palavra «unanfechtbar», traduzível por «inimpugnável» ou «inatacável». Prefiro utilizar o qualificativo «firme» [consolidado], alusivo no direito administrativo continental às decisões que, por qualquer causa (esgotamento dos recursos adequados ou decurso dos prazos para os interpor), não podem ser fiscalizados por via ordinária, em vez da expressão «definitiva», que qualifica as que representam a última palavra da Administração, embora ainda se possa recorrer à via contenciosa.

gericht o acórdão de 19 de Setembro de 2001 [26], a que já me referi, que as anulou por assentarem numa disposição regulamentar — o TKLGebV 1997 — contrária a normas de hierarquia superior, ordenando o reembolso às recorrentes das importâncias que tinham entrado nos cofres públicos.

30. Após ter sido notificada a anterior decisão, a ISIS e a i-21 dirigiram-se à autoridade reguladora para recuperar a importância paga. Tendo sido indeferidos os seus requerimentos, cada uma propôs uma acção no Verwaltungsgericht, tribunal do contencioso administrativo de primeira instância, que julgou improcedentes os seus pedidos, considerando que não havia que proceder ao reembolso porque os actos de liquidação estavam consolidados e não havia lugar a um nova apreciação nos termos do § 51, n.º 1, nem do § 48, n.º 1, da VwVfG.

31. Seguidamente, recorreram *per saltum* para o Bundesverwaltungsgericht. Este órgão jurisdicional declarou que, em conformidade com o direito alemão, as pretensões não teriam êxito, mas duvidou da compatibilidade com o direito comunitário, pelo que suspendeu a instância em ambos os processos, para submeter as seguintes questões prejudiciais:

«1. O artigo 11.º, n.º 1, da Directiva 97/13 [...] deve ser interpretado no sentido de que se opõe à cobrança de uma taxa cujo cálculo se baseia numa determinação antecipada dos custos administrativos gerais de uma autoridade reguladora nacional durante um período de 30 anos?»

Em caso de resposta afirmativa à questão 1:

«O artigo 10.º CE e o artigo 11.º da Directiva [97/13] devem ser interpretados no sentido de que impõem a anulação de uma decisão através da qual foram fixadas taxas, na acepção da questão 1, e que não foi impugnada, embora pudesse tê-lo sido nos termos do direito nacional, quando tal anulação é permitida mas não imposta pelo direito nacional?»

IV — O processo no Tribunal de Justiça

32. Por despacho de 6 de Dezembro de 2004, o presidente do Tribunal de Justiça mandou apensar os dois processos, dada a conexão objectiva existente.

26 — Na realidade, nesse dia foram proferidos nove acórdãos de conteúdo idêntico. Foram trinta e sete empresas as que recorreram contenciosamente, nove das quais (Storm Telecommunications Limited, KDD-CONOS AG, Carrier 1 International GmbH, TelePassport Service AG, Airdata Holding GmbH, ECN Telekommunikation GmbH, Berli-Komm Telekommunikationsgesellschaft GmbH, Telegate Aktiengesellschaft füe telefonische Informationsdienste e First Telecom GmbH) obtiveram decisões favoráveis. As outras vinte e oito acordaram com a Administração a devolução da taxa.

33. Apresentaram observações, nos prazos previstos no artigo 23.º do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, a Comissão, os Governos alemão e neerlandês, assim como as empresas recorrentes nos processos principais.

34. Na audiência, que teve lugar em 1 de Fevereiro de 2006, compareceram para alegações os representantes das partes que intervieram na fase escrita.

V — Análise das questões prejudiciais

A — *Introdução*

35. O Bundesverwaltungsgericht confirma que, segundo o direito alemão, as taxas pela concessão de licenças individuais das classes 3 e 4 no sector das telecomunicações são anuláveis porque o TKLGebV 1997, ao abrigo do qual foram aplicadas, estava ferido de ilegalidade. Assim o declarou no acórdão de 19 de Setembro de 2001.

36. Com a mesma convicção, aquele tribunal entende que a ordem jurídica nacional não dá margem para reapreciar as liquidações consolidadas, de modo a que, por conseguinte, os seus destinatários obtenham a devolução das importâncias erradamente cobradas.

37. Mas o tribunal quer saber se o direito comunitário aprova a mesma solução ou se, pelo contrário, exige que sejam revogados, com todas as consequências, os tributos irregulares, mesmo quando já não sejam recorríveis (segunda questão). Esta incógnita implica que as referidas imposições infrinjam também a ordem jurídica da Comunidade, pelo que o estudo da sua eventual «ilicitude comunitária» se erige em pressuposto da análise prejudicial (primeira questão) [27].

38. Está, portanto, perfeitamente delimitado o âmbito comunitário do diálogo jurisdicional, alheio ao discurso da ordem jurídica nacional que, não obstante, serve de contraponto e enquadra o debate. Não é em vão, no que se refere à primeira questão, que a TKG,

27 — Nas suas observações escritas, o Governo alemão solicita ao Tribunal de Justiça que prescinda deste segundo exame, alegando que a Directiva 97/13 está revogada, que a nova Directiva 2002/20 prescinde das licenças individuais e que as suas normas fiscais entraram em vigor em 25 de Julho de 2003, não se aplicando a factos passados. A sua posição parece assentar num equívoco, pois nos processos originários discute-se se uma imposição liquidada ao abrigo da primeira das directivas citadas, em conformidade com uma regulamentação aprovada em desenvolvimento da lei nacional de transposição, se ajusta ao direito comunitário, pelo que parece evidente a justeza da controvérsia suscitada pelo Bundesverwaltungsgericht. Em definitivo, há que julgar acontecimentos e normas nacionais tendo em conta o enquadramento comunitário aplicável no tempo em que ocorreram os factos.

cuja infracção é imputável ao TKLGebV 1997, transpõe para o direito alemão a Directiva 97/13 e, no que diz respeito à segunda, na falta de uma disposição *ad hoc*, a defesa dos direitos que o sistema europeu confere terá que se articular de acordo com as normas processuais alemãs [28].

B — *A primeira questão prejudicial*

39. O tribunal de reenvio pretende que seja esclarecido se o artigo 11.º, n.º 1, da Directiva 97/13 permite uma taxa calculada em função dos custos administrativos gerais da autoridade reguladora durante um período de trinta anos.

40. Para a solução é necessário analisar a natureza dos tributos delineados na directiva.

1. Os artigos 6.º e 11.º da Directiva 97/13

41. Embora aparentemente o seu conteúdo seja semelhante, as duas disposições, conforme expus nas conclusões Albacom e Infostrada [29], têm um alcance distinto uma vez que se aplicam a regimes diferentes.

42. As autorizações gerais são permissões predefinidas com carácter geral [30] que permitem às empresas actuar no mercado das telecomunicações sem necessidade de decisão expressa do órgão competente, mas com eventual controlo posterior, conforme está previsto no artigo 5.º

43. Pelo contrário, as licenças individuais são autorizações específicas para os titulares poderem operar, que exigem uma decisão da administração por meio de um processo *ad hoc* [os artigos 2.º, n.º 1, alínea a), segundo travessão, e 9.º da directiva confirmam esta caracterização].

44. Estas diferenças justificam que, enquanto o artigo 6.º fala de «cobrir os custos administrativos decorrentes da adopção, gestão, controlo e aplicação do *regime de autorização geral aplicável*», o n.º 1 do artigo 11.º se refere às despesas da mesma

28 — Assim tem sido declarado reiteradamente pelo Tribunal de Justiça desde o acórdão de 16 de Dezembro de 1976, Rewe (33/76, Colect., p. 813).

29 — As linhas que seguem reproduzem os n.os 29 e segs. dessas conclusões.

30 — A predeterminação pode ser efectuada pela Administração («licenças por categoria») ou pelo próprio legislador [é o que se deduz do oitavo considerando e do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), primeiro travessão, da Directiva 97/13].

natureza relativas à «emissão, gestão, controlo e aplicação das *licenças individuais*» [31]. Por este motivo, a segunda disposição exige que a taxa por uma licença individual seja proporcional ao trabalho envolvido, precisão que não surge quando se regula o pagamento no caso das autorizações gerais.

45. Os artigos 6.º e 11.º, n.º 1, da Directiva 97/13 prevêem pois duas regras tributárias que, independentemente da qualificação que lhes for dada [32], têm natureza remuneratória e parafiscal, uma vez que se destinam a conceder uma compensação pelo acto ou pelo serviço administrativo relativo ao sujeito passivo. Contudo, devido à natureza diferente da prestação, o montante da taxa a que se refere o primeiro desses preceitos destina-se, de forma não específica, a cobrir o custo do funcionamento do «regime de autorização geral aplicável» [33], enquanto o pagamento por licenças individuais se destina exclusivamente a cobrir as despesas efectuadas pela administração na emissão, gestão, controlo e aplicação de cada licença individual.

46. Pelo seu lado, o n.º 2 do artigo 11.º refere-se a um tributo que é desprovido de qualquer ideia de contraprestação e que tem a natureza de imposto, embora com uma afectação particular [34].

2. A taxa das licenças individuais prevista no n.º 1 do artigo 11.º da Directiva 97/13

47. O facto tributável desta imposição assenta no desenrolar de um processo para a concessão da licença ou para a sua gestão, controlo e aplicação.

31 — No artigo 11.º, n.º 1, da versão espanhola da directiva utiliza-se a expressão «régimen de licencias individuales aplicable», mas o primeiro substantivo não é empregue nos textos alemão, italiano, inglês ou francês. Do primeiro consta «die Ausstellung, Verwaltung, Kontrolle und Durchsetzung der jeweiligen Einzelgenehmigungen»; do segundo «il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione delle relative licenze individuali»; em inglês «in the issue, management, control and enforcement of the applicable individual licences»; em francês «à la délivrance, à la gestion, au contrôle et à l'application des licences individuelles applicables».

32 — «Taxas» ou «preços públicos». Em Espanha, houve há anos um intenso debate doutrinal sobre a delimitação de ambos os conceitos. Assim, Aguallo Avilés, A. — *Tasas y precios públicos: análisis de la categoría jurídica del precio público y su delimitación co la tasa desde la perspectiva constitucional*, editorial Lex Nova, Valladolid, 1992, e Martín Fernández, F. J. — *Tasas y precios públicos en el derecho español*, Instituto de Estudios Fiscales — Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, SA, Madrid, 1995.

33 — A Directiva 2002/20 confirma esta interpretação ao enunciar no trigésimo primeiro considerando que «com um regime de autorização geral deixará de ser possível atribuir custos administrativos e, por conseguinte, encargos às diferentes empresas, excepto para a concessão de direitos de utilização de números, radiofrequências e direitos de instalar recursos de passagem», isto é, para as licenças que na directiva de 1997 se chamavam licenças individuais e na nova «direitos de utilização de radiofrequências e números» (artigo 5.º).

34 — Nos n.ºs 40 a 43 das conclusões Albacom e Infostrada, estudei os elementos e as propriedades desta imposição, que potencia um tratamento igualitário, fomentando o desenvolvimento de serviços inovadores e a concorrência. Nas conclusões ISIS Multimedia e Firma 02 detive-me sobre estes requisitos em relação, precisamente, com a situação do mercado alemão (n.ºs 33 e segs.).

48. Pretende-se cobrir os custos gerados pela instrução dos trâmites necessários, pelo que a cobrança não irá financiar outras actividades da autoridade reguladora.

49. A proporcionalidade da contribuição em relação ao trabalho realizado constitui um imperativo do sistema, pelo que corresponderá à retribuição dos custos, sem nunca exceder o seu montante, reflectindo desta forma o seu carácter remuneratório. O excesso convertê-la-ia num encargo fiscal.

50. Os princípios da neutralidade, da não discriminação, da transparência e da publicidade presidem ao regime desta figura.

51. As reflexões que antecedem demarcam as linhas para avançar uma solução para a questão inicial do Bundesverwaltungsgericht, que tem que decidir se é legítimo calcular a importância da taxa com base numa análise prospectiva dos custos da autoridade reguladora e no período que a referida análise abrangeria.

3. As regras para a avaliação e cobrança da taxa das licenças individuais

52. O encargo regulado no artigo 11.º, n.º 1, da Directiva 97/13 limita-se, portanto, a cobrir o custo da emissão, gestão, controlo e aplicação das licenças individuais, devendo ajustar-se ao trabalho que estas operações pressupõem.

53. Com observância destas premissas, os Estados-Membros usufruem de liberdade para escolher as formas e os processos de cobrança, assim como para orçamentar o seu montante.

54. A finalidade da taxa requer a sua cobrança sempre que se verifique o facto tributável, após a emissão do título, uma vez exercida a acção administrativa de gestão, de controlo ou de aplicação. Esta alternativa contribui para a solução mais perfeita, dado que, ao efectuar-se a liquidação *a posteriori*, conhecem-se todas as componentes do trabalho desenvolvido, deduzindo-se de uma avaliação global do número e da qualificação dos funcionários intervenientes, do tempo dedicado e dos custos imprescin-

díveis para levar a cabo a operação [35]. Não obstante, esta fórmula padece do inconveniente de sujeitar o sujeito passivo a pagamentos reiterados, obrigando a Administração Fiscal a uma actividade incessante, com aumento dos custos e diminuição da eficiência.

55. Dado que se pretende ressarcir o fisco pelas despesas de uma ampla gestão pública em benefício do titular da licença, nada se opõe a que a contribuição seja exigida antecipadamente e seja computada atendendo a um cálculo prudente do seu montante. Quando assim se decidir, é indiferente que seja cobrada através de uma única entrega ou em prestações.

56. O acórdão Fantask e o. (n.º 32), que acabo de citar na nota 35, referindo-se aos impostos indirectos sobre as reuniões de capitais, admitiu que a contribuição seja fixada antecipadamente, com base numa previsão e exigível por intervalos normalizados. Nenhuma razão desaconselha que esta apreciação seja extensiva à taxa das licenças individuais no sector das telecomunicações, sempre e quando, conforme referiu o próprio acórdão (n.os 32 a 34), os Estados-Membros se certifiquem regularmente que o montante não ultrapassa os custos suportados, garantido, se for caso disso, os eventuais reembolsos.

4. O período abrangido pelo tributo: seus limites

57. Ampliando o período de tempo sobre o qual se projecta o cálculo, aumentará o risco de erro, pois o trabalho complica-se à medida que a análise se alonga no tempo. A objectividade vai-se reduzindo ao ritmo em que cresce a incerteza, desencadeando o risco de desproporção quando diminui a fiabilidade dos dados manipulados.

58. A situação agrava-se se a duração do intervalo tiver efeitos não só para fixar o quantitativo da contribuição mas também sobre a sua liquidação, que se requer num único acto para produzir efeitos durante todo o tempo estimado. Nestas circunstâncias, os princípios da proporcionalidade e da neutralidade previstos na Directiva 97/13 enfraquecem em grande medida, pois retribuem-se hoje serviços que se recebem decorrido um longo prazo. Estes princípios, embora não o requeiram, recomendam uma maior contemporaneidade entre a prestação administrativa, a fixação do encargo e o seu pagamento.

35 — Nos impostos indirectos que incidem sobre as reuniões de capitais, harmonizados pela Directiva 69/335/CEE do Conselho, de 17 de Junho de 1969 (JO L 249, p. 25; EE 09 F1 p. 22), o Tribunal de Justiça seguiu estes parâmetros no acórdão de 20 de Abril de 1993, Ponente Carni e Cispadana Costruzioni (C-71/91 e C-178/91, Colect., p. I-1915, n.º 43). O acórdão de 2 de Dezembro de 1997, Fantask e o. (C-188/95, Colect., p. I-6783), precisou que são tomados em conta não só os custos, materiais e salariais, directamente relacionados com a prestação que a taxa remunera mas também a parcela dos encargos gerais da administração competente imputáveis a essa operação (n.º 30).

59. Além disso, a natureza própria do sector, a sua evolução e o seu grau de abertura têm relevância. As possibilidades de prospecção não são as mesmas num mercado estável, em que a concorrência está estabelecida desde há muito tempo e em que, logicamente, não há que esperar grandes surpresas, prevendo-se facilmente os acontecimentos, do que noutro mercado em ebulição, de liberalização recente, em que se auguram mudanças imprevisíveis.

60. Por conseguinte, a Directiva 97/13 não proíbe a fixação do quantitativo nem a cobrança antecipada de um encargo como o controvertido, desde que não diminuam as referidas garantias de neutralidade e proporcionalidade que a própria directiva manda respeitar.

61. Essa consequência indesejável é causada precisamente pela exigência de uma única vez de um tributo concebido em conformidade com uma previsão de custos para os próximos trinta anos, num momento em que o mercado das telecomunicações se encontrava em vias de flexibilização.

62. Nas conclusões no processo Nuova società di telecomunicazioni, já referidas, observei que nos anos noventa do século passado se iniciou o movimento para a abertura do referido mercado e para a harmonização das legislações nacionais, através da elaboração de um acervo jurídico em contínua renovação [36], que na actualidade se encontra definitivamente traçado. Ora, a fixação em 1997, em pleno turbilhão do processo, de uma contribuição pecuniária, com base numa previsão dos custos gerais da autoridade reguladora até ao ano de 2027 ultrapassa os limites do razoável, desrespeitando, pelos motivos já expostos, o espírito da Directiva 97/13 [37]. Como prova, basta recordar que este diploma legal, adoptado em 1997, foi substituído cinco anos depois pela Directiva 2002/20, já referida, que substitui as licenças individuais pelos «direitos de utilização», ocupando-se mais detalhadamente da avaliação da contribuição [38] e deixando fora do regime os tributos como o dos litígios originários.

63. Esta apreciação coincide com a do Bundesverwaltungsgericht no referido acórdão de 19 de Setembro de 2001, pois não é em vão que a TKG, da qual o TKLGebV 1997

36 — Nos n.os 3 e segs. expliquei a evolução jurídica das telecomunicações na Comunidade.

37 — A mecânica da taxa sobre as licenças individuais pressupõe que, numa economia de escala, a contribuição de cada titular se reduz à medida que cresce o seu número (não é a mesma coisa abrir instalações e contratar pessoal para servir quatro empresas que fazê-lo para vinte e cinco). É de refutar, portanto, um método que se opõe ao incremento dos operadores num sector em expansão, cobrando uma importância que, devido à amplitude do prazo estipulado, não se coaduna com a realidade.

38 — O artigo 12.º, n.º 1, alínea a), refere-se aos custos decorrentes da gestão, controlo e aplicação dos direitos de utilização; também os derivados da «cooperação internacional, harmonização e normalização, análise de mercados, vigilância do cumprimento e outros tipos de controlo do mercado, bem como trabalho de regulação que envolva a preparação e execução», acrescentando, após reiterar os imperativos de neutralidade, transparência e proporcionalidade, que as autoridades reguladoras nacionais «publicarão uma súmula anual dos seus custos administrativos e do montante total resultante da cobrança dos encargos. Em função da diferença entre o montante total dos encargos e os custos administrativos, serão feitos os devidos ajustamentos» (n.º 2).

era diploma de execução, transpõe a Directiva 97/13 [39]. A doutrina alemã partilha esta opinião [40].

64. De acordo com as reflexões avançadas, sugiro ao Tribunal de Justiça que responda à primeira questão prejudicial que o artigo 11.°, n.° 1, da Directiva 97/13 e, em particular, os princípios da neutralidade e da proporcionalidade não permitem a imposição de uma taxa sobre a emissão, a gestão, o controlo e a aplicação das licenças individuais, calculada sobre a previsão dos custos administrativos gerais da autoridade reguladora nacional durante trinta anos.

C — *A segunda questão prejudicial*

1. Reflexões preliminares: o enquadramento adequado

65. Assente que não só o direito alemão, conforme declarou o Bundesverwaltungsgericht, discorda das liquidações controvertidas mas também o comunitário, falta verificar se esta última ordem jurídica exige que seja fiscalizada a sua validade, mesmo quando não tenham sido impugnadas na altura própria.

66. A legislação federal tem como instrumento a VwVfG que, conforme se deduz dos n.os 24 a 26 destas conclusões e dos autos de reenvio, não permite anular os referidos actos administrativos nem satisfazer as pretensões da ISIS e da i-21.

67. Este esclarecimento delimita com exactidão o debate e revela o erro da doutrina Kühne & Heitz, que, ao sujeitar a nova apreciação de uma decisão consolidada a uma disposição legal expressa no sistema jurídico nacional, deixa perplexo o Bundesverwaltungsgericht, o qual, para se desviar de tão inconveniente solução, não necessitaria do reenvio prejudicial. O apego ao direito nacional, promovido nesta matéria pelo Tribunal de Justiça, suscita, além disso, problemas sérios, entre os quais se destaca

39 — O acórdão alude à dinâmica das telecomunicações e às três décadas pelas quais a previsão se estende, argumentando que em 1997 não era de imaginar a forma como se desenvolveriam, ignorando-se quantas empresas nacionais ou estrangeiras estariam em condições de concorrer com a empresa dominante, antigo monopólio, assim como as consequências no domínio das licenças.

40 — Schütz, R. e Nüsken, J. P. — «Gebühr für Telekommunikationslizenz — Rechtswidrige Haushaltssanierung auf Kosten des Wettbewerbs?», em *Multimedia und Recht*, 1998, pp. 523 a 528. Von Roenne, H., «Gebühr für TK-Lizenzen», em *Multimedia und Recht*, 1998, pp. XIV a XVI, pergunta se um intervalo de trinta anos é pertinente para um mercado em plena evolução e se no referido prazo, ou mesmo noutro inferior, subsistirão licenças deste tipo.

a disparidade na tutela dos direitos baseados na ordem jurídica comunitária [41].

68. Nos presentes processos, não se trata de decidir se, nos termos do direito alemão é possível reapreciar, e, eventualmente, anular as taxas, já irrecorríveis, aplicadas às citadas empresas, pois os tribunais pronunciaram-se em sentido negativo, mas sim decidir se, apesar desse impedimento, o direito comunitário exige a sua fiscalização e em que condições.

69. No processo Kühne & Heitz, esse dilema inspirava a questão prejudicial do College van Beroep von het bedrijfsleven dos Países Baixos e o advogado-geral P. Léger encontrou a via adequada para o solucionar nas conclusões de 17 de Julho de 2003, nas quais propôs que o mesmo fosse abordado a partir do primado do direito europeu e da sua aplicabilidade directa.

70. O Tribunal de Justiça deve aceitar o convite, ponderando os imperativos da segurança jurídica e da legalidade comunitária, para discernir se os primeiros representam sempre uma barreira intransponível ou se em certas situações deverão ceder perante os segundos.

2. O princípio da segurança jurídica: seus limites

71. É evidente a relevância deste princípio para o funcionamento correcto de qualquer entidade política. Nas conclusões de 28 de Janeiro de 1999 no processo em que foi proferido o acórdão Comissão/AssiDomän Kraft Products e o. (a seguir «acórdão AssiDomän») [42], sublinhei que o direito abomina a desordem, pelo que se dotou de armas para lutar contra a sua causa principal: a instabilidade (n.º 55).

72. Entre essas armas, a segurança jurídica reveste um significado especial, ao serviço da qual se organiza a ideia de «acto consolidado»; as decisões administrativas tornam-se inatacáveis após decorridos os prazos para as impugnar ou, uma vez confirmadas, após terem sido utilizados todos os meios de impugnação.

41 — Coutron, A. — «Cour de Justice, 13 janvier 2004, Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eiren», em *Revue des affaires européennes*, 13.º ano (2003-2004), 3, pp. 417 a 434, critica que o Tribunal de Justiça remeta para a ordem jurídica interna porque, por essa via, corre-se o risco de consagrar diferenças quanto à protecção dos direitos dos particulares (pp. 525 e 427). Por seu turno, Peerbux-Beaugendre, Z. — «Une administration ne peut invoquer le principe de la force de chose définitivement jugée pour refuser de réexaminer une décision dont une interpretation préjudicielle ultérieure a révélé la contrariété avec le droit communautaire (Commentaire de l'arrêt de la CJCE du 13 janvier 2004)», em *Revue du droit de l'Union européenne*, 3-2004, pp. 559 a 567, receia que esta decisão origine uma fonte de novas divergências na aplicação do direito comunitário (p. 566). Martín Rodríguez, P. — «La revisión de los actos administrativos firmes: ¿Un nuevo instrumento de garantía de la primacía y efectividad del derecho comunitario? Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de enero de 2004, C-453/00, Kühne & Heitz NV», em *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 5, Outubro de 2004 (www.iustel.com), sustenta que uma interpretação literal deste acórdão torna-o destituído de qualquer eficácia, pois não abundam as ordens jurídicas que habilitem a Administração a verificar uma decisão administrativa confirmada por sentença.

42 — Acórdão de 14 de Setembro de 1999 (C-310/97, Colect., p. I-5363).

73. Em consequência, esgotado o prazo para dela recorrer, uma decisão, mesmo viciada, não pode ser posta em causa, integrando-se definitivamente o defeito na ordem jurídica.

74. A invulnerabilidade dos actos consolidados, mesmo irregulares, erige-se, portanto, no modelo geral [43], já que nenhum sistema tolera que a validade das situações jurídicas se discuta indefinidamente.

75. O Tribunal de Justiça mostrou-se sensível a esta regra estrutural e, desde as suas primeiras decisões, tem-na apreciado [44], afirmando no próprio acórdão Kühne & Heitz a sua condição de princípio geral do direito comunitário (n.º 24), declaração reiterada no acórdão Gerekens e Procola (n.º 22) [45]. O acórdão AssiDöman negou que uma instituição comunitária fique obrigada a reanalisar decisões consentidas, quando outras de conteúdo idêntico, oportunamente impugnadas, foram anuladas por via judicial (n.º 63).

76. Ora, este princípio pode converter-se num obstáculo à aplicação uniforme e correcta do direito comunitário [46], pelo que a jurisprudência lhe nega carácter absoluto [47] e prevalência em qualquer conjuntura. O acórdão SNUPAT/Alta Autoridade [48] impôs a sua conciliação com outros valores dignos de protecção.

77. O primeiro desses valores que limitam a segurança jurídica é a equidade [49], cuja apreciação sugeri nas conclusões AssiDöman, não para procurar uma saída para o conflito então esclarecido, mas sim para precisar, com carácter geral, o alcance da segurança jurídica no âmbito comunitário. Apesar de o Tribunal de Justiça ter seguido o critério das minhas conclusões, evitou referir-se aos limites da equidade. O facto de uma decisão estar consolidada não tem de constituir um entrave a que se analise novamente o seu conteúdo, se a sua persistência provocar uma situação de injustiça

43 — Na doutrina alemã, Potacs, M. — «Bestandskraft staatlicher Verwaltungsakte oder Effektivität des Gemeinschaftsrechts? — Anmerkung zum Urteil vom 13. Januar, Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren, Rs C-453/00», em *Europarecht*, 2004, pp. 595 a 603, assinala que, em situações deste tipo, a prevalência do direito comunitário actua como excepção, unicamente se o direito nacional não prever mecanismos suficientes de resposta (p. 602).

44 — O acórdão de 12 de Julho de 1957, Algera e o. (7/56 e 3/57 a 7/57, Recueil, p. 81, Colect. 1954-1961, p. 157), anulou umas decisões em matéria de pessoal da Assembleia Comum da CECA, utilizando os padrões comuns às legislações dos Estados-Membros sobre a revogação de actos ilegais, que permitem a sua reapreciação dentro de um prazo razoável.

45 — Acórdão de 15 de Julho de 2004 (C-459/02, Colect., p. I-7315).

46 — Hatje, A. — «Die Rechtskraft und ihre Durchbrechungsmöglichkeiten im Lichte des Gemeinschaftsrechts», em *Das EuGH-Verfahren in Steuersachen*, Viena, 2000, pp. 133 a 149, em particular, p. 135.

47 — Peerbux-Beaugendre, Z. — «Autorité de la chose jugé et primauté du droit communautaire», em *Revue française de droit administratif*, n.º 3, Maio-Junho de 2005, pp. 473 a 481, segue esta opinião, já que uma sentença definitiva não é mais que a expressão de uma «verdade legal» relativa, cujas repercussões convém restringir em certas hipóteses.

48 — Acórdão de 22 de Março de 1961 (42/59 e 49/59, Recueil, p. 103, Colect. 1954-1961, p. 597).

49 — A Comissão denomina-a nas suas observações escritas «princípio da justiça material».

intolerável. A maioria dos Estados-Membros, para não dizer todos, contemplam por motivos desta natureza a quebra da inimpugnabilidade das decisões administrativas, esgotados os prazos de recurso. O sistema alemão fornece um bom exemplo. Segundo se informa nos autos de reenvio, a jurisprudência reduziu a margem de discricionariedade que o § 48 da VwVfG confere à Administração, reconhecendo ao cidadão o direito de requerer a revogação da decisão quando a sua manutenção se revele «simplesmente insuportável» [50].

78. Este travão à segurança jurídica adquire assim um carácter marcadamente subjectivo. Pretende-se eliminar as perturbações que repugnam ao mais elementar sentido de justiça, repudiando as discriminações e outros atentados contra a imparcialidade [51].

79. O outro ponto que agora me interessa sublinhar, de cariz mais objectivo, situa-se na «supralegalidade», abrangendo não só os fundamentos que articulam a ordem jurídica e que emprestam às demais normas o ar que respiram mas também a orientação desejada [52]. Quando a manutenção de um acto consolidado muda a essência do sistema ou o conduz a um beco sem saída, torna-se inevitável a sua eliminação.

80. Na realidade, ambas as fronteiras são parcialmente «coextensas», já que muitos dos valores que sustentam a equidade representam princípios gerais comuns às ordens jurídicas dos Estados-Membros e alguns revelam-se ao mais alto nível como direitos fundamentais da pessoa. Em definitivo, devem reprovar-se as soluções geradoras de maior dano para esses direitos que o que se pretende evitar, pois não há maior insegurança que a originada pela injustiça ou a ilegalidade manifesta.

81. Por conseguinte, na ordem jurídica comunitária, a título excepcional, a segu-

50 — Essa situação verifica-se, como já indiquei (n.º 26 das presentes conclusões), se a sua manutenção for lesiva da igualdade, se se opuser à ordem pública ou à boa fé, se enfermar de ilegalidade manifesta ou se, dadas as circunstâncias, o único exercício correcto do poder discricionário consistir na anulação.

51 — O direito espanhol exige que os órgãos da Administração Pública declarem oficiosamente, por iniciativa própria ou a requerimento do interessado, a nulidade dos actos que tenham posto termo à via administrativa ou de que se não tenha recorrido dentro do prazo, se lesarem os direitos e as liberdades susceptíveis de apoio constitucional, tida em conta a sua nulidade radical [artigo 102.º, n.º 1, conjugado com o artigo 62.º, n.º 1, alínea a), da Ley 30/1992, de 26 de Novembro, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (*Boletín Oficial del Estado* de 27 de Novembro de 1992)].

52 — A Constituição espanhola de 1978 é muito expressiva neste ponto. Depois de precisar no artigo 9.º, n.º 1, que todos, cidadãos e poderes públicos, estão sujeitos à Constituição e ao restante da ordem jurídica, ao configurar a posição da Administração, realça que esta serve com objectividade os interesses gerais, com inteira subordinação à lei e ao «direito» (artigo 103.º, n.º 1), submetendo-a a uma fiscalização jurisdicional, na qual se avalia tanto a legalidade da sua actividade como a sujeição aos objectivos que justificam a sua existência (artigo 106.º, n.º 1).

rança jurídica deixaria de actuar para garantir os seus alicerces, o que permitiria reapreciar decisões não impugnáveis [53]. Mas importa pormenorizar quando se aplica essa excepção. Com este objectivo mostra-se aconselhável olhar para o passado para confirmar que os padrões estruturais dessa ordem jurídica, em grande medida de criação pretoriana, se propõem assegurar o seu efeito útil e atingir a finalidade dos Tratados.

82. Não obstante, importa conhecer com certeza um limite sempre intransponível: os direitos de terceiros [54]. Quando estes sejam afectados, a estabilidade, mesmo injusta, deve prevalecer, compensando-se o lesado através de outras vias algo mais sinuosas, como a da responsabilidade do Estado por incumprimento do direito comunitário.

3. Um esforço contínuo em defesa do direito comunitário

83. O acórdão Van Gend & Loos [55] atribuiu ao direito comunitário a natureza de ordem jurídica independente, a favor da qual os Estados-Membros limitaram a sua soberania, para declarar o efeito directo do artigo 12.º do Tratado CEE (que passou, após alteração, a artigo 25.º CE) e a sua capacidade de gerar em benefício dos particulares direitos individuais susceptíveis de tutela pelos tribunais nacionais. O acórdão incidia sobre o conflito entre a referida disposição do Tratado CEE, que proibia o aumento dos direitos aduaneiros, e uma nova pauta aprovada pelo Governo neerlandês em 1960, que aumentara de 3% para 8% o direito aplicável a determinados produtos.

84. A atribuição dessa força imediata às normas comunitárias contém implícito o reconhecimento do seu primado sobre os sistemas estatais, anunciado no acórdão de 27 de Fevereiro de 1962, Comissão/Itália [56], e proclamado expressamente no acórdão Costa/ENEL [57]. Esta decisão, reproduzindo as considerações do acórdão Van Gend & Loos sobre a cessão de soberania e a especificidade da ordem jurídica da Comunidade, declarou a impossibilidade de os Estados-Membros fazerem prevalecer, sobre um sistema por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior, acrescentando que ficaria em perigo a realização dos objectivos daquela ordem jurídica se a sua força vinculativa variasse de um lugar para outro, em virtude de legislações internas posteriores. Baseou-se também no artigo 189.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 249.º CE),

53 — Hatje, A., *op. cit.* na nota 45, p. 146, situa-se numa posição próxima, defendendo o primado do direito comunitário se a consolidação formal constitui obstáculo à sua realização.

54 — Budischowsky, J. — «Zur Rechtskraft gemeinschaftswidriger Bescheide», em *Zeitschrift für Verwaltung*, 2000, pp. 2 a 15, e Urlesberger, F. — «Zur Rechtskraft im Gemeinschaftsrecht», em *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht*, 2004, pp. 99 a 104, são de opinião que as faculdades de revisão têm de deter-se onde começam os direitos dos outros. O artigo 106.º da Ley espanhola 30/1992, já referida, impede-as quando, devido ao decurso do tempo ou por outros motivos, neguem a equidade, a boa fé, o direito dos particulares ou as leis.

55 — Acórdão de 5 de Fevereiro de 1963 (26/62, Colect. 1962-1964, p. 205).

56 — Processo 10/61, Colect. 1962-1964, p. 1.

57 — Acórdão de 15 de Julho de 1964 (6/64, Colect. 1962-1964, p. 549).

que, ao conferir carácter obrigatório aos regulamentos, impede que as normas nacionais se lhes oponham, pois de outro modo poriam em causa os fundamentos da Comunidade.

85. O efeito directo e o primado não são meras técnicas para articular as relações entre ordens jurídicas diferentes, mas sim a expressão da Comunidade como uma associação de Estados, de povos e de cidadãos [58]; mas dado o contexto em que foram proferidos os acórdãos Van Gend & Loos e Costa/ /ENEL, persistia a dúvida sobre se tais asserções se aplicavam às directivas. Ora, o acórdão Ratti [59] reconheceu-lhes igual proeminência, ao declarar que, uma vez esgotado o prazo para a sua transposição, quem se ajusta às suas disposições não pode ficar submetido ao direito nacional ainda não adaptado.

86. A oportunidade para o Tribunal de Justiça de se pronunciar sobre a outra característica própria foi-lhe proporcionada por uma cidadã alemã, a Sr.ª Becker, que recusava pagar o imposto sobre o valor acrescentado correspondente a determinadas operações de crédito, não obstante estarem sujeitas a esse imposto face à legislação alemã vigente. Esgrimia o artigo 13.º, B), alínea d), primeiro parágrafo, da Sexta Directiva, que regula este imposto [60], que os Estados-Membros se haviam comprometido a transpor antes de 1 de Janeiro de 1979, para sustentar que esses negócios jurídicos estavam isentos. O acórdão Becker, de 19 de Janeiro de 1982 [61], decidiu que, a partir dessa data, as disposições incondicionais e suficientemente precisas da Sexta Directiva podiam ser invocadas directamente na República Federal da Alemanha, já que as normas desta classe, embora carecendo de efeito imediato, produzem-no quando os Estados-Membros não as transpõem ou o fazem incorrectamente. Com tais pressupostos, não podem ser privadas do carácter vinculativo que o artigo 189.º do Tratado CE lhes confere.

87. Esta propriedade é, portanto, interpretada como uma «sanção» automática pela omissão dos seus deveres pelos Estados-Membros, pelo que surgiu a dúvida sobre se também funciona quando as directivas disciplinam relações horizontais, em que o poder público está ausente. A resposta, negativa, foi facultada pelo acórdão Marshall [62], que encabeça uma longa lista, em que o acórdão Pfeiffer e o. [63] constitui um dos últimos elos.

88. Não obstante, as referidas características do direito comunitário desaconselham que

58 — Rodríguez Iglesias, G. C. — «El Poder Judicial en la Unión Europea», em *La Unión Europea tras la Reforma*, Universidad de Cantabria, 1998, p. 15.

59 — Acórdão de 5 de Abril de 1979 (148/78, Recueil, p. 1629).

60 — Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios — Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme (JO L 145, p. 1; EE 09 F1 p. 54).

61 — Processo 8/81, Recueil, p. 53.

62 — Acórdão de 26 de Fevereiro de 1986 (152/84, Colect., p. 723).

63 — Acórdão de 5 de Outubro de 2004 (C-397/01 a C-403/01, Colect., p. I-8835).

se fique conformado com a não aplicação das suas determinações, pois tal lesaria os objectivos dos Tratados. O Tribunal de Justiça realçou que o princípio da lealdade acolhido no artigo 5.º do Tratado CE (actual artigo 10.º CE) obriga os Estados-Membros a adoptarem as medidas gerais ou especiais adequadas para se atingir as metas estabelecidas nas directivas, tarefa que incumbe a todas as autoridades nacionais, incluindo as jurisdicionais. Esta ideia, plasmada no acórdão Von Colson e Kamann [64], atenuou a denegação de efeito directo às directivas num litígio entre particulares, impulsionando a doutrina denominada da «interpretação conforme», nos termos da qual, ao aplicar o seu direito, o juiz nacional deve dar sentido à lei comunitária, desta forma respeitando o terceiro parágrafo do artigo 189.º do Tratado CE.

89. O acórdão Marleasing [65] aprofundou esta orientação e indicou a solução concreta para conferir força à ordem jurídica comunitária. Discutia-se a nulidade de um contrato de sociedade por ser desprovido de fim, fundamento não previsto no artigo 11.º da Directiva 68/151/CEE [66], necessitando de ser desenvolvido no direito espanhol, cujo Código Civil o contempla nos artigos 1261.º e 1275.º O Tribunal de Justiça optou pela interpretação do direito interno à luz do texto e da finalidade da directiva, para impedir a declaração de invalidade de uma sociedade por uma razão distinta das enumeradas no artigo 11.º O juiz de reenvio resolveu o litígio [67] substituindo a aplicação dos artigos do Código Civil pela lei comunitária.

90. Esta consequência tinha sido reconhecida pela jurisprudência. O acórdão Simmenthal [68] impôs aos juízes dos Estados-Membros o encargo de garantirem a plena eficácia do direito comunitário, deixando de aplicar, se necessário, as disposições contrárias da legislação nacional, mesmo posteriores, sem aguardar a sua revogação ou a sua eliminação do universo jurídico através de qualquer processo constitucional. O reverso da moeda é fornecido pelo acórdão Fratelli Costanzo [69], no qual se exige que seja aplicada, mesmo oficiosamente, uma directiva, apesar da existência de normas nacionais que a contradizem.

91. O desígnio não varia: assegurar a utilidade do direito comunitário. A doutrina da interpretação conforme e o poder de afastar o direito nacional constituem desvios provocados por não se ter admitido o efeito directo horizontal das directivas. Um bom exemplo é dado pelo acórdão Arcaro [70], que denunciou a falta de um mecanismo para eliminar as normas de um Estado contrárias a uma directiva e reconheceu que o compromisso

64 — Acórdão de 10 de Abril de 1984 (14/83, Recueil, p. 1891).

65 — Acórdão de 13 de Novembro de 1990 (C-106/89, Colect., p. I-4135).

66 — Primeira Directiva do Conselho, de 9 de Março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias exigidas em toda a Comunidade (JO L 65, p. 8; EE 17 F1 p. 3).

67 — Sentença do Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Oviedo, de 23 de Fevereiro de 1991.

68 — Acórdão de 9 de Março de 1978 (106/77, Colect., p. 243).

69 — Acórdão de 22 de Junho de 1989 (103/88, Colect., p. 1839).

70 — Acórdão de 26 de Setembro de 1996 (C-168/95, Colect., p. I-4705).

do juiz de interpretar essas normas ao abrigo do direito comunitário colide com obstáculos insuperáveis, quando aquelas sujeitam um particular a uma obrigação ainda não incorporada. Nem sequer o acórdão Pfeiffer e o., já referido, solucionou definitivamente o problema, já que, seguindo as sugestões das minhas conclusões de 27 de Abril de 2004, as segundas apresentadas nesse processo, propôs que, nesse esforço hermenêutico, os juízes nacionais não se limitem a examinar o direito próprio aprovado para adaptar as directivas, mas que observem também o resto da ordem jurídica nacional, para favorecer um resultado que não infrinja o direito comunitário.

92. O Tribunal de Justiça, sempre preocupado em defender a virtualidade dessa ordem jurídica, quis fechar o círculo para evitar que as dificuldades da sua articulação com os sistemas nacionais conduzisse a um beco sem saída. O acórdão Francovich e Bonifaci [71] consagrou o princípio segundo o qual, quando não se consiga obter por via interpretativa a intenção ínsita numa directiva, o Estado-Membro é obrigado a reparar os prejuízos causados aos cidadãos por não ter incorporado dentro do prazo as previsões daquela ou o ter feito incorrectamente. A plenitude das normas comunitárias seria posta em causa e a protecção dos direitos por elas conferidos enfraquecida se se negasse aos seus titulares uma compensação quando fossem violadas por culpa de um Estado-Membro, imperativo que se intensifica se a operatividade de tais direitos estiver dependente de uma acção estatal e, por conseguinte, os cidadãos não puderem, na falta de tal acção, invocá-los nos seus órgãos jurisdicionais. O Tribunal de Justiça também justificou esta ideia com base nas linhas de rumo do artigo 5.º do Tratado, já referido, que obriga a eliminar as sequelas de uma infracção ao direito comunitário.

93. Este último acórdão esboçou as condições para o nascimento do dever de reparação. Decisões posteriores têm-no precisado, assinalando os poderes do Estado aos quais é de imputar a responsabilidade. O acórdão Brasserie du Pêcheur e Factortame [72] reconheceu essa responsabilidade do Estado mesmo quando a infracção provém do poder legislativo, ao passo que o acórdão Köbler [73] fez o mesmo em relação ao poder judicial. O acórdão Comissão/Itália, de 9 de Dezembro de 2003 [74], declarou também a responsabilidade do Estado legislador por não alterar uma lei que os tribunais italianos interpretavam de modo contrário à efectividade do direito comunitário [75].

71 — Acórdão de 19 de Novembro de 1991 (C-6/90 e C-9/90, Colect., p. I-5357).

72 — Acórdão de 5 de Março de 1996 (C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1029).

73 — Acórdão de 30 de Setembro de 2003 (C-225/01, Colect., p. I-10239).

74 — Processo C-129/00, Colect., p. I-14637.

75 — Martín Rodríguez, P., *op. cit.*, na nota 40, qualifica os acórdãos Kühne & Heitz, Köbler e Comissão/Itália de «carta da responsabilidade judicial».

4. Os requisitos para a reapreciação dos actos administrativos

94. O exposto nos números precedentes das presentes conclusões mostra que os critérios que articulam a vigência e a revogação das normas ou a sua interpretação, assim como a sua hierarquia, ou o da estrita vinculação dos juízes à lei, com relevância semelhante nos sistemas constitucionais dos Estados-Membros, com o da segurança jurídica, cederam quando se tratava de conferir virtualidade ao direito comunitário, sem remover as raízes das ordens jurídicas nacionais.

95. Dado que, como já referi, a equidade e os princípios gerais do direito atenuam por vezes o impacto da segurança jurídica, pode-se defender que tal ocorra quando a sua aplicação rigorosa comprometa a essência do direito comunitário cristalizando em situações que menosprezem os referidos princípios. Ajustando esta ideia às peculiaridades do caso ISIS e i-21, deduz-se que seria de proceder a uma nova apreciação das liquidações consolidadas se a sua manutenção perturbasse os desígnios do direito comunitário e gerasse injustiças contrárias aos seus fundamentos, em particular ao imperativo da proporcionalidade [76].

76 — Galetta, D. U., *op. cit.*, na nota 7, realça o papel da proporcionalidade nesta matéria, que implica apreciar as circunstâncias de cada caso.

a) Uma solução que prejudica a abertura das telecomunicações

96. O passo inicial seria, portanto, indagar se a manutenção relativamente à ISIS e à i-21 das elevadas taxas que pagaram sem reclamar, enquanto foram devolvidas a outros operadores na sequência de recurso ou negociação, menospreza os objectivos da Directiva 97/13 e, em geral, o pacote legislativo dedicado à liberalização do mercado das telecomunicações.

97. A solução proposta para a primeira questão prejudicial fornece um indício, já que, conforme analisei, o artigo 11.°, n.° 1, reprova um tributo configurado nos termos do TKLGebV 1997. Ora, esta constatação em abstracto carece de significado, porque a mera desconformidade não revela qualquer obstáculo insuperável à vontade do legislador.

98. O juízo revela-se mais nítido ao examinar com atenção as disposições fiscais da Directiva 97/13 e a forma como se desenvolveram os acontecimentos.

99. O artigo 11.° e o artigo 6.° favorecem a concorrência nas telecomunicações, proibindo que as empresas sejam oneradas por

mais encargos que os que prevêem, para facilitar a entrada de novos protagonistas; desta forma, colaboram no projecto de instalar um mercado comum no sector, garantindo as liberdades de circulação, sem outras restrições além das necessárias para o interesse geral [77].

100. Por isso, se forem exigidas prestações distintas das expressamente reguladas na Directiva 97/13 (processos Albacom e Infostrada) ou se, mesmo respeitando as suas determinações, forem pedidas de maneira não igualitária (processos ISIS Multimedia e Firma 02), são frustrados os objectivos comunitários. É precisamente contra esta situação que a ISIS e a i-21 se insurgem.

101. Nas datas em que foram praticados os actos agora discutidos (18 de Maio de 2001, a primeira, e 14 de Junho de 2000, a segunda), operavam no mercado alemão trezentas e cinco empresas titulares de licenças das classes 3 e 4. Deste conjunto, nove obtiveram a devolução na sequência de terem ganho os recursos que interpuseram; contudo, cento e quarenta e nove chegaram ao mesmo porto pela via da negociação. Outro grupo de cinco fê-lo porque, não estando consolidadas as liquidações quando o Bundesverwaltungsgericht proferiu o acórdão de 19 de Setembro de 2001, foram oficiosamente revogadas. Oito empresas estão na situação da ISIS e da i-21.

102. Desta forma, um grupo de titulares de licenças das classes 3 e 4 pagou as taxas do anulado TKLGebV 1997, certamente elevadas (em particular, a ISIS 67 316,69 EUR e a i-21 5 419 693,94 EUR), enquanto as restantes estão presentes no mercado mediante o pagamento das taxas do TKLGebV 2002, que oscilam entre 1 000 EUR e 4 260 EUR. As diferenças são enormes, fora de qualquer lógica, reflectindo-se nos balanços económicos das empresas.

103. Numa fase de transição de um período fechado, dominado por direitos exclusivos e especiais a favor de certas empresas, para outro em que se pretende um mercado competitivo e aberto a todos, qualquer travão à incorporação de novos operadores consolida o *statu quo* e restringe a concorrência, principalmente se contiver aspectos discriminatórios. O acórdão Connect Austria, já referido, é muito expressivo quanto a este ponto, ao reiterar que um sistema de concorrência não falseada só se mostra possível se for assegurada a igualdade de oportunidades entre os agentes económicos (n.º 83), asserção que permitiu ao acórdão ISIS Multimedia e Firma 02, também já

77 — Sobre uma interpretação teleológica das directivas aprovadas desde 1990, podem consultar-se os n.os 45 e segs. das conclusões no processo Nuova società di telecomunicazioni, já referidas.

referido, declarar que a Directiva 97/13 não aprova tratamentos favoráveis ao antigo monopólio que, actualmente, ocupa uma posição dominante. Por conseguinte, as autoridades reguladoras devem agir com neutralidade e não introduzir disparidades arbitrárias.

104. Em suma, a subsistência dos actos ilegais controvertidos nestas questões prejudiciais (cujo impacto, não se esqueça, se prolongará durante trinta anos) consolida uma conjuntura que repugna ao direito comunitário, dificultando a consumação do processo gradual de abertura iniciado com as Directivas 90/387/CEE [78] e 90/388/CEE [79].

105. Há que esclarecer, além disso, se essa sequela é essencialmente injusta e contrária aos princípios que informam o direito comunitário.

b) Uma consequência inaceitável

106. À partida, a solução consagra um tratamento assimétrico relativamente a sujeitos que, aparentemente, ocupam uma posição idêntica, todos titulares de licenças das classes 3 e 4 para estarem presentes no mercado alemão [80]; se não existisse uma justificação objectiva e razoável, a sua radical inobservância de uma regra nuclear do direito comunitário [81] obrigaria a reapreciar as liquidações controvertidas, não obstante estarem consolidadas, mas se tivesse uma explicação satisfatória, a segurança jurídica impediria outra análise.

107. Poderia argumentar-se que a trajectória da ISIS e da i-21 não coincidiria com a de outras organizações, pois não impugnaram as liquidações que lhes foram apresentadas, pelo que isso justificaria a diferença de regime. Mas esta afirmação não é inteiramente certa, pois pelo menos algumas das que obtiveram a devolução também não o fizeram, concretamente, as que assinaram com a autoridade reguladora convenções de «igualdade de tratamento» que, segundo informa o Governo alemão, renunciaram a interpor recursos após o reembolso dos direitos pagos. Outras empresas nem sequer recorreram, porque as suas contribuições foram anuladas oficiosamente.

78 — Directiva do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa à realização do mercado interno dos serviços de telecomunicações mediante a oferta de uma rede aberta de telecomunicações (JO L 192, p. 1).

79 — Directiva da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações (JO L 192, p. 10).

80 — Reinersddorff, W. — «Rückforderung gezahlter Lizenzgebühren trotz Rechtskraft des Gebührenbescheids», em *Multimedia und Recht*, 2002, pp. 299 a 300, chama a atenção sobre o complicado paradoxo das empresas que pagaram a taxa sem interpor qualquer recurso previsto na lei e propõe, para obter a devolução das quantias indevidamente pagas, a propositura de acções de indemnização por responsabilidade do Estado derivada da incorrecta transposição da Directiva 97/13.

81 — A proibição de qualquer desigualdade sem causa faz parte das ordens jurídicas dos Estados-Membros e, por via do artigo 6.º, n.º 2, UE, é erigida em princípio geral do direito comunitário.

108. Pouco importam as causas que levaram a ISIS e a i-21 a ficar fora da negociação [82], porque o facto de não terem reagido não valida o regime divergente, desfavorável e desproporcionado, convertendo em inatacáveis as imposições ilegais a que foram sujeitos. Várias considerações confirmam esta apreciação.

109. Em primeiro lugar, numa perspectiva meramente instrumental, a sua passividade não é equiparável a falta de diligência, pois quando lhes foi exigido o pagamento não tinha sido declarada a ilegalidade do TKLGebV 1997 e dos actos administrativos praticados em sua aplicação [83]. Por outras palavras, naquela altura não lhes era exigível um comportamento *ad cautelam* desse tipo, já que não era manifesto o vício que depois foi declarado.

110. Em segundo lugar, numa perspectiva mais profunda, é de refutar que, no enquadramento jurídico vigente nos presentes processos, a cristalização na ordem jurídica de uma irregularidade incompatível com os seus desígnios dependa de um facto aleatório como a data de um acórdão, o de 19 de Setembro de 2001. Essa discriminação entre os operadores, que perturba tanto a igualdade de oportunidades no acesso ao mercado das telecomunicações como a sua liberalização, baseada no dia em que o Bundesverwaltungsgericht anulou o TKLGebV 1997, não deve levar à recusa de uma nova análise das taxas que então já não podiam ser discutidas, nem à revogação oficiosa das demais, substituindo-as por outras mais leves, as do TKLGebV 2002. As empresas que tiveram a sorte de a contribuição lhes ter sido reclamada mais tarde receberam um presente inesperado, sem qualquer mérito da sua parte.

111. Finalmente, numa visão mais substancial, a manutenção de um acordo ilegal, independentemente do seu alcance e dos seus efeitos no sistema jurídico, com o argumento de que foi «aceite» pelo seu destinatário, para além de transformar em princípio absoluto uma técnica ao serviço da ordem jurídica, reproduz uma lógica própria do direito privado, ocultando a ligação fundamental da Administração ao interesse público e à legalidade. Assim o referi nas minhas conclusões no processo AssiDöman, já referidas (n.º 49).

112. Importa realçar, no interesse do rigor conceptual, algumas hipóteses de «acto consolidado», que divergem quanto à sua legitimidade, à sua consistência e à eventualidade da sua fiscalização. Os requisitos da segurança jurídica aumentam se a decisão governativa foi objecto da fiscalização judicial, que acrescenta a essa característica de

82 — Segundo informaram nas suas alegações orais, a i-21, empresa britânica com sede no Reino Unido, desconhecia a possibilidade de fazer um acordo, enquanto a ISIS o fez, mas apenas parcialmente.

83 — Na audiência, foi referido que o Oberverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo de 2.ª Instância) da Renânia do Norte-Vestfália deu por assente a sua correcção, por despacho de 27 de Outubro de 1999, proferido num procedimento cautelar (processo 13 B 843/99, publicado em *Multimedia und Recht*, 2000, pp. 115 e segs.).

«acto consolidado» a força própria do «caso julgado». No confronto entre estabilidade e legalidade, esta última adquire mais relevo quando a primeira reveste, como nos litígios originários [84], carácter exclusivamente administrativo.

113. Não obstante, pode haver quem sustente que, apesar de tudo, o antagonismo das situações justificaria um regime ligeiramente diferente, pois, para desembocar no mesmo mar, as empresas teriam utilizado vias fluviais separadas. As que impugnaram a correspondente liquidação ou negociaram por via directa a anulação, precedida de revisão oficiosa. As que adoptaram uma atitude passiva e deixaram decorrer o prazo de recurso, construindo um leito muito mais tortuoso a reparação por responsabilidade patrimonial do Estado. Mas este enunciado não tem em conta a opção das que, querendo permanecer inactivas, acabaram por beneficiar de um evento estranho à sua vontade (a prolação do acórdão do Bundesverwaltungsgericht quando a respectiva liquidação não estava consolidada), colhendo um fruto que também não tinham semeado, e corresponde a uma óptica meramente subjectiva, esquecendo a dimensão objectiva, a do interesse público, que requer um tratamento igualitário para combater qualquer impedimento à abertura do mercado das telecomunicações.

84 — Elemento que os distingue do processo que decidiu a questão prejudicial Kühne & Heitz, em que a decisão administrativa foi confirmada por via jurisdicional, através de um acórdão em última instância.

114. Em suma, nas circunstâncias de ambos os reenvios prejudiciais foi cometida uma infracção ao direito comunitário contrária à equidade e aos princípios gerais que o informam, devendo ser reconsiderada a solução que daí resulta.

5. A autonomia processual dos Estados-Membros nos seus justos limites

115. A resposta surge com toda a evidência: quando seja pertinente, os juízes nacionais devem voltar a apreciar os actos administrativos, seguindo os trâmites próprios da sua ordem jurídica [85]. Recorde-se que, na ausência de medidas de harmonização [86], compete aos Estados-Membros prever os procedimentos para a tutela dos direitos que a ordem jurídica comunitária confere, mas este poder está sujeito a dois limites: em primeiro lugar, a regulamentação a instituir não pode ser menos favorável que a estabelecida para acções semelhantes de natureza interna (princípio da equivalência); em segundo

85 — Para Galetta, D. U., *op. cit.*, na nota 7, a Administração Pública nacional deve, no âmbito da autonomia processual reconhecida aos Estados-Membros, utilizando os instrumentos à sua disposição, eliminar as repercussões de uma violação do direito comunitário (p. 49).

86 — Soriano, J. E. — «Dos vivas por el triunfo de los principios generales en el derecho administrativo de la Comunidad (Nota sobre las conclusiones del abogado general Ruiz-Jarabo sobre la aplicación de la equidad como criterio justificador de una nueva vía de revisión de oficio. Asunto C-310/97 P)», em *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competência*, n.º 200, Abril-Maio de 1999, pp. 49 a 54, defende a elaboração de uma legislação que organize «um processo administrativo comunitário».

lugar, deve articular-se de modo a que não seja na prática excessivamente difícil ou impossível o exercício desses direitos (princípio da efectividade) [87].

116. Os sistemas jurídicos dos Estados-Membros conhecem, com uma ou outra denominação, a eventualidade de levar a cabo uma nova fiscalização dos actos administrativos irrecorríveis, se estes enfermarem de determinadas anomalias. No direito alemão, o § 48 da VwVfG confere à Administração a faculdade de revogar uma decisão irregular, mesmo consolidada. Se a sua manutenção se revelar «simplesmente insuportável», a jurisprudência nacional tem refreado este poder, até acabar com a sua discricionariedade, criando uma obrigação de anulação.

117. Compete, portanto, ao juiz de reenvio interpretar e aplicar este preceito de modo a que, respeitando os referidos princípios, garantindo os direitos de terceiros e evitando soluções *contra legem*, permita que o artigo 11.º, n.º 1, da Directiva 93/13 desenvolva a sua operatividade.

118. Não se deve esquecer que o referido n.º 1, tal como o n.º 2 da mesma disposição, é, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicional e suficientemente preciso, pelo que goza de efeito directo [88], circunstância que obriga o juiz nacional a um esforço para que as suas disposições processuais facilitem uma solução coerente com essa característica da legislação europeia. O dever de interpretação do direito nacional em conformidade com os imperativos do direito comunitário, configurado no acórdão Marleasing e com o alcance assinalado no acórdão Pfeiffer e o., ambos já referidos, revela aqui todo o seu fulgor.

119. Além disso, transcendendo as peculiaridades do sistema alemão, que proporciona ao juiz uma legislação que pode servir de apoio à sua tarefa de dar virtualidade à ordem jurídica comunitária, a dificuldade seria solucionada por via hermenêutica [89]. O

87 — Os acórdãos de 16 de Dezembro de 1976, Rewe, já referido, e Comet (45/76, Recueil, p. 2043, Colect., p. 835), foram os primeiros a pronunciar-se desta maneira, encabeçando uma longa lista. O acórdão de 7 de Janeiro de 2004, Wells (C-201/02, Colect., p. I-723), serviu-se da anterior doutrina para revogar ou suspender uma autorização de exploração de uma pedreira que tinha sido concedida sem a correspondente avaliação do impacto ambiental.

88 — O referido acórdão Connect Austria reivindicou esta característica para o artigo 11.º, n.º 2, da directiva.

89 — Frenz, W., «Rücknahme eines gemeinschaftsrechtswidrigen belastenden VA», em *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2004, pp. 373 a 376, defende a aplicação da lei nacional se contemplar a revogação de actos administrativos consolidados, transformando-se em regulamentado o eventual poder discricionário que atribui. Ora, se na ordem jurídica nada se diz sobre a matéria, sugere o afastamento das normas processuais internas para evitar disparidades entre os Estados-Membros. Recorda que essa qualidade de acto consolidado é susceptível de bloquear o direito comunitário, consequência proibida pelo Tribunal de Justiça, como demonstra a jurisprudência sobre o efeito directo das directivas e a responsabilidade estatal. Budichowsky, J., «Zur Rechtskraft gemeinschaftswidriger Bescheide», em *Zeitschrift für Verwaltung*, 2000, pp. 2 a 15, alinha com esta posição, opinando que a ordem jurídica da Comunidade deve prevalecer sobre as normas internas que impedem a revisão oficiosa. Segundo Antonucci, M., «Il primato del diritto comunitario», em *Il Consiglio di Stato*, 2004, pp. 225 a 233, não resta às Administrações nacionais outra opção que não seja reapreciar os seus acordos anteriores que se opõem à referida ordem jurídica interpretada pelo Tribunal de Justiça. Gentili, F., «Il principio comunitario di cooperazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia C.E.», em *Il Consiglio di Stato*, 2004, pp. 233 a 238, realça que o princípio em questão requer a anulação *ex officio* de qualquer decisão administrativa contrária ao mencionado sistema jurídico, eliminando o arbítrio discricionário que o exercício da autotutela administrativa revela em muitas ordens jurídicas nacionais.

acórdão Ciola [90] declarou que um acto administrativo consolidado incompatível com o direito comunitário não pode diminuir a protecção jurídica dos particulares. No terceiro pilar da União Europeia, em que as decisões-quadro não têm efeito directo [artigo 34.°, n.° 2, alínea b), UE], o recente acórdão Pupino [91] habilitou o juiz de reenvio a aplicar uma formalidade processual excepcional (o depoimento antecipado num processo penal sem ser perante o colectivo) numa situação não contemplada pelo legislador nacional, para cumprir os objectivos da Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal [92].

120. Com o mesmo desígnio, o Tribunal de Justiça sustentou, mesmo em processos judiciais, embora com carácter extraordinário, interpretações alheias à letra da lei nacional, pois a jurisprudência Simmenthal e Factortame e o. [93] obriga os juízes a afastar qualquer disposição que contenha um entrave à plena eficácia do direito comunitário. Neste sentido, o acórdão Peterbroeck [94] declarou que esta ordem jurídica se opunha a uma norma processual nacional que, no contexto do litígio originário [95], proibia o juiz nacional de apreciar oficiosamente a compatibilidade de um acto de direito interno com uma disposição comunitária, quando esta última não tivesse sido invocada pelo particular dentro de um determinado prazo. Por seu turno, o acórdão Océano Grupo Editorial e Salvat Editores [96] afirmou que a interpretação conforme requer que o juiz privilegie a exegese que confira virtualidade à Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993 [97], relativa à protecção dos consumidores, recusando oficiosamente assumir uma competência que lhe é atribuída por força de uma cláusula abusiva. Nesta linha, o acórdão Cofidis [98] declarou que essa directiva se opõe a uma regulamentação nacional que, numa acção intentada por um profissional contra um consumidor e emergente de um contrato entre eles, impede o juiz nacional de, findo um prazo de caducidade, conhecer oficiosamente, ou na sequência de uma excepção suscitada pelo consumidor, do carácter abusivo de uma cláusula inserida no referido contrato. O acórdão Larsy [99] decretou a exclusão de normas nacionais (nesse caso, o princípio do caso julgado) na medida em que impeçam a protecção efectiva dos direitos que derivam do efeito directo do direito comunitário.

121. Por conseguinte, em virtude do compromisso de lealdade proclamado no artigo 10.° CE, o artigo 11.° da Directiva 97/13 prevê a verificação das liquidações que o contradigam e tenham adquirido o carácter de acto consolidado por não terem sido

90 — Acórdão de 29 de Abril de 1999 (C-224/97, Colect., p. I-2517).

91 — Acórdão de 16 de Junho de 2005 (C-105/03, Colect., p. I-5285).

92 — JO L 82, p. 1.

93 — Acórdão de 19 de Junho de 1990 (C-213/89, Colect., p. I-2433).

94 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1995 (C-312/93, Colect., p. I-4599).

95 — Contexto descrito nos n.os 17 a 21 do acórdão.

96 — Acórdão de 27 de Junho de 2000 (C-240/98 a C-244/98, Colect., p. I-4941).

97 — Directiva relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO L 95, p. 29).

98 — Acórdão de 21 de Novembro de 2002 (C-473/00, Colect., p. I-10875).

99 — Acórdão de 28 de Junho de 2001 (C-118/00, Colect., p. I-5063).

impugnadas atempadamente, se a sua manutenção infringir o espírito da referida disposição, provocando situações injustas e contrárias à equidade e aos demais princípios que inspiram a ordem jurídica comunitária. Os juízes nacionais devem interpretar o seu direito nacional de forma a que, verificando-se tais circunstâncias, aprove a reapreciação dos referidos actos, salvaguardando os direitos de terceiros.

VI — Conclusão

122. À luz das precedentes considerações, sugiro que o Tribunal de Justiça responda ao Bundesverwaltungsgericht que:

«1) O artigo 11.°, n.° 1, da Directiva 97/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Abril de 1997, relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações, opõe-se a uma taxa sobre a emissão, gestão, controlo e aplicação das licenças individuais, calculada sobre a previsão dos custos administrativos gerais da autoridade reguladora nacional durante um período de trinta anos.

2) Tendo em conta o dever de cooperação leal proclamado no artigo 10.° CE, o artigo 11.°, n.° 1, da Directiva 97/13 exige que as liquidações efectuadas de taxas por licenças individuais que o infrinjam, e que tenham adquirido o carácter de acto consolidado por não ter sido interposto recurso nos prazos previstos, possam ser reapreciadas se, impedindo que sejam atingidos os objectivos daquela disposição, consolidarem situações contrárias à equidade e aos princípios que inspiram a ordem jurídica comunitária. Compete aos juízes nacionais interpretar o seu direito nacional de forma que facilite essa reapreciação, sem prejuízo dos direitos de terceiros.»