

Processo C-339/21

**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1,
do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça**

Data de entrada:

31 de maio de 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:

Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional,
Itália)

Data da decisão de reenvio:

11 de maio de 2021

Recorrentes

Colt Technology Services SpA

Wind Tre SpA

Telecom Italia SpA

Vodafone Italia SpA

Recorridos:

Ministero della Giustizia

Ministero dello Sviluppo Economico

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Procura Generale della Repubblica (presso Corte d'appello di
Reggio Calabria)

Procura della Repubblica di Cagliari

Procura della Repubblica (presso il Tribunale di Roma)

Procura della Repubblica (presso il Tribunale di Locri)

Objeto do processo principal

Recurso dos Acórdãos do Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália) que negaram provimento aos recursos interpostos pelos recorrentes contra o decreto interministeriale (Decreto Interministerial) de 28 de dezembro de 2017, através do qual, em aplicação do artigo 96.º do decreto legislativo n.º 259 (Decreto Legislativo n.º 259) de 2003 [«Codice delle comunicazioni elettroniche» («Código das Comunicações Eletrónicas», Itália)], se estabeleceram as modalidades e os critérios do reembolso devido aos operadores de telecomunicações pela realização das operações de interceção de fluxos de comunicações.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a legislação nacional que estabelece que a tarifa paga aos operadores de telecomunicações pela execução das atividades de interceção, realizadas obrigatoriamente com fundamento nos pedidos da autoridade judiciária, pode ser quantificada pelos ministérios competentes de forma não conforme com o princípio do reembolso integral dos custos. Essa legislação pode ser contrária aos princípios de direito da União Europeia da não discriminação, da proteção da concorrência, da liberdade de estabelecimento, da liberdade de empresa e da proporcionalidade da atuação administrativa. O órgão jurisdicional de reenvio submete a questão prejudicial ao abrigo do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE.

Questão prejudicial

«Opõem-se os artigos 18.º, 26.º, 49.º, 54.º e 55.º TFUE, os artigos 3.º e 13.º da Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, e os artigos 16.º e 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia a uma legislação nacional que, ao delegar na autoridade administrativa a competência para fixar a compensação a pagar aos operadores de telecomunicações pela realização obrigatória das atividades de interceção de fluxos de comunicações ordenadas pelas autoridades judiciárias, não impõe o respeito pelo princípio do reembolso integral dos custos concretamente suportados e devidamente documentados pelos operadores em relação a essas atividades e, além disso, obriga as autoridades administrativas a obter uma redução da despesa face aos critérios anteriores para o cálculo da compensação?»

Disposições de direito da União invocadas

Artigos 18.º, 26.º, 49.º, 54.º e 55.º TFUE.

Artigos 3.º e 13.º, bem como anexo I da Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas.

Artigos 16.º e 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Disposições de direito nacional invocadas

– Decreto interministeriale (Decreto Interministerial) de 28 de dezembro de 2017, emitido pelo Ministro della giustizia (Ministro da Justiça, Itália) e pelo Ministro dello sviluppo economico (Ministro do Desenvolvimento Económico, Itália) em conjunto com o Ministro dell'economia e delle finanze (Ministro da Economia e das Finanças, Itália) — Disposizione di riordino delle spese per le prestazioni obbligatorie (Disposições de reestruturação da despesa para as prestações obrigatórias) nos termos do artigo 96.º do Decreto Legislativo n.º 259 de 2003.

– Artigo 28.º do decreto legislativo n.º 259 (Decreto Legislativo n.º 259) de 2003 [«Codice delle comunicazioni elettroniche» («Código das Comunicações Eletrónicas»); a seguir «CCE»]

«Art.28.º - Condições associadas à autorização geral e aos direitos de utilização de radiofrequências e de números.

1. A autorização geral de oferta de serviços ou redes de comunicações eletrónicas, os direitos de utilização de radiofrequências e os direitos de utilização de números apenas poderão estar sujeitos às condições enumeradas respetivamente nas partes A, B e C do anexo 1. Essas condições serão não discriminatórias, proporcionais e transparentes e, no caso dos direitos de utilização de radiofrequências, conformes com o artigo 14.º do Código. A autorização geral está sempre sujeita à condição n.º 11 da parte A do anexo 1.»

O anexo 1 contém «a lista completa das condições que podem ser associadas às autorizações gerais (Parte A), aos direitos de utilização de radiofrequências (parte B) e aos direitos de utilização de números (Parte C), como referido nos artigos 28.º, n.º 1, e 33.º, n.º 1, do Código»; a parte A do anexo indica as «condições das autorizações gerais», entre as quais a prevista no n.º 11, a saber, «assegurar as prestações no interesse da justiça previstas no artigo 96.º do Código, desde o início da atividade».

Artigo 96.º do mesmo decreto legislativo

«Art. 96.º - Prestações obrigatórias

1. Os operadores estão obrigados a efetuar as prestações no interesse da justiça decorrentes de pedidos de interceção e de informação por parte das autoridades

judiciárias competentes; os prazos e as modalidades são acordados com as referidas autoridades até à aprovação do decreto referido no n.º 2.

2. Com vista à adoção da taxa fixa anual pelas prestações obrigatórias referidas no n.º 1, por despacho do Ministro da Justiça e do Ministro do Desenvolvimento Económico em conjunto com o Ministro da Economia e das Finanças a emitir até 31 de dezembro de 2017, proceder-se-á à revisão dos itens da tabela a que se refere o Decreto do Ministro das Comunicações, de 26 de abril de 2001, publicado na Gazzetta Ufficiale (Jornal Oficial) n.º 104, de 7 de maio de 2001. O decreto:

a) regula os tipos de prestações obrigatórias e determina as respetivas tarifas, tendo em conta a evolução dos custos e dos serviços, de forma a obter uma redução da despesa de, pelo menos, 50 % relativamente às tarifas praticadas. A tarifa inclui os custos de todos os serviços simultaneamente ativados ou utilizados por qualquer identidade de rede;

b) identifica as entidades vinculadas a realizar as prestações obrigatórias de interceção, incluindo os prestadores de serviços cujas infraestruturas permitem o acesso à rede ou a distribuição de conteúdos de informação ou comunicação, e as que, a qualquer título, prestam serviços de comunicações eletrónicas ou fornecem aplicações, mesmo que utilizáveis através de redes de acesso ou de transporte de terceiros;

c) define as obrigações das entidades vinculadas a realizar as prestações obrigatórias e as respetivas modalidades de execução, incluindo a observância de procedimentos informáticos homogéneos na transmissão e gestão das comunicações de natureza administrativa, incluindo no que respeita às fases prévias ao pagamento dessas prestações.

3. Em caso de incumprimento das obrigações que resultam do decreto referido no n.º 2, é aplicável o artigo 32.º, n.ºs 2, 3, 4, 5 e 6.

4. Até à adoção do decreto referido no n.º 2, a prestação de informações relativas ao tráfego telefónico é efetuada de forma gratuita. No que respeita às prestações no interesse da justiça não incluídas no primeiro período, continua a aplicar-se a tabela adotada por decreto do Ministro delle comunicazioni (Ministro das Comunicações) de 26 de abril de 2001, publicado na Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana (Jornal Oficial da República Italiana) n.º 104, de 7 de maio de 2001.

5. Para efeitos do fornecimento das prestações referidas no n.º 2, os operadores têm a obrigação de negociar entre si os meios de interligação com vista a garantir o fornecimento e a interoperabilidade dessas prestações. O ministério pode intervir, se necessário, por iniciativa própria ou, na falta de acordo entre os operadores, a pedido de um deles.»

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Através de recursos separados, as operadoras de telecomunicações Colt Technology Services S.p.A., Wind Tre S.p.A., Telecom Italia S.p.A. e Vodafone Italia S.p.A. impugnaram, no Tribunale amministrativo regionale del Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália) (a seguir «TAR do Lácio»), o Decreto Interministerial de 28 de dezembro de 2017, emitido pelo Ministro della giustizia (Ministro da Justiça) e pelo Ministro dello sviluppo economico (Ministro do Desenvolvimento Económico) em conjunto com o Ministro dell'economia e delle finanze (Ministro da Economia e das Finanças), através do qual, em aplicação do artigo 96.º do CCE, se estabeleceram as modalidades e os critérios do reembolso devido aos operadores de telecomunicações pela realização das operações de interceção de fluxos de comunicações.
- 2 Os referidos operadores de telefonia discordaram do facto de, em relação à regulamentação anterior, resultante do Decreto Ministerial de 26 de abril de 2001, o montante do reembolso ser consideravelmente reduzido (chegando a atingir uma redução de 90 %), ao ponto de não permitir, sequer, cobrir os custos da realização das atividades de interceção. A Vodafone Italia SpA pediu, ainda, o reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça da União Europeia.
- 3 O TAR do Lácio rejeitou todas as alegações das sociedades recorrentes, considerando que não estava demonstrada a insuficiência alegada das tarifas fixadas pelo decreto para reembolsar os custos suportados pelos operadores com a realização das atividades de interceção. Por essa razão, esse órgão jurisdicional não considerou verificados os requisitos para submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça da União Europeia.
- 4 Os referidos operadores de telecomunicações interpuseram recurso no Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), reiterando as alegações e os pedidos já formulados em primeira instância.
- 5 Em 23 de março de 2020, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) proferiu um despacho através do qual submeteu uma questão prejudicial em cumprimento do dever de reenvio previsto no artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE, submetendo ao Tribunal de Justiça os elementos de eventual contradição entre o direito da União Europeia e a legislação italiana suscitados pela Vodafone Italia SpA.
- 6 Por Decisão de 26 de novembro de 2020, o Tribunal de Justiça declarou «manifestamente inadmissível» o pedido de decisão prejudicial, ressalvando expressamente a faculdade de o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) «apresentar um novo pedido de decisão prejudicial que contenha as indicações que permitam ao Tribunal de Justiça dar uma resposta útil à questão submetida».
- 7 Retomada a instância, as sociedades recorrentes requereram a submissão de novo pedido de reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça.

- 8 O Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) submeteu novamente a questão prejudicial, ao abrigo do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 9 As recorrentes consideram que o artigo 96.º do Decreto Legislativo n.º 259 de 2003, na parte em que estabelece que a tarifa a pagar aos operadores de telecomunicações pela execução das atividades de interceção obrigatórias pode ser quantificada pelos ministérios competentes de forma não conforme com o princípio do reembolso integral dos custos, é contrário ao direito da União Europeia, porquanto:

– torna obrigatório, para os operadores de telecomunicações, a realização das atividades de interceção ordenadas pelas autoridades judiciárias, cuja eventual omissão é passível de pesadas sanções administrativas que podem ir até à revogação da própria autorização;

– impõe que a fixação, por via administrativa, das tarifas a pagar aos operadores pela realização das atividades de interceção seja suscetível de permitir «*obter uma redução da despesa de, pelo menos, 50 % relativamente às tarifas*» até então praticadas, de tal forma que não só não permite aos operadores obter qualquer ganho, como os impede de cobrir os respetivos custos, uma vez que a prestação dos serviços em causa exige investimentos específicos e contratação de pessoal que de outra forma não seriam necessários.

- 10 Isto constitui:

a) uma discriminação em razão da dimensão, uma vez que as empresas mais pequenas são proporcionalmente menos penalizadas em relação aos grandes operadores, como as sociedades recorrentes;

b) uma discriminação em razão da nacionalidade, uma vez que as empresas não estabelecidas em Itália são favorecidas em relação aos operadores estabelecidos em Itália, como as empresas recorrentes;

c) uma alteração da concorrência com reflexos à escala continental, dado que o estabelecimento no mercado italiano de empresas estrangeiras e, mais genericamente, a correspondente entrada de novos operadores se tornaram estruturalmente menos vantajosos, devido ao carácter antieconómico das atividades de interceção determinado pela legislação italiana em causa;

d) uma expropriação substancial das capacidades empresariais de operadores económicos privados, totalmente desproporcionada em relação ao objetivo de interesse público a alcançar.

- 11 Em substância, segundo as recorrentes, o caráter antieconómico intrínseco da realização das atividades de interceção resultante da legislação italiana contestada:
- a) tem proporcionalmente uma maior incidência sobre os operadores de maior dimensão que, precisamente porque têm uma maior base de utilizadores a si ligados contratualmente, têm uma maior probabilidade de serem destinatários de pedidos de interceções pelas autoridades judiciárias, com o conseqüente impacto exponencial do caráter antieconómico dessa atividade;
 - b) tem proporcionalmente uma maior incidência sobre os operadores estabelecidos em Itália, uma vez que os operadores estrangeiros, devido à redução das tarifas de *roaming*, podem propor serviços mais convenientes aos clientes italianos que adquiram cartões SIM estrangeiros; em particular, esses operadores podem:
 - b1) ou limitar o impacto global antieconómico das atividades de interceção, devido à margem de negócios alcançada com os clientes no país em que estão estabelecidos;
 - b2) ou mesmo eliminá-lo inteiramente, nos casos em que, no país em que estão estabelecidos, seja possível adquirir cartões SIM sem necessidade prévia de verificação da identidade pessoal, de modo que as autoridades judiciárias italianas, não podendo associar o cartão SIM a um nome específico, estão impossibilitadas na prática de ordenar as interceções;
 - c) introduz uma dificuldade estrutural e injustificada de acesso ao mercado italiano para os operadores estrangeiros interessados em aí se estabelecerem e, mais genericamente, para as entidades que aí pretendam entrar *ex novo* e, ao mesmo tempo, determina «a jusante» um aumento real das tarifas aplicadas aos clientes finais (uma vez que os operadores têm de repercutir os custos incorridos com a prestação, com prejuízo, dos serviços de interceção);
 - d) faz com que os custos de realização de uma prestação de interesse público incorram quase inteiramente a cargo de entidades privadas que operam, com fins lucrativos, num mercado concorrencial, em violação do direito ao livre exercício da atividade empresarial, que é um direito fundamental da União.
- 12 Pelo contrário, segundo as sociedades recorrentes, a única modalidade tarifária compatível com o direito da União é a que prevê a cobertura integral dos custos concretamente suportados pelos operadores de telecomunicações em relação às atividades de interceção realizadas a pedido das autoridades judiciárias.
- 13 As administrações recorridas, por outro lado, alegam que as alegações das sociedades recorrentes são infundadas, uma vez que não são reembolsáveis:
- os custos associados à utilização de equipamentos técnicos e à adoção de meios operacionais que já não sejam justificados em termos tecnológicos;

– os custos resultantes da utilização de equipamentos que já são necessários para realizar o serviço comercial normal prestado aos utilizadores (por exemplo, as infraestruturas de distribuição);

– os custos de orçamentação de tais custos, uma vez que se tratam de despesas de gestão próprias da sociedade e não de rubricas de custos estreitamente ligadas ao serviço.

- 14 Quanto aos custos com o pessoal, apenas são reembolsáveis os que podem ser determinados de modo fixo atendendo ao número de dias de interceções realizadas durante o ano e à duração média de cada operação de interceção.
- 15 Em substância, o objetivo de redução de 50 % em relação à situação anterior, imposto por lei, resulta sobretudo da evolução tecnológica. Além disso, sobre os custos calculados de forma indutiva pelo grupo de trabalho *ad hoc* criado pelo Ministero della Giustizia (Ministério da Justiça) «tendo em conta a evolução» tecnológica atual, foram aplicadas «reduções» para atingir a medida mínima de poupança de despesas imposta pelo legislador nacional («50 % relativamente às tarifas praticadas» anteriormente).

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 16 O órgão jurisdicional de reenvio observa que, de acordo com o direito derivado da União (artigo 13.º e anexo I da Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018), a autorização geral para a prestação de serviços de comunicações pode ser sujeita pelo direito nacional à condição de execução das interceções ordenadas pela autoridade judiciária.
- 17 A este respeito, vigora apenas o limite previsto de forma geral no referido artigo 13.º para todas as condições, ou seja, devem ser «não discriminatórias, proporcionais e transparentes».
- 18 O direito da União Europeia derivado em vigor na matéria não impõe, portanto, expressamente que o direito nacional preveja o reembolso integral dos custos suportados pelo operador de telecomunicações em relação à realização das interceções ordenadas pelas autoridades judiciárias.
- 19 As sociedades recorrentes consideram que a obrigação, por força do direito da União Europeia, de cobertura integral dos custos — ou seja, de todos os custos concretamente suportados pelos operadores de telecomunicações para a realização das atividades de interceção — deve inferir-se implícita mas inequivocamente:
 - da tomada em consideração dos «objetivos gerais» a que se refere a Diretiva (UE) 2018/1972, principalmente «promover a concorrência», «contribuir para o desenvolvimento do mercado interno», facilitar «a convergência [e] o investimento», eliminar «discriminações» (v. artigo 3.º);

– de uma leitura sistemática do direito primário da União e, particularmente, da tomada em consideração unitária e recíproca dos princípios gerais da não discriminação, da proteção da concorrência, da liberdade de estabelecimento, da liberdade de empresa e da proporcionalidade da atuação administrativa, consagrados nos Tratados.

20 O órgão jurisdicional de reenvio considera que nem o direito derivado da União Europeia aplicável na matéria nem os princípios gerais dos Tratados invocados pelas recorrentes impõem a cobertura dos custos efetivamente suportados (e devidamente documentados) pelos operadores para a execução das atividades de interceção e, portanto, não se opõem a uma legislação nacional que não prevê esse reembolso integral e que, além disso, vincula a revisão administrativa das tarifas a pagar aos operadores à obtenção de uma «*redução da despesa*».

21 De facto,

a) em primeiro lugar, a Diretiva (UE) 2018/1972 não impõe expressamente aos Estados-Membros que reconheçam aos operadores o reembolso integral dos custos, podendo, portanto, considerar-se que pretendeu deixar implicitamente, quanto a este aspeto, liberdade aos Estados-Membros;

b) além disso, esta diretiva permite que os Estados-Membros imponham aos operadores de telecomunicações a realização das atividades de interceção legalmente ordenadas pelas autoridades judiciais: esta atividade, na medida em que é legalmente imposta para fins primários, superiores e indispensáveis de interesse público, apenas pode estar sujeita a condicionalismos financeiros dentro de limites estritos, sobretudo quando esses condicionalismos são previstos a favor de particulares que operam, mediante autorização administrativa prévia, em mercados regulamentados;

c) de um modo geral, é verdade que, de acordo com o direito derivado da União Europeia, as condições que podem ser impostas à autorização geral de prestação de serviços de telecomunicações, entre as quais a execução obrigatória das atividades de interceção, devem ser «*não discriminatórias, proporcionais e transparentes*», mas também é verdade que as tarifas previstas genericamente pelo Decreto Legislativo n.º 259 para o exercício da atividade de interceção:

c1) são absolutamente idênticas para todos os operadores, grandes e pequenos, nacionais e estrangeiros, que prestam serviços em Itália, pelo que não se verifica um limite técnico-jurídico à livre concorrência e à entrada no mercado nem, muito menos, uma discriminação direta ou indireta em razão da dimensão da empresa ou da nacionalidade (as tarifas são, portanto, «*não discriminatórias*»);

c2) devem ser calculadas pela administração «*tendo em conta a evolução dos custos*»; em contrapartida, estas prestações, que são indispensáveis à prossecução de objetivos gerais de interesse público primário, só podem ser fornecidas pelos operadores de telecomunicações (as tarifas são, portanto, globalmente «*proporcionais*»);

c3) são públicas e acessíveis a todos, porquanto constam de uma decisão administrativa formal (as tarifas são, portanto, «transparentes»);

d) em termos jurídicos, o reembolso não é não é necessariamente e apenas o relacionado com as despesas efetiva e concretamente suportadas, mas também o baseado nas despesas que hipoteticamente oneram o operador modelo que adota as melhores soluções tecnológicas e organizacionais disponíveis com base nos conhecimentos do momento histórico; além disso, por força da legislação da União Europeia e nacional em vigor, o operador de telecomunicações é obrigado a permitir a realização de interceções, pelo que tem – em termos jurídicos – por um lado, a obrigação (no interesse público) de criar uma estrutura organizacional que permita essa realização do modo mais fluído, eficaz e eficiente possível e, por outro, o ónus (no interesse próprio) de reduzir ao máximo os respetivos custos;

e) de um ponto de vista sistemático, atendendo, por último, aos valores do direito primário da União Europeia [v. artigo 4.º, n.º 2, TUE; artigo 4.º, n.º 2, alínea j), TFUE; artigo 72.º TFUE; artigo 82.º TFUE; artigo 84.º TFUE] reconhece, direta ou indiretamente, a primazia estrutural de certos interesses públicos essenciais dos Estados-Membros, entre os quais o da repressão de infrações, para o qual é necessária e, frequentemente, indispensável a interceção de conversas: ora, na medida em que esta interceção apenas pode ser obtida com a colaboração dos operadores de telecomunicações, o Estado-Membro deve assegurar apenas a elaboração de uma regulamentação clara, igual para todos os operadores ativos no mercado nacional e razoavelmente idónea a tornar economicamente suportável o exercício dessa atividade.