

Raquel Alexandra Brízida Castro

Vogal do Conselho Regulador da ERC

Professora Auxiliar Faculdade de Direito

da Universidade de Lisboa

Assunto: Comentários ao Projeto de Lei n.º 98/XIII/1.ª, do Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, que alarga a oferta de serviços de programas na TDT, garantindo condições técnicas adequadas e o controlo do preço

Ex. ma Senhora Presidente da Comissão Parlamentar de Cultura, Comunicação Juventude e Desporto, Deputada Edite Estrela;

Ex. mos Senhores Deputados da Comissão Parlamentar de Cultura, Comunicação, Juventude e Desporto

Como já é do Vosso Conhecimento, o Conselho Regulador da ERC, reunido em 30 de março de 2016, verificou não lograr adotar parecer sobre o projeto de Lei n.º 98/XIII/1.ª, do Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, uma vez que não foi possível reunir os três votos favoráveis estatutariamente necessários para a tomada de deliberações por este órgão.

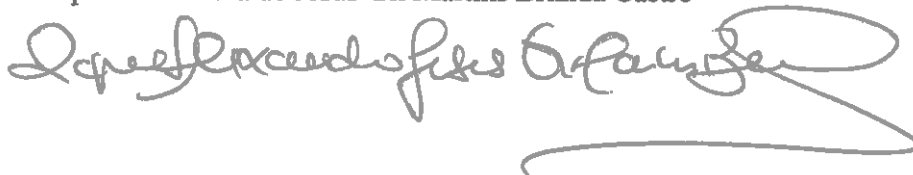
Não obstante, uma vez que esta matéria tem sido objeto da minha investigação e estudo, na qualidade de constitucionalista, considero ser meu dever partilhar com a Assembleia da República, órgão que me elegeu para o mandato que desempenho, as minhas reflexões sobre a iniciativa legislativa referida.

Por conseguinte, permitam-me a ousadia de vos remeter um contributo individual para a reflexão parlamentar, enquanto vogal do Conselho Regulador da ERC e Professora de Direito Constitucional, o qual, insisto, não vincula o órgão colegial em que me integro.

Encontro-me ao Vosso Dispor para os Esclarecimentos que entenderem convenientes e oportunos.

Com os melhores cumprimentos,

Raquel Alexandra de Jesus Gil Martins Brízida Castro



Algumas Reflexões sobre o Projeto de Lei n.º 98/XIII/1.ª, do Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda - Alarga a oferta de serviços de programas na TDT, garantindo condições técnicas adequadas e o controlo do preço

*Raquel Alexandra Brízida Castro*¹

A presente iniciativa legislativa suscita-me as seguintes reservas jurídicas, algumas delas com assertiva projeção jurídico-constitucional:

- a) Propõe uma incursão inadmissível e inconstitucional do Parlamento na Função Administrativa, em geral, em ostensiva usurpação de poderes;
- b) Pretende apropriar-se, indevidamente, de competências da ERC, definidas por Lei reforçada, vedadas ao legislador comum;
- c) Viola os direitos dos atuais operadores licenciados e concessionados, inerentes aos seus títulos habilitadores, de emitirem em HD, sem a previsão de qualquer direito indemnizatório;
- d) Destrói uma ordem dual, pública e privada, exigida pela Constituição da Comunicação, através da tentativa de instauração de um monopólio do serviço público de televisão na TDT, ao arrepio de quaisquer critérios objetivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais, em clara violação dos limites económicos à iniciativa pública.

1. Em primeiro lugar, no plano jurídico-constitucional, cabe elencar as seguintes perplexidades técnicas:

a) O artigo 3.º, n.º 2 implica uma incursão proibida de uma lei comum numa lei de valor reforçado pelo procedimento, estatuto conferido *ex professo*, pela Constituição, ao ato legislativo que aprova os Estatutos da ERC². Não obstante a configuração da oferta televisiva constituir Reserva de Parlamento³, nos termos constitucionais, o instituto do *must carry* integra a competência exclusiva da ERC. Efetivamente, compete à ERC proceder à especificação dos serviços de programas de rádio e de televisão, e de serviços destes complementares, que deverão constituir objeto de obrigações de transporte (*must carry*) e de entrega (*must deliver*, ou *must offer*), em redes de comunicações eletrónicas⁴. Os Estatutos da ERC consubstanciam uma lei de valor

¹ Vogal do Conselho Regulador da ERC; Professora Auxiliar Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

² A Lei que regula a ERC carece de aprovação, em todas as votações, por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções. – Artigo 168.º, n.º 6, alínea a) da CRP. - Estatutos da ERC - Lei n.º 53/2005 de 8 de novembro que Cria a ERC.

³ Vide a nossa Dissertação de Doutoramento, em processo de publicação - CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra (no prelo); pp. 268 segs.

⁴ Esta incumbência encontra-se, genericamente, prevista nos Estatutos da ERC – (Cfr. artigo 24.º, n.º 3, al. s), dos ditos Estatutos) - regulada nos seus aspetos essenciais na Lei das Comunicações Eletrónicas - (Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro – objeto de posteriores alterações pelo Decreto-Lei n.º 176/2007, de 8 de maio, pela Lei n.º 35/2008, de 28 de julho, pelo Decreto-Lei n.º 123/2009, de 21 de maio, pelo Decreto-Lei n.º 258/2009, de 25 de setembro, pela Lei n.º 46/2011, de 24 de junho, e pela Lei n.º 51/2011, de 13 de setembro.) – na LTV e na denominada Diretiva ‘Serviço Universal’ – (Diretiva 2002/22/CE do Parlamento

reforçado pelo procedimento, o que lhes confere maior rigidez ou força passiva, proibindo qualquer outra lei da assembleia da república, não sujeita ao mesmo procedimento agravado, de poder reger o mesmo domínio normativo;

b) O artigo 5.º, n.º 3 do presente projeto constitui, por sua vez, uma ingerência parlamentar inadmissível na Função Administrativa, em flagrante usurpação de poderes, ao atribuir a função administrativa, com eficácia externa, à Assembleia da República, fora da área da sua gestão interna. A previsão da elaboração de um regulamento pela Assembleia da República implica uma preterição total dos atributos da competência, em ostensiva violação da separação de poderes, porquanto a Assembleia da República deve conter-se nos limites das competências que lhe são atribuídas, neste caso, atinentes ao núcleo essencial da subfunção legislativa.

2. No que concerne à afetação da atual capacidade, não utilizada, do *Mux A* para a emissão imediata de serviços de programas do serviço público de televisão, cabe tecer os seguintes comentários:

2.1. O projeto *sub judicio* propõe duas soluções regulatórias incompatíveis entre si, tornando o seu desiderato, tecnologicamente, impossível. A salvaguarda (juridicamente incontornável⁵, mesmo tautológica perante o artigo 94.º da LTV⁶) do direito dos atuais serviços de programas licenciados e concessionados de utilizarem a sua atual capacidade de difusão, funda-se em duas premissas juridicamente inatacáveis, já confirmadas, de resto, pelo órgão competente para proceder à interpretação dos títulos habilitantes para o exercício da atividade de televisão:

i) A ERC, no exercício das suas competências reservadas, reconheceu que os atuais títulos habilitadores do exercício da atividade de televisão, detidos pela RTP, SIC e TVI constituem credencial adequada e suficiente, atenta a aplicabilidade do princípio da neutralidade tecnológica⁷, para a emissão dos respetivos serviços de programas licenciados em HD, no atual *Mux A*;

ii) Este mesmo direito foi reiterado pelo Regulador no texto que serviu de base à mais recente consulta pública conjunta sobre o alargamento da oferta da TDT, onde a ERC reiterou a sua interpretação que se mantém a reserva de espaço no *Mux A* para emissões em alta definição.

Consequentemente, cabe concluir que, perante a obrigação de reserva de capacidade para as emissões em alta definição dos atuais serviços de programas licenciados e concessionados, é tecnicamente impossível acomodar no *Mux A* (com as normas DVB-T e MPEG4) novos canais beneficiários de *must carry*, como pretende o legislador no artigo 3.º, n.º 2 do Projeto. Consequentemente, a reserva de capacidade de difusão dos

Europeu e do Conselho de 7 de março de 2002 – entretanto alterada pela Diretiva 2009/136/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2009 (Diretiva ‘Direitos do Cidadão’).

⁵ Cfr. Artigo 3.º, n.º 1 do Projeto.

⁶ LTV - Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido - (Lei n.º 27/2007, de 30 de julho alterada pelas Leis n.º 8/2011 de 11 de abril, n.º 40/2014 de 9 de julho e n.º 78/2015, de 29 de Julho.

⁷ Cfr. Ofícios da ERC de 31 de julho de 2013, com Ref. 4533/ERC/2013 e de 27 de setembro de 2013, com Ref. 5369/ERC/2013.

referidos serviços de programas implica, necessariamente, a afetação de mais espectro para novos *Multiplexers*.

2.2. Não obstante, poder-se-ia, em tese, reverter a natureza redundante do sobredito preceito, através de uma interpretação no sentido de uma amputação parcial das faculdades contidas nas licenças e concessão dos atuais operadores da TDT, condenando-os, indefinidamente, a emitir apenas em SD. Pela minha parte:

i) Sendo a emissão em HD um direito dos operadores licenciados e concessionados, estamos na presença de um direito que é oponível ao Estado⁸, caso este inviabilize o seu exercício, no decurso do prazo dos títulos habilitantes. Em acréscimo, cabe notar que, tendo as licenças para o exercício da atividade televisiva já sido renovadas na vigência da atual LTV, o artigo 95.º da LTV bloqueia possíveis efeitos jurídicos, decorrentes de eventuais modificações legislativas supervenientes quanto às condições de exercício da atividade.

ii) Estando conferida à ERC, precisamente, a competência exclusiva para a interpretação dos títulos habilitadores para o exercício da atividade de televisão⁹, os atuais operadores, licenciados e concessionados, detentores do direito de emitir os respetivos programas em alta definição, na atual TDT, podem fazer valer as suas pretensões, no atual espaço disponível no *Multiplexer A*, o qual teria de ser, forçosamente, alocado pela ANACOM para esse fim. Em acréscimo, compete ao Ordenamento Jurídico atuar no sentido de evitar a frustração da confiança dos cidadãos, quando existam condições objetivas suscetíveis de qualificar essa expectativa como digna de tutela jurídica. Em última instância, a inviabilização pelo Estado de uma proteção jurídico-substantiva dessa confiança implicará, inelutavelmente, um dever indemnizatório/compensatório.

Em reforço da posição descrita, atente-se na recente jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁰, segundo a qual, um operador, titular de uma concessão ou licença, não pode ficar impossibilitado de emitir, pelo facto de não lhe serem concedidas radiofrequências de emissão, com base em critérios objetivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais. No que se refere especificamente às licenças, os atuais operadores portugueses, que emitem na TDT em acesso livre, são detentores de uma licença, obtida através de concurso público, tendo a mesma sido objeto de reavaliações periódicas, nos termos da lei¹¹. O direito da UE exige, para além de processos de escolha transparentes e não discriminatórios, que seja assegurado pleno efeito ao resultado desses processos, devendo os tribunais nacionais garantir a aplicação efetiva do direito comunitário.

2.3. Esta posição/vantagem jurídica dos atuais inquilinos da TDT surge, indubitavelmente, enrobustecida perante uma gestão do espectro hertziano terrestre que,

⁸ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra (no prelo); p. 444.

⁹ Cfr. Artigo 24.º, n.º 3, alínea e) *in fine* dos Estatutos da ERC.

¹⁰ O Acórdão do Tribunal de Justiça, de 31 de janeiro de 2008 tem por objeto um pedido de decisão prejudicial, apresentado pelo *Consiglio di Stato italiano*.

¹¹ Por causa da transição da televisão analógica para a televisão digital terrestres, o artigo 94.º da LTV estabeleceu a reserva de capacidade para a emissão dos operadores licenciados (SIC e TVI), na atribuição de direitos de utilização de frequências na nova TDT.

eventualmente, não acautele, devidamente, o interesse público na afetação de espaço através de critérios objetivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais. Efetivamente, a ordem jurídica, num domínio normativo assaz delicado e politicamente apetecível, não pode ficar dependente dos humores do legislador face às suas vinculações constitucionais. O artigo 38.º, n.º 7 da CRP *não pode ficar refém* da ansiedade ou estados de alma do legislador, confessada na exposição de motivos da presente iniciativa legislativa, porquanto o mesmo é efetivamente "*refém do eventual lançamento de novos concursos públicos para serviços de programas privados*", nos termos constitucionais...

Na vigência desta norma constitucional, mantendo-se as restrições espectrais e, no caso português, um mercado muito restrito, o fundamento constitucional para a exigência de concurso público mantém-se: o da proteção do uso do espectro hertziano terrestre, enquanto bem público escasso. Trata-se de conciliar interesses gerais como os do pluralismo, a garantia do cumprimento de um conjunto de obrigações legais pelos operadores e a proteção de interesses próximos da liberdade de iniciativa privada, como a estabilidade normalmente associada à atribuição de um título válido por um período largo de tempo¹². Acrescem, neste contexto, as exigências do direito da União Europeia, resultantes da jurisprudência do Tribunal de Justiça¹³ que exige, como justificação do regime derogatório dos princípios gerais de liberalização das telecomunicações, que o mesmo deva servir objetivos de interesse geral e basear-se em critérios objetivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais¹⁴.

2.4. Por último, sem prescindir, cabe observar que, pelo menos no nosso ordenamento jurídico-constitucional, não é possível sustentar a conformidade constitucional de um entendimento que conduza ao empobrecimento de uma ordem dual, pública e privada, da Constituição da Comunicação¹⁵. A Constituição remete para a lei, mas o legislador encontra-se limitado na sua margem de liberdade conformadora, pelas exigências constitucionais de pluralismo e de afetação do espectro em condições objetivas, transparentes, não discriminatórias e proporcionais:

1) A LTV¹⁶ dispensa o serviço público de televisão dos requisitos de acesso à atividade de televisão, aí explicitados, mas essa exclusão não pode legitimar meros reenvios normativos para o Contrato de Concessão e, por maioria de razão, a subdelegação para a Concessionária de poderes discricionários sobre matérias de relevância constitucional¹⁷, sob pena de inconstitucionalidade. É o que subjaz ao inusitado comando do artigo 3.º, n.º 2 do presente projeto, quando faz depender essa disponibilização imediata na TDT de mera solicitação dos serviços de programas do serviço público. A concessão do serviço público inclui os serviços de programas e os

¹² CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra (no prelo); p. 299.

¹³ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção), de 31 de janeiro de 2008, proferido no Processo C-380/05, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:62005CJ0380&qid=1445347335368>.

¹⁴ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra (no prelo); p. 281.

¹⁵ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra (no prelo); p. 48.

¹⁶ Cfr. Artigo 13.º, n.º 6 da LTV.

¹⁷ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra (no prelo); p. 310.

conteúdos referidos no artigo 52.º, n.º3, integrando essa norma um elenco expresso dos canais e conteúdos que o legislador quis especificar que são necessariamente de acesso livre, nos termos do número 4. O que significa que, no que concerne aos serviços de programas do operador público, o título habilitador das respetivas emissões na TDT é *sui generis*, carecendo de atribuição *ope legis*.¹⁸

ii) Não é possível defender uma capacidade potencialmente inesgotável de expansão do serviço público, devendo a sua dimensão ser balizada pelas limitações espectrais e pelos direitos inerentes às licenças dos operadores privados¹⁹. No contexto específico português, o princípio constitucional do pluralismo reclama que qualquer análise, para efeitos de concentração e de pluralismo, deve ter em consideração a RTP, enquanto empresa concessionária do serviço público de rádio e de televisão, tal como o OFCOM já sustentou a propósito da BBC, atento o seu peso no mercado da televisão, rádio e *online*²⁰.

iii) Uma leitura constitucionalmente adequada conduz à definição de limites constitucionais à iniciativa económica pública²¹, os quais condicionam a iniciativa estatal ao princípio geral da competência, por sua vez subordinado ao princípio da legalidade e funcionalizado à prossecução do interesse público²². Ora, o fim só justifica os meios, quando a estes presida o princípio da proporcionalidade²³, devendo envolver uma ponderação concreta entre as reais e previsíveis vantagens para o interesse público, decorrentes de uma tal forma de intervenção²⁴.

Lisboa, 31 de Março de 2016

Raquel Alexandra Brízida Castro

¹⁸ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra (no prelo); p. 311.

¹⁹ CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra (no prelo); p. 394.

²⁰ OFCOM, (2012) "Measuring *media* plurality: Ofcom's advice to the Secretary of State for Culture, Olympics, *Media* and Sport",

²¹ Para mais desenvolvimentos e os autores aí citados - CASTRO, Raquel Alexandra Brízida (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra (no prelo); pp. 394 e segs.

²² MIRANDA/Jorge/MEDEIROS, Rui *Constituição Portuguesa Anotada*, (2006) Tomo II, Coimbra Editora: Coimbra; p. 29.

²³ AMORIM, João Pacheco de (2011) "A Constituição económica portuguesa: enquadramento dogmático e princípios fundamentais", in *Revista da FDUP* - A. 8; p.64.

²⁴ OTERO, Paulo (1998) *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do setor empresarial do Estado*, Coimbra Editora: Coimbra; p. 205.