

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei contra o parecer da ERC sobre o novo Contrato de Concessão (CC) do Serviço Público de Radio e Televisão, porque considero que ele privilegia uma abordagem política em detrimento da jurídica, negligenciando não só a análise da [des] conformidade de algumas das suas soluções com a Lei, como também ignora a necessária abordagem constitucional, igualmente exigível ao Regulador, nomeadamente perante o princípio da reserva de lei. Por outro lado, não concordo com as críticas ao acolhimento expresso do princípio da complementaridade e o tom depreciativo que a ERC imprime aos comentários que faz sobre os operadores privados.

Passo a explicar:

Os constitucionalistas, a propósito da aceção de lei no ordenamento constitucional português, consideram que seria desejável erigir a imposição genérica do paradigma de lei geral e abstrata a parâmetro de constitucionalidade a atos legislativos¹, por forma a evitar a ingerência parlamentar na função administrativa. O que não impede que, mesmo à luz do atual enquadramento jurídico, se suscitem algumas perplexidades pela configuração *suis generis* de uma concessão ope legis, regulamentada através de um contrato de direito público, cuja função não é a de colaboração com os privados mas sim “uma inusitada forma de regulamentação de um regime legal, a aproximar-se perigosamente da inconstitucionalidade, dado o reenvio para um acto subordinado”², proibido pelo princípio da tipicidade (art. 112.º, n.º 5).

A perplexidade apontada pode, contudo, ser compatível com o ambiente jurídico-constitucional especialmente protegido em que se move o contrato de concessão do serviço público de televisão (direitos, liberdades e garantias), atenta a exigência constitucional de reserva de densificação total por ato legislativo. Nestes termos, por um lado, o detalhe legislativo facilita a tarefa de controlo da legalidade do contrato de concessão, em especial através da deteção de tentativas de apropriação de juízos reservados ao legislador. Por outro lado, em matéria de direitos, liberdades e garantias sai reforçada a exigência de estrita subordinação jurídica à lei do contrato de concessão, sendo inválidas quaisquer regras de carácter inovatório e/ou que contrariem a lei da televisão.

I - Da análise do novo texto, não posso deixar de concluir, em primeiro lugar, que o CC tenta apropriar-se de áreas de decisão que são reservadas à atividade primária do legislador, invadindo um domínio material necessário de legalidade, protegido pela reserva de lei imposta pelo regime dos direitos, liberdades e garantias (artigos 18.º e 165.º, alínea b)):

1.É consensual que o regime de acesso à atividade de televisão e do seu exercício deve ser objeto de lei ou decreto-lei autorizado. Contudo, esta versão do CC prevê dois procedimentos distintos para o lançamento de serviços de programas de rádio e televisão – cláusulas 2.ª, n.º 5 e 7.ª, n.º 3 – ao arrempio do princípio constitucional da reserva de lei.

O artigo 13.º, n.º 6 da Lei da Televisão (LTV) dispensa o serviço público de televisão dos requisitos de acesso à atividade de televisão aí explicitados, mas tal exclusão não pode ser interpretada no sentido de legitimar uma qualquer *deslegalização* dessa matéria, sob pena de inconstitucionalidade, por violação do princípio da tipicidade da lei (artigo 112.º, n.º 5 CRP). Tal

¹ BLANCO DE MORAIS, Carlos (2012), *Curso de Direito Constitucional, Tomo I*, Coimbra Editora: Coimbra, p. 231.

² ALEXANDRINO, José (1998), *Estatuto Constitucional da Atividade de Televisão*, Coimbra Editora: Coimbra, p. 208, notas 504 e 505.

retração da lei só é possível fora do domínio necessário da lei³ e a afirmação desse princípio é indiferente da constatação de que a lei não prevê nenhum procedimento para o acesso dos serviços de programas de serviço público ao espectro hertziano terrestre, limitando-se a excluir o regime do artigo 13.º. Na verdade, a meu ver, a lei assume ela própria essa competência, quando determina os serviços de programas que devem ser de acesso livre.

2. Ao mesmo juízo de censura jurídico terá de conduzir a interpretação dos enunciados normativos pertinentes da LTV num sentido habilitante das disposições contratuais para a emissão imediata na TDT dos serviços de programas do operador público previstos nas alíneas e) e f) da cláusula 7.ª, n.º 2. Na verdade, é possível sustentar em abstrato uma interpretação enviesada do CC com esse desígnio, pese embora a eliminação, por exemplo, na cláusula 13.ª, relativa à RTP Informação, dessa referência expressa na anterior versão do Contrato (anterior n.º 6), pois:

i) Da interpretação da cláusula 23.ª, número 3, decorre a sua aplicabilidade, por exclusão de partes, aos serviços de programas previstos na Cláusula 7.ª, n.º 2, alíneas d) e) e f) – RTP Informação e RTP Memória (e a todos os serviços de programas que, segundo o Contrato, venham a ser criados ao abrigo da cláusula 7.ª, n.º 4);

ii) Os serviços de programas previstos nas alíneas e) e f) da cláusula 7.ª, n.º 2 encontram-se isentos dos pretensos procedimentos específicos previstos, criados no contrato, para o lançamento de serviços de programas.

3. Cumpre-me ainda observar que, de acordo com a lei da televisão:

a) A concessão do serviço público inclui necessariamente os serviços de programas referidos no artigo 52.º, n.º 3, os quais quis o legislador especificar que são necessariamente de acesso livre, nos termos do número 4. O que significa que no que concerne a estes serviços de programas do operador público, o título habilitador das respectivas emissões na TDT é *suis generis* sendo atribuído *ope legis*.

b) A cláusula 7.ª, n.º 2, alíneas e) e f) do CC vai, porém, muito para além da vontade normativa expressa pelo legislador, alargando este leque aos serviços de programas descritos nas alíneas e) e f), canais que, nos termos da lei, não integram necessariamente o serviço público e que não beneficiam da cláusula legal habilitadora para o exercício da atividade televisiva do artigo 52.º, n.º 4 da LTV.

c) A lei é clara quando determina que existem pressupostos tecnológicos e financeiros que atualmente impõem que alguns dos serviços de programas que integram o serviço público de televisão são emitidos em acesso não condicionado com assinatura e não em *free-to-air* (alíneas e) e f), RTP informação e RTP Memória);

d) Não pode o CC pretender ser título habilitante para a emissão livre e imediata de certos serviços de programas que a lei faz depender de certos pressupostos, cuja verificação não compete à Concessionária;

e) Questão mais complexa é da determinação da entidade que tem competência para a verificação desses pressupostos, atenta a matéria envolvida de direitos, liberdades e garantias:

i) Desde logo, em primeiro lugar, poderá o legislador – parlamentar ou governamental devidamente autorizado pela AR – atribuir novos títulos habilitadores do serviço público de televisão por via legislativa através do alargamento da previsão do artigo 52.º, n.º 4;

ii) A verificação desses pressupostos tecnológicos e financeiros compete aos reguladores do sector, no exercício das respectivas competências, no respeito pelos princípios do pluralismo, igualdade e proporcionalidade, dos direitos e legítimas expectativas dos

³ CANOTILHO, Gomes/MOREIRA, Vital (2010), Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II, Anotação ao Artigo 112.º, Coimbra Editora: Coimbra, p. 69.

restantes operadores televisivos e atentos os condicionalismos *de facto* e *de jure* de um mercado especialmente protegido constitucionalmente.

f) Há que lembrar, neste ponto, que apesar da dualidade de regimes que decorre do artigo 13.º da LTV, as competências de regulação do mercado audiovisual encontram-se bem definidas na lei [atribuídas à ERC e à ANACOM⁴] não sendo o contrato de concessão título jurídico suficiente para garantir a emissão imediata de um serviço de programas do serviço público, em acesso não condicionado livre.

4. Ainda neste ponto, refira-se que, na cláusula 10.ª, altera-se a natureza do segundo serviço de programas generalista (2.º Canal), conferindo-lhe uma “forte componente cultural e formativa” e é-lhe posteriormente atribuído um conjunto de conteúdos obrigatórios que poderão integrar “um outro serviço de programas oferecido em acesso livre”, para reforçar o conteúdo cultural e formativo do 2.º canal. Ora, a não ser que o objetivo seja o de preencher a programação do 1.º canal com estes conteúdos, este preceito contratual visa precisamente a criação *ex novo* de um serviço de programas de acesso livre.

Perante isto, não posso deixar de reparar com estranheza que na proposta de lei em discussão no parlamento, está prevista uma alteração ao artigo 52.º da LTV que prevê precisamente a emissão em acesso não condicionado livre destes conteúdos, mas sem contemplar *ex professo* a criação de um serviço de programas de acesso livre com estes conteúdos. Conforme já vimos, atenta a reserva de lei na matéria implicada, o contrato de concessão não pode desempenhar uma função interpretativa da lei.

II. No que concerne ao financiamento público, a cláusula 27.º, n.º 2 do CC define que a CAV passa a ser a única fonte de financiamento público da RTP, sendo a LTV omissa quanto a esta especificação em concreto. Integrando as taxas e das demais contribuições financeiras das entidades públicas o elenco da reserva relativa da competência da AR, nos termos do artigo 165.º, alínea i), isso implica a sua sujeição, pelo menos no que concerne aos seus elementos essenciais, à reserva de lei. Perante isto, cumpre-nos questionar:

- a) A conformidade constitucional de uma qualquer interpretação que sustente o entendimento de que o reenvio normativo operado pelo artigo 57.º, n.º 3, 1.ª parte, para o CC legitima a solução vertida na disposição contratual, atenta a reserva de lei apurada;
- b) Como compatibilizar a preocupação da lei, expressa no artigo 57.º, n.º 3, última parte, de garantia de reembolso do financiamento público em caso de sobrecompensação financeira com a previsão contratual precisamente oposta, na cláusula 27.º, números 5 e 6;

Parece-me que a possibilidade de manter na concessionária o montante da sobrecompensação financeira viola o princípio da não consignação, garantido no artigo 7.º, n.º 1 da Lei de Enquadramento Orçamental (LEO), não procedendo, a meu ver, neste caso a

⁴ i) A Lei n.º 53/2005 de 8 de Novembro que cria a ERC, lei reforçada pelo procedimento (168.º, n.º 6, alínea a)), atribui ao Conselho Regulador da ERC a competência genérica para *atribuir os títulos habilitadores do exercício da actividade de rádio e de televisão e decidir, fundamentadamente, sobre os pedidos de alteração dos projectos aprovados, os pedidos de renovação daqueles títulos ou, sendo o caso, sobre a necessidade de realização de novo concurso público* (artigo 24.º, n.º 2, alínea c);

ii) Segundo o artigo 14.º da Lei das Comunicações Eletrónicas, o espaço pelo qual podem propagar-se as ondas radioelétricas constitui domínio público do Estado, cabendo a gestão desse bem à Autoridade Nacional das Telecomunicações (ANACOM), que é a entidade reguladora do sector. Ao nível internacional, compete à União Internacional das Telecomunicações (UIT) atribuir faixas de frequências do espectro radioelétrico, a partilha das frequências radioelétricas e o registo das consignações de frequências e de qualquer posição orbital associada à órbita dos satélites geo-estacionários.

excepção prevista no artigo 7.º, alínea f) - a possibilidade excepcional de consignação das receitas que sejam, por razão especial, afetadas a determinadas despesas por expressa estatuição legal ou contratual. Por um lado, a própria lei da Televisão não prevê essa possibilidade, impondo-se nesta matéria os princípios da reserva de lei e da prevalência da lei. Por outro lado, nos termos do n.º 3 do mesmo preceito legal da LEO, essa consignação tem necessariamente base normativa e reveste carácter excecional e temporário, o que não me parece ser enquadrável no contexto do contrato de concessão.

Num outro plano, ainda quanto ao financiamento, cumpre-me sublinhar a indefinição gerada por este CC, para a Concessionária e para o mercado, uma vez que não só não define com exactidão quais são as missões de serviço público como não é claro quanto aos instrumentos financeiros ao dispor da RTP, o que, a meu ver, atenta, em última instância, contra as exigências de específicas da LTV atinentes ao seu conteúdo (artigo 52.º, n.º 6). Entre outras indefinições, destaco a contradição entre a previsão de um limite de publicidade para o Canal 1 no n.º 1 da cláusula 23, quando, na prática, a Concessionária não será sancionada caso não respeite esse limite contratual, atenta a remissão operada pela cláusula 37.ª, n.º 3 para um limite diverso, o "legalmente previsto".

III. Por último, tal como rejeito as observações expendidas pelo regulador a propósito da cláusula 23.º, n.º 3, nomeadamente quanto às questões suscitadas sobre o peso do serviço público no actual espaço da TDT, não posso concordar com a crítica que o parecer da ERC faz ao acolhimento do princípio da complementaridade, que saúdo, atenta a verdadeira natureza de um serviço público de rádio ou de televisão. Com efeito, estranho a preocupação do regulador dos *media* em querer garantir que a RTP faça concorrência aos operadores privados, esbatendo-se desta forma aquela que é a sua verdadeira missão: oferecer uma programação variada, de qualidade, alternativa e complementar aos restantes operadores. É essa a razão de interesse público que justifica que, em última instância, a RTP possa dispor de financiamento público, ao contrário dos outros operadores que apenas podem contar com as receitas comerciais.

Lisboa, 12 de Fevereiro de 2014

Raquel Alexandra Brízida Castro

