

Novembro 2005

Recentes Inovações Legislativas de Relevância no Sector dos Media



Vasco Marques Correia
vmc@plmj.pt

Editorial

Faz todo o sentido publicar neste momento uma newsletter dedicada exclusivamente a temas relativos ao sector dos Media, quer pela circunstância de o mesmo ser actualmente um sector que tem merecido a atenção das “primeiras páginas” dos próprios meios - em particular as relativas ao movimento de aquisições que se tem verificado (basta recordarmo-nos das recentes transmissões de 49% do capital da SIC, de 100% do capital da Lusomundo Serviços ou da opção de venda de uma parte significativa do capital da Media Capital) quer pelas recentes inovações legislativas que têm surgido.

Na presente “NewsLextter” diversos Advogados debruçam-se sobre os últimos desenvolvimentos legislativos e partilham a sua experiência no sector, certos de que o conhecimento da mesma interessará e aproveitará a muitos dos Clientes de PLMJ . ■

A criação da ERC insere-se num amplo movimento de tentativa de instituição de entidades reguladoras que se desejam independentes do poder político – em particular do Governo – e, bem assim, dos poderes (económico e fáctico), que visam regular e de que constituem exemplos a Autoridade da Concorrência, a Entidade Reguladora do Sector Energético e a Entidade Reguladora da Saúde.

Trata-se de um movimento que se saúda porquanto a respectiva consagração corresponde à importação de um modelo de organização sectorial que vigora há muito em economias mais desenvolvidas que a Portuguesa com bons resultados em termos genéricos e por tal significar uma harmonização e aproximação de tais modelos organizativos/regulatórios no âmbito de espaços económicos alargados como é o caso, em especial, da União Europeia.

A aprovação da supra referida Lei foi precedida por uma alteração ao texto constitucional português recentemente realizada e da qual, entre outras inovações, resultou a expressa consagração da ERC.

Nas próprias palavras do legislador, a ERC é uma pessoa colectiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente que visa assegurar as funções que lhe foram constitucionalmente atribuídas, definindo com independência a orientação das suas actividades, sem sujeição a quaisquer directrizes ou orientações por parte do poder político”.

Em termos práticos a ERC sucede à AACS na generalidade das suas competências, transitando para aquela todos os procedimentos administrativos em curso que não se encontrem concluídos à data da tomada de posse dos membros do respectivo Conselho Regulador, mantendo-se em efectividade de funções os membros da AACS até que tal tomada de posse tenha lugar.

A criação da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Por Vasco Marques Correia

Acaba de ser publicada em Diário da República a recentíssima Lei nº 53/2005 de 8 de Novembro que institui a ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social e que, concomitantemente, extingue a “velha” Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS) que de tanta polémica se tem rodeado sobretudo na sua fase final de existência.

Nos termos da nova Lei, o regime jurídico que regula a orgânica e o funcionamento do Instituto da Comunicação Social será alterado pelo Governo por forma a harmonizá-lo com as inovações introduzidas pela mesma, estando prevista a colocação, em regime de comissão de serviço junto da ERC, de diverso pessoal pertence aos quadros do referido Instituto.

Sem pretender entrar excessivamente no pormenor, porventura pouco adequado a uma newsletter informativa, importa enunciar que à ERC foram essencialmente atribuídas competências e poderes a nível da regulação e da supervisão do sector da comunicação social, sendo a mesma independente no exercício das suas funções e definindo livremente a orientação das suas actividades, sem sujeição a quaisquer directrizes ou orientações por parte do poder político, em estrito respeito pela Constituição e pela lei.

Estão sujeitas à supervisão da ERC todas as entidades que, sob jurisdição do Estado Português, prossigam actividades de comunicação social e, em particular, as agências noticiosas, as entidades (físicas ou jurídicas) que editem publicações periódicas, independentemente do suporte de distribuição utilizado, os operadores de rádio e de televisão por qualquer meio incluindo por via electrónica, as entidades que disponibilizem ao público, através de redes de comunicações electrónicas, serviços de programas de rádio ou de televisão, na medida em que lhes caiba decidir sobre a sua selecção e agregação e as entidades que disponibilizem regularmente ao público, através de redes de comunicações electrónicas, conteúdos submetidos a tratamento editorial e organizados como um todo coerente.

Os objectivos da regulação do sector da comunicação a prosseguir pela ERC são, essencialmente, a promoção do pluralismo cultural e a diversidade de expressão das várias correntes de pensamento, a livre difusão e o livre acesso aos conteúdos, a protecção dos públicos mais sensíveis – em particular os menores –, assegurar que a informação se pautar por critérios de exigência e rigor jornalístico, assegurar a protecção dos destinatários dos serviços de conteúdos enquanto consumidores e a protecção dos direitos de personalidade individuais.

De entre as atribuições mais relevantes da ERC cumpre destacar o assegurar do livre exercício do direito à informação e à liberdade de imprensa, velar pela não concentração excessiva da titularidade dos órgãos de comunicação social, zelar pela independência dos meios perante os poderes político e económicos, garantir o respeito pelos direitos, liberdades e garantias e a efectiva expressão e confronto das diversas correntes de opinião, assegurar o exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política e fiscalizar a conformidade das campanhas de publicidade promovidas por entidades públicas com os princípios constitucionais da imparcialidade e isenção da Administração Pública.

Constituem órgãos da ERC o conselho regulador, a direcção executiva, o conselho consultivo e o fiscal único.

O conselho regulador é o órgão colegial a quem se encontra cometida a definição e implementação da actividade reguladora da ERC sendo composto por apenas cinco membros, dois dos quais assumirão as funções de Presidente e de Vice-Presidente, sendo quatro

deles designados pela Assembleia da República e o quinto membro designado por cooptação a realizar pelos quatro membros inicialmente designados.

O mandato – por expressa previsão legal não renovável - do conselho regulador tem uma duração de cinco anos e os membros respectivos deverão ser nomeados de entre pessoas com reconhecida idoneidade, independência e competência técnica e profissional, devendo ser totalmente independentes em relação ao sector cuja regulação lhes cabe, uma vez nomeados.

A direcção executiva é o órgão responsável pela direcção dos serviços e pela gestão administrativa e financeira da ERC, sendo composta pelo presidente, pelo vice-presidente do conselho regulador e pelo director executivo.

O conselho consultivo, por seu turno, é o órgão de consulta e de participação na definição das linhas gerais de actuação da ERC, contribuindo para a articulação com as entidades públicas e privadas representativas de interesses relevantes no âmbito da comunicação social e de sectores com ela conexos, sendo constituído por um leque alargado de dezasseis membros, sendo tal órgão presidido pelo presidente do conselho regulador da ERC.

A ERC tem competências muito significativas, podendo proceder a averiguações e exames em qualquer entidade ou local, podendo proceder a inspecções e a diligências que se mostrem necessárias à prossecução dos seus fins, devendo os visados prestar-lhes toda a colaboração que lhes for licitamente solicitada, estando a referida entidade e os seus agentes sujeitos ao dever de sigilo no exercício das suas funções, salvo para efeitos da instrução dos processos que caibam na suas atribuições.

A ERC detém igualmente competências regulamentares próprias, podendo ainda adoptar directivas e recomendações destinadas a incentivar padrões de boas práticas no sector da comunicação social, incumbindo-lhe por lei fomentar a instituição de mecanismos de co-regulação e de auto-regulação no sector.

A ERC encontra-se sujeita a acompanhamento parlamentar e a controlo judicial através das jurisdições administrativa, cível e arbitral, consoante a natureza dos actos a sindicar ou das questões a dirimir e ainda sujeita à fiscalização do tribunal de contas no âmbito das específicas atribuições de tal órgão, estando a mesma obrigada por lei a disponibilizar um sítio na internet no qual toda a sua actividade e regulamentação aplicável ao sector deve estar permanentemente acessível a todos os interessados.

Como em muitos outros casos, a prática – mais do que a regulamentação - é que acabará por fazer o órgão.

De todas as formas, em tese a Lei acabada de publicar encerra à partida em si as virtualidades necessárias e suficientes para que a entrada em funções da nova entidade se possa saldar por um sucesso, permitindo a abertura de uma nova página na regulação de um sector da maior importância em qualquer sociedade moderna e desenvolvida.

Esperemos que assim venha a ser. ■

Publicidade - Em tempo de mudança?



Patrícia Dias Mendes
pdm@plmj.pt

A actividade publicitária assume, aos mais diversos níveis, um papel preponderante nos meios de comunicação social. Trata-se, aliás, de uma forma de comunicação que, desde tempos primordiais, sempre esteve presente nas relações sócio-económicas entre os indivíduos, porquanto se reconhece que o anunciar, publicitar, é a forma mais eficaz de assegurar o lançamento, reforço e reconhecimento das marcas e de induzir as vendas respectivas.

É, indubitavelmente, uma área que influencia os contornos do consumo em geral, contribuindo, assim, para as sucessivas oscilações deste fenómeno sócio-económico.

O assumir de uma função destacada do fenómeno publicitário, ficou a dever-se, em grande parte, ao proliferar de novos meios de suporte publicitário (comparativamente com os meios tradicionais), como sejam, o telefone, o telefax, a internet, as caixas de multibanco, meios aéreos, entre outros. É que, a veiculação da mensagem publicitária socorre-se, não raras vezes, de meios tecnológicos de “ponta”, os quais, como sabemos, têm vindo a ser objecto de sucessivos avanços e melhoramentos, contribuindo para o crescente desenvolvimento da actividade publicitária.

No entanto, nalguns casos, a publicidade poderá provocar uma influência negativa no consumo em geral. É notícia comumente divulgada, que atravessamos uma era de “consumismo” exacerbado, mormente decorrente dos efeitos nocivos da publicidade.

Se é certo que tais efeitos nocivos não podem ser olvidados, também não deixa de corresponder à verdade que existem enormes benefícios comprovados associados à actividade publicitária e, será, aliás entre estes dois “vértices” que o legislador deve assumir uma função reguladora, tentando harmonizar os interesses de todos os intervenientes e destinatários da actividade publicitária.

Neste contexto, o Código da Publicidade constitui a fonte de direito primacial na regulação dos aspectos mais significativos da actividade publicitária.

A “codificação” sobre publicidade teve o seu início na década de oitenta, com a entrada em vigor do Decreto-lei nº 421/80, de 30 de Setembro (que veio a ser revogado pelo Decreto-Lei nº 303/83, de 28 de Junho), pioneiro na regulação jurídica do direito da publicidade, tendo por fonte orientadora, legislação oriunda de alguns

países da União Europeia (em especial, da França, Reino Unido, Irlanda, Itália e Espanha). No entanto, o Decreto-Lei nº 330/90, de 23 de Outubro, constitui o verdadeiro marco legislativo, caracterizado como uma codificação do regime da publicidade, aprovando o actual Código da Publicidade (sucessivamente alterado) e revogando os Decretos-Lei nºs 421/80 e 303/83.

Os princípios orientadores da sistematização deste Código ainda hoje se mantêm, não tendo havido alterações quanto à organização capitular e seccional.

Até à presente data, o “Código da Publicidade”, foi objecto de nove alterações legislativas, emanadas do Decreto-Lei nº 74/93, de 10 de Junho, Decreto-Lei nº 6/95, de 17 de Janeiro, Decreto-Lei nº 61/97, de 25 de Março, Lei nº 31-A/98, de 14 de Julho (Lei da Televisão), Decreto-Lei nº 275/98, de 9 de Setembro, Decreto-Lei nº 51/2001, de 15 de Fevereiro, Decreto-Lei nº 332/2001, de 24 de Dezembro, Lei nº 32/2003, de 22 de Agosto e Decreto-Lei nº 224/2004, de 4 de Dezembro.

Tudo parece indicar que o Verão de 2005 terá sido “inspirador” para uma projectada alteração ao actual Código da Publicidade.

Trata-se, tanto quanto nos foi possível apurar até à presente data, de um projecto que pretenderá introduzir alterações nos seguintes segmentos publicitários:

- Princípio da licitude: Nesta matéria, pretender-se-á prever a proibição da utilização de imagem de homem ou mulher com carácter discriminatório;
- Ligeiras alterações ao conceito de publicidade enganosa;
- No capítulo das restrições ao conteúdo da publicidade: “Avizinham-se”, possivelmente, alterações relativas à publicidade a bebidas alcoólicas, alimentos e bebidas de elevado teor em açúcar, cursos, produtos ou serviços milagrosos e crédito;
- Patrocínio (mais uma vez numa perspectiva de enfatizar restrições relativas a bebidas alcoólicas);
- Sanções: Por um lado, aumento das coimas, em particular, as aplicáveis a pessoas colectivas e, por outro lado, alterações ao nível da reversão dos montantes das coimas, perspectivando

do-se que o Instituto do Consumidor venha a titular uma maior percentagem desses montantes;

- Obrigatoriedade de registo dos profissionais e agências de publicidade junto do Instituto do Consumidor.
- Introdução de uma taxa de 0,5% que visará financiar a actividade reguladora e fiscalizadora do Instituto do Consumidor e que incidirá sobre a facturação dos profissionais e agências de publicidade, sendo devida pelos anunciantes.
- Regime de dispensa de coima: A aplicar naquelas situações em que o Instituto Civil de Autodisciplina da Publicidade se tenha pronunciado sobre um determinado conteúdo publicitário, verificando-se o acatamento desse parecer por parte do agente da contra-ordenação.
- Definição de situações de agravamento da coima;
- Atribuição de carácter devolutivo ao recurso de impugnação judicial.

Em súmula, verificamos uma tendência para tornar, porventura, mais “imprecisos”, alguns dos princípios aplicáveis à actividade publicitária e, de outro lado, no campo da objectivação, vislumbramos tão-somente matérias de índole económico-sancionatória, manifestamente em prol do Instituto do Consumidor.

Expoente evidente dessa manifestação verdadeiramente economicista, é a referida taxa de 0,5%. Muito duvidamos, aliás, do seu carácter de “taxa”. Não se tratará, outrossim, de uma nova carga fiscal, “encapotada”, em suma, de um verdadeiro imposto?

Entretanto, conforme divulgado em alguns meios de comunicação social, este projecto de alteração ao Código da Publicidade, foi objecto de acérrimas críticas por parte de organismos que integram o sector de profissionais da publicidade.

Desconhece-se, neste momento, o desenho final deste processo legislativo, mas entendemos que o mesmo poderá constituir, nos próximos tempos, uma das batalhas “quentes” no sector dos Media.

Da nossa parte, consideramos que o direito da publicidade deverá ser objecto de alterações que visem dois propósitos essenciais:

- i) De um lado, a adopção de medidas que permitam interagir, de uma forma salutar e construtiva, a simbiose dos dois vértices antagónicos que supra enunciámos e,
- ii) De outro, acompanhar as tendências evolutivas dos vários sectores de Media. Esta é a “pedra toque”, que infelizmente tem permanecido quase inalterada ao longo das sucessivas alterações legislativas.

Por último, e porque nos encontramos em período de reflexão sobre matérias de publicidade, julgamos que seria de todo o interesse que surgissem trabalhos rigorosos de investigação e de concepção legislativa com vista à obtenção de uma compilação que possamos verdadeiramente qualificar como um “Codex da Publicidade”, que possa responder às exigências de uma economia aberta e de uma sociedade desenvolvida, fazendo face aos “apelos” dos inúmeros operadores da cadeia de produção do sector publicitário. ■

O Esférico já Rola em ...Newark



Luís Marques Pinto
Imp@plmj.pt

A 28 de Abril deste ano foi publicado o Decreto-Lei 84/2005 o qual vem regular as condições em que os titulares de direitos exclusivos para a transmissão televisiva de quaisquer eventos estão obrigados a ceder o respectivo sinal aos operadores que disponham de emissões internacionais, para utilização restrita a estas.

Este diploma, que vem regulamentar uma matéria já enunciada no número 5 do Artigo 28.º da Lei 32/2003 de 22 Agosto – Lei da Televisão, tem o mérito de definir as regras numa área da cedência de direitos televisivos até aqui “cinzenta”, e que a partir de agora conta com um quadro legislativo adequado e que sai em defesa da livre

concorrência, da difusão da língua e cultura Portuguesas, e do pragmatismo na resolução de possíveis conflitos e impasses em que os critérios da retribuição pela cedência de tais direitos potencialmente lançariam os interessados. É de enaltecer este esforço regulamentar numa área como os media em que, não poucas vezes, vêm previstos no texto legislativo diplomas regulamentares adicionais cuja existência se atrasa no tempo...(1).

Na verdade, o alcance do Decreto-Lei 84/2005 não peca por pouco ambicioso e só o tempo e sobretudo a prática dos vários intervenientes do sector poderá ditar o sucesso deste diploma que, ao menos de ponto de vista legislativo, parece equilibrado e

apto a servir no final do processo o telespectador Português, ou de expressão Portuguesa, localizado longe de Portugal.

Desde logo, e depois de insistir na obrigação dos operadores televisivos, sob jurisdição do Estado Português, que sejam titulares de direitos exclusivos para a transmissão de eventos considerados de interesse generalizado do público, *“cederem o respectivo sinal, em directo ou em diferido, consoante lhes seja exigido, mediante o pagamento de retribuição, aos operadores que disponham de emissões internacionais destinadas às comunidades Portuguesas no estrangeiro ou aos países de expressão Portuguesa para utilização restrita àquelas”* (Cfr. Artigo 2.º), vem o Decreto-Lei 84/2005 esclarecer no seu Artigo 3.º que os adquirentes dos direitos exclusivos *supra* referidos são obrigados a comunicar à entidade reguladora – que para efeitos do presente diploma ainda é a Alta Autoridade para a Comunicação Social (A.A.C.S.) – não só aquela aquisição, mas também os elementos essenciais do contrato.

Acresce que esta comunicação, não só tem o mérito de colocar na esfera do adquirente a iniciativa de informar sobre a aquisição de direitos televisivos de eventos de interesse cultural ou desportivo (ao invés de ter que ser a entidade reguladora a estar atenta ao desenrolar de universos de situações negociais no mercado e mergulhada em funções de fiscalização), como também deve ser feita num prazo perfeitamente balizado no tempo, ou seja nas quarenta e oito horas a contar da aquisição dos direitos, ou até à ocorrência do evento, quando tenham sido adquiridos na véspera ou na antevéspera da sua realização (Cfr Artigo 4.º número 1).

Por outro lado, a comunicação remetida para a A.A.C.S. tem como efeito possibilitar que todos os operadores que disponham de emissões internacionais e que estejam interessados tenham conhecimento das condições de aquisição dos direitos televisivos exclusivos do evento e que são objecto daquela comunicação, podendo consequentemente apresentar ao legítimo titular daqueles direitos uma proposta contendo a data e a hora previstas para a transmissão, bem como a retribuição proposta pela cedência.

Em muitos casos a negociação poderá, porque encerrada com êxito, ficar por aqui. Contudo, não havendo acordo entre o adquirente e o operador interessado, e **porque na justa perspectiva do legislador o acesso televisivo a eventos de manifesto interesse para as comunidades Portuguesas no estrangeiro ou de expressão Portuguesa não pode estar condicionado à incapacidade negocial ou à estratégia comercial e financeira**



de intervenientes no sector dos media, prevê o Decreto-Lei 84/2005 a intervenção, a requerimento de qualquer dos interessados, da entidade reguladora, com funções de arbitragem e cabendo-lhe no final uma decisão vinculativa.

Mais importante, o Decreto-Lei 84/2005 prevê ainda, para os casos em que as negociações com os operadores interessados falhem, vários mecanismos de valor prático que aceleram o procedimento em que a intervenção da A.A.C.S. é requerida.

Assim, desde logo o requerimento de arbitragem deve ser acompanhado de um depósito, cujo valor é definido de acordo com as regras enunciadas de forma clara no Artigo 9.º, e que após a notificação da decisão arbitral por parte da entidade reguladora, o titular dos direitos exclusivos poderá levantar na importância que lhe for atribuída naquela decisão.

Por outro lado, e numa inovação louvável do Decreto-Lei 84/2005, mesmo que não exista acordo do proprietário dos direitos exclusivos sobre o valor da retribuição, tem o operador televisivo interessado na difusão internacional o poder de exercer o direito de transmissão no pressuposto de: i) a comunicação da aquisição dos direitos exclusivos dirigida à A.A.C.S ter sido feita nos vinte dias anteriores à ocorrência do evento; e ii) o operador televisivo ter procedido, nas condições definidas no número 3 do Artigo 7.º e no Artigo 9.º, à entrega do depósito até à véspera do dia da ocorrência do evento. Naturalmente que o exercício deste direito de transmissão, até porque envolve uma ausência de acordo do proprietário dos direitos exclusivos quanto à retribuição, desencadeia *de per si* o processo de arbitragem com a intervenção da A.A.C.S.

Falta referir, nesta exposição sumária do regime do Decreto-Lei 84/2005, que o diploma também prevê as regras a aplicar para os casos em que se verifica uma pluralidade de operadores interessados na transmissão internacional.

Em conformidade com o disposto no Artigo 13.º, número 1, no caso de os direitos exclusivos para transmissão televisiva já terem sido previamente adquiridos por um operador que disponha de emissão internacional nas condições objecto deste diploma e outros operadores pretendam exercer o mesmo direito, o valor pago pelo primeiro adquirente é rateado por todos aqueles que os venham a adquirir, sendo que no caso de se tratarem de eventos em relação aos quais o diferimento da transmissão afecte de forma significativa o respectivo interesse, nomeadamente os de carácter desportivo, os operadores que pretendam beneficiar do rateio *supra* mencionado estarão obrigados a proceder à transmissão televisiva dentro do mesmo parâmetro temporal que os primeiros adquirentes, o que de resto se compreende porquanto seria desequilibrado que o adquirente original ficasse, por ser obrigado a ceder os seus direitos sobre a transmissão de eventos desportivos e similares, numa situação de oportunidade de transmissão pior do que se não fosse obrigado a ceder tais direitos.

Note-se por fim que todos os custos técnicos decorrentes da disponibilização do sinal correm por conta do operador beneficiado (Cfr. Artigo 14.º).

Em conclusão, e como acima ficou dito, somos da opinião que o Decreto-Lei 84/2005 dota os operadores televisivos sob jurisdição do Estado Português de um instrumento legislativo equilibrado para todos os intervenientes e privilegia algum pragmatismo numa área em que até agora o arrastar de negociações ou a intencionalidade comercial e financeira de vários grupos do sector dos media, frequentes vezes, ditava a impossibilidade de acesso televisivo a eventos de manifesto interesse para o telespectador Português que vive no estrangeiro ou de expressão Portuguesa.

Agradece a livre concorrência entre operadores televisivos. Mas agradece ainda mais o Sr. Silva que, sentado num qualquer café Português em Newark, com um telemóvel à sua frente e depois de despachar o competente pastel de nata, já aguarda emocionado o apito inicial do jogo inaugural da “Seleção das Quinas” em terras germânicas.



Deus permita por isso que o Sr. Silva ao longo dos tempos vá trabalhar no dia a seguir aos jogos televisionados com um sorriso nos lábios. É que tal significaria que dificuldades regulamentares, jurídicas, negociais, burocráticas, técnicas, e por fim desportivas, não teriam impedido o mesmo Sr. Silva de exhibir

perante os amigos e colegas de trabalho (que de Portugal não saberiam porventura enunciar uma cidade...) todo o brilho dos nossos jogadores e de se sentir, só por isso, um pouco mais Português. ■

⁽¹⁾ Refira-se a este propósito que ainda recentemente a A.A.C.S., em sequência duma exposição dirigida àquela entidade e após consulta ao Instituto da Comunicação Social, confirmou o nosso entendimento de que não só se verifica actualmente uma ausência de regulamentação prevista na Lei 4/2001 de 23 de Fevereiro/Lei da Rádio (Artigo 21.º aplicável ex vi Artigo 33.º) para a concessão da autorização para o exercício da actividade de radiodifusão por via satélite ou por cabo, como também que tal facto não pode ser impeditivo de uma autorização administrativa nesta matéria, apesar da lacuna legislativa existente.

A Batalha pela Terra Media



João Diez Carvalho
jpc@plmj.pt

Todos nós, no nosso dia a dia, nos apercebemos (dependemos?) do papel que os meios de comunicação têm na nossa vida. Na verdade, por termos sempre por perto a rádio, um jornal ou a televisão, quase poderíamos dizer que eles se levantam connosco, acompanham-nos na viagem para o trabalho, comem connosco e preenchem, muitas vezes, o nosso serão.

Mas esta omnipresença não é um fútil fruto do avanço tecnológico. Os *media* trouxeram-nos a sociedade da informação e com ela uma sociedade, além de global, mais atenta, interessada, responsável, consciente e logo mais exigente. Asseguram direitos, liberdades e garantias de forma eficaz pela rápida e ampla difusão noticiosa, sendo certo que latente está sempre o perigo de manipulação por outros poderes com vista a obter vantagens da mais diversa natureza, já que a opinião publicada ou veiculada, consubstancia-se, frequentemente, na opinião pública, tal é a confiança desta naquela.

Por isso mesmo, é, amiúde, apelidado de 4º poder, e é-o cada vez mais dominador. Na verdade, é notável como uma realidade relativamente recente consegue ser um poder que a todos os outros tem capacidade, se não de governar, pelo menos influenciar. Os grupos de *media* são hoje estruturas empresariais extremamente fortes, basta verificar que todos os de maior dimensão estão cotados em bolsa, além de que são o único sector que tem a facilidade de se publicitar ao mesmo tempo que desenvolve a sua normal actividade, sendo conhecida a importância multiplicadora da publicidade.

Assim sendo, não há por que estranhar assistirmos presentemente a batalhas pela propriedade e expansão dos grupos de media e à discussão sobre as suas consequências.

E é aqui que assume particular importância a questão da “Concentração dos *Media*”.

O argumento contra a concentração de empresas é bem conhecido e prende-se com eventual prejuízo para a concorrência, através da criação ou reforço de uma posição dominante no mercado susceptível de a impedir, falsear ou restringir.

Naturalmente que no sector dos media este problema se põe ainda com maior acuidade, porquanto estão em causa direitos constitucionais como a liberdade de expressão e informação,¹ e preocupações com a promoção da diversidade cultural e a defesa do pluralismo de opiniões e dos próprios meios de comunicação.

Analisando a situação legislativa em Portugal quanto à questão da defesa da concorrência (na qual a questão da concentração se insere), vemos que esta, até à antevisão da adesão de Portugal às Comunidades Europeias, em 1 de Janeiro de 1986, estava confinada ao conceito de “concorrência desleal”, que, no entanto, não se confunde com o actual direito da concorrência, pois “é um instituto paralelo que visa, não a protecção em si mesma do sistema de mercado, mas a protecção dos agentes económicos contra actuações dos seus concorrentes contrárias a princípios de deontologia profissional”.² De facto, em 1986, dá-se a “metamorfose da ordem económica”³ portuguesa, em que assumimos os princípios comuni-

tários da livre concorrência, da liberdade de circulação de pessoas e bens, de estabelecimento e de capitais – uma vez que fora aberto o caminho pelas revisões constitucionais de 1982 e 1989 que estabeleceram, ainda, a aplicabilidade directa das directivas e dos regulamentos comunitários.

Surge, então, entre nós, a primeira legislação de defesa da concorrência que vem a ser o Decreto-Lei nº 422/83 de 3 de Dezembro (já antevendo a adesão) e o Decreto-Lei 428/88 de 19 de Novembro, sendo que o primeiro regulava as práticas restritivas da concorrência (que incluía as práticas individuais), e, o segundo, o controlo prévio das operações de concentração. Em 1993 surge o Decreto-Lei nº 371/93 de 29 de Outubro que substitui aqueles diplomas, vindo a tratar conjuntamente das regras da concorrência, das concentrações de empresas (que podem acontecer por fusão de empresas, por domínio de uma ou várias empresas por pessoa ou pessoas que já detêm pelo menos uma empresa e, finalmente, pela constituição de uma empresa comum por parte de outras duas ou mais) e de um novo regime sobre os auxílios do Estado, e que retirou as práticas individuais restritivas da concorrência do seu âmbito, submetendo-as ao regime geral das contra-ordenações.

Actualmente vigora a Lei nº 18/2003 de 11 de Junho, que manteve a estrutura material anterior mas procedeu ao seu aprofundamento, para além de ter substituído o Conselho da Concorrência pela Autoridade da Concorrência, como órgão de fiscalização. Como principais inovações destacamos o fim da presunção do anterior artigo 3º, nº 3, que assumia a existência de posição dominante a partir da simples verificação quantitativa de quotas de mercado, e, especificamente quanto ao controlo das concentrações, a exigência, para efeitos de notificação prévia, que pelo menos duas das empresas envolvidas tenham um volume de negócios superiores a dois milhões de euros⁴ (artigo 9º, nº 1 – b). Entendemos que por aqui se pode perceber uma abertura do regime, quer procurando-se uma análise mais casuística, quer evitando que operações de pequena dimensão tenham que ser objecto de desnecessária investigação.

Mas, para cada um dos meios de comunicação, são as leis especificamente reguladoras que, no âmbito da concentração, primeiro nos esclarecem. Assim, quanto à Imprensa é a própria legislação específica (Lei nº 2/99, de 13 de Janeiro) que nos remete para a lei da concorrência, prevendo apenas a intervenção da entidade reguladora (a anterior A.A.C.S.) nas operações de concentração horizontal.

Quanto à Rádio é a lei (nº 4/2001, de 23 de Fevereiro) que concretamente explicita que uma pessoa, singular ou colectiva, só pode deter, no máximo, cinco operadores de radiodifusão.

Finalmente quanto à Televisão (Lei nº 32/2003, de 22 de Agosto), e tal como a Imprensa, é a própria lei que remete para a lei da concorrência, prevendo apenas, e mais uma vez, a intervenção da entidade reguladora.

No entanto, como se constata, todas elas têm como único objectivo o impedimento das concentrações *monomedia*, ou seja, entre empresas vocacionadas para o mesmo sector da comunicação social. Era, por isso, desejável, ou mesmo exigível, uma lei que unitariamente regulasse a concentração *multimedia*, uma vez que essa é a realidade (que fica assim apenas sobre a alçada genérica da lei de defesa da concorrência).

Como entender essa lacuna? Desejo de fortalecimento dos grupos nacionais face aos grupos multinacionais? Em todo caso, o melhor mesmo era a sua específica e global regulação, pela qual agradeceríamos certamente a segurança jurídica e as estratégias dos próprios grupos.

Contudo, acreditamos, de facto, que o caminho seguido pelo legislador português tem sido de progressiva abertura à concentração. Isso mesmo já referimos *supra* a propósito das inovações mais salientes da Lei nº 18/2003. Outro dado sobre o qual devemos reflectir é a evolução operada do Decreto-Lei nº 428/98 para o Decreto-Lei nº 371/93 quanto à condição quantitativa objectiva para que uma operação de concentração tenha que ser previamente notificada – de um volume conjunto de vendas no valor de € 25.000.000,00 (“cinco milhões de contos”), passámos para € 150.000.000,00 (“trinta milhões de contos”) – parece óbvio que, ao subir tão consideravelmente o limiar de aplicação do diploma, se quis dar um maior espaço de liberdade às operações de concentração.

No entanto, a recém nascida - a 8 de Novembro passado - Entidade Reguladora para a Comunicação Social (que substituiu a Alta Autoridade para a Comunicação Social) consagrou expressamente no artigo 8º, alínea b), a atribuição de “velar pela não concentração da titularidade das entidades que prosseguem actividades de comunicação social com vista à salvaguarda do pluralismo e da diversidade”. Entendemos que aqui se parte de uma ideia errada – a de que a concentração é um mal em si e por si própria. Parece que a concentração está *ab initio* proibida, porque só assim se salvagam os referidos pluralismo e diversidade.⁵ Pensamos que o conteúdo razoável de disposições como esta e a respectiva boa legística consagrariam que para salvaguardar esses interesses, a entidade reguladora avaliaria se, na prática e na medida concreta em que eles fossem afectados, se justificaria a proibição de uma determinada concentração.

Mais sabemos que uma concentração pode perfeitamente dar bons frutos, nomeadamente, o aumento da qualidade dos serviços prestados, a descida dos preços praticados, e toda uma optimização dos recursos. De facto, são muitas as sinergias que se podem entretecer e as mais-valias proporcionadas por economias de escala derivadas de uma operação de concentração.

¹Artigos 37º a 40º da C.R.P. que constituem a “Constituição da Informação”.

²In António C. Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, *Direito Económico*.

³In J.J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *C.R.P. Anotada*

⁴Outra novidade foi a extensão da sua aplicação a todos os sectores de actividade, incluindo-se agora os sectores financeiro e segurador

⁵O mesmo parece dizer a C.R.P. quando refere no artigo 38º/4 que “O Estado assegura a liberdade e a independência dos órgãos de comunicação social (...) impedindo a sua concentração (...).”

Aliás, só através da concentração os maiores grupos de *media* portugueses dizem poder manter-se e defender-se perante as investidas dos grandes grupos de *media* multinacionais e do capital estrangeiro. De facto, sendo o nosso um mercado extremamente pequeno, a que acresce uma dificuldade de expansão além-fronteiras (pelo menos a nível europeu) por força da língua, é perfeitamente compreensível a necessidade imperiosa de um número reduzido grupos de *media* nacionais e de sermos, portanto, sensíveis à sua concentração.

E, de facto, pensamos que só assim, e por sua vez, será possível “promover e assegurar o pluralismo cultural e a diversidade de expressão das várias correntes de pensamento”, o que curiosamente constitui o primeiro dos objectivos a ser prosseguido pela nova Entidade Reguladora para a Comunicação Social – uma vez que só “sobrevivendo” os *media* nacionais, com identidade própria e culturalmente individualizados e comprometidos, se poderá atingir aquele desiderato. De outro modo, a debilidade estrutural de conjuntos pulverizados de meios de comunicação, traduzir-se-á, inevitavelmente, na volatilidade desses grupos e na sua fácil aquisição pelos grandes conglomerados estrangeiros.

Receio porquê? Mesmo no limite de uma estrutura monopolista de comunicação, é impensável a diversidade de opiniões? Claro que não! Se assim não for, então para que servem o estatuto do jornalista, o seu código deontológico, e os estatutos editoriais? As leis, todas as leis, são para cumprir!

Daí que é preciso ter cuidado com fobias quixotescas tentando reenagnar o longínquo senador Sherman, porque pode também, com graves custos – aqueles que precisamente se queriam evitar –, a concentração vir a fazer-se pela força... das circunstâncias. Isto é, motivada pelo desaparecimento de protagonistas devido à sua falência, deixando o mercado à mercê da concorrência, entretanto monopolista.

As normas legais sobre concentração têm, assim, de ser pensadas tomando em consideração os objectivos que se querem atingir, avaliando, também, minuciosamente, a ambivalência que podem acarretar na prática. Devem ser analisadas em concreto e não “proibir por proibir”, abstracta e desfasadamente, uma situação da qual ainda não se conhecem custos e benefícios, sob pena de essa se vir a revelar uma normatividade desgraçadamente autofágica.

O mundo dos *media* é, na verdade, um campo onde se digladiam interesses e poderes da mais variada ordem, acicatados, por vezes, com simples ambições pessoais, outras por nefelibáticos sentimentos nacionais, mas onde sempre se encontram o dever de informar e o direito de ser informado.

Alea jacta est, a batalha pela Terra *Media* vai começar. ■



Nuno Viegas, 2004

Acrílico, esmalte sintético, tinta da Índia, tinta preta, caneta de filtro e lápis de cera / tela
200 x 180 cm

Obra da Fundação PLMJ