

A DIGITALIZAÇÃO E O NOVO

CICLO REGULATÓRIO DO AUDIOVISUAL

JÓNATAS E.M. MACHADO

FACULDADE DE DIREITO DE
COIMBRA

INTRODUÇÃO

O objectivo desta nossa intervenção consiste em problematizar os desafios regulatórios com que se depara o sector do audiovisual em virtude da digitalização e da convergências de tecnologias. Mais do que discutir aspectos pontuais da disciplina jurídica, pretende-se discernir as tendências estruturais que se detectam no sector. Parece-me ser este o contributo que um académico do fervilhar quotidiano do mundo das telecomunicações pode trazer a um encontro como este.

I – A CONSTITUIÇÃO DA COMUNICAÇÃO

A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA, POR VIA DAS SUAS SUCESSIVAS REVISÕES, TEM VINDO A EDIFICAR E A CONSOLIDAR UMA SOCIEDADE ABERTA, ASSENTE NA AUTONOMIA INDIVIDUAL, NA VOLUNTARIEDADE DA INTERACÇÃO COMUNICATIVA E NA EXISTÊNCIA DE UMA *ESTRUTURA POLICÊNTRICA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL*, CONDIÇÃO FUNDAMENTAL DE UMA OPINIÃO PÚBLICA AUTÓNOMA, SENDO QUE ESTA É UMA GARANTIA SUBSTANTIVA DA DEMOCRACIA.

Fundamentalmente, a Constituição tem em vista combater os riscos, extremamente elevados, da censura e da autocensura, nas suas diversas manifestações, os quais acabam por incidir, com particular intensidade, sobre conteúdos inovadores, inconventionais, minoritários ou

impopulares, precisamente os mais carecidos de protecção constitucional. Mesmo a “auto-regulação” pode resvalar para uma forma constitucionalmente intolerável de autocensura.

O catálogo dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrado protege toda a *comunicação publicística* através do direito à liberdade de expressão em sentido amplo, o qual inclui a liberdade de expressão em sentido estrito, a liberdade de informação (direito de informar, de se informar e de ser informado), a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas e a liberdade de radiodifusão em sentido amplo (radiodifusão sonora, televisão hertziana, cabo, satélite, digital, etc.) devendo todos estes direitos ser concebidos por referência a uma teia de valores e princípios que se reforçam mutuamente. Todas estas liberdades são designadas, pela doutrina, como *liberdades de comunicação social* ou *liberdades publicísticas*.

Um dos principais corolários destes direitos fundamentais consiste no princípio da liberdade perante o Estado. Este aponta claramente para a premissa de que as estruturas de comunicação social integram uma verdadeira *reserva de sociedade civil*, devendo ver protegida a sua autonomia perante os poderes públicos.

As liberdades publicísticas estão dependentes, para a sua tutela, da protecção concedida às liberdades individuais e económicas, assentando todas elas nas mesmas premissas de autonomia individual, voluntariedade da interacção social e descentralização da autoridade. Este ponto é particularmente pertinente quando se trata de sublinhar a necessidade de salvaguardar a viabilidade económica dos operadores privados de comunicação social.

As liberdades publicísticas protegem os diferentes conteúdos de natureza expressiva e comunicativa, independentemente da sua natureza política, cultural, artística, religiosa, económica, lúdica, desportiva, etc. As mesmas abrangem toda a comunicação humana, independentemente dos seus fins e das suas modalidades, constituindo inequivocamente conteúdos publicísticos dignos de protecção constitucional aqueles que chegam ao público através dos meios de comunicação social em sentido amplo (televisão hertziana, TV por cabo, TV por satélite, TV digital, TV interactiva, TV paga, Home Vídeo, Digital Versatile Disk e Internet, incluindo online-TV; online-Radio).

As liberdades da comunicação protegem a introdução de novas tecnologias da comunicação, devendo as autoridades regulatórias, em vez de procurarem travar o processo, limitar-se a assegurar que o mesmo ocorra de um modo que não ponha em causa as finalidades e os princípios constitucionais fundamentais, de liberdade e de justiça comunicativa, que presidem ao sector.

II - O CICLO REGULATÓRIO TRADICIONAL

As *características arquitectónicas* da imprensa e da comunicação social audiovisual têm sido utilizadas para justificar uma disciplina jurídica diferenciada, legitimando, como no caso da nossa Constituição, um tratamento conceitual autónomo, sem prejuízo de um conjunto significativo de garantias da imprensa valer com igual pertinência no âmbito da comunicação social audiovisual. A imprensa escrita tem gozado de uma maior autonomia relativamente ao Estado, desenvolvendo a sua actividade no âmbito do direito privado. A realidade normativa que em vários países tem vindo a caracterizar este domínio exprime a existência de uma *diferença essencial* de regimes entre a imprensa escrita e os meios de comunicação audiovisual. Relativamente à imprensa, fala-se de um *status de liberdade constitucionalmente qualificado*, traduzido no reconhecimento do direito à liberdade de imprensa como direito individual, ainda que acompanhado de uma *garantia objectiva complementar*, compreendendo a protecção do direito de fundação de jornais e de quaisquer outras publicações, independentemente de autorização administrativa, caução ou habilitação prévias, na tutela em termos amplos da liberdade editorial e de tendência, na garantia de pluralismo externo através da existência de múltiplas empresas jornalísticas. A *concorrência económica* é aqui entendida como mecanismo de garantia da *concorrência publicística*

Diferentemente se passam as coisas nos domínios da rádio e da televisão. Estes, têm sido colocados numa *situação especial* de subordinação a uma maior medida de regulamentação e controlo estaduais, surgindo estruturados, ou como um serviço público desenvolvido por uma empresa pública ou de capitais públicos, ou como actividade exercida por um conjunto restrito de entidades privadas, a coberto de uma licença ou autorização administrativa ou de um contrato de concessão de serviço público. Embora a existência de pluralismo externo nem sempre esteja excluída, a ênfase na *estruturação policêntrica* dos meios de comunicação social tem passado para segundo plano, afirmando-se a subordinação da actividade de rádio e de televisão a critérios fiduciários de prossecução do interesse público e garantindo-se uma medida razoável de pluralismo interno, em termos que configuram uma maior medida de restrição da liberdade editorial dos operadores. Tem sido esta a estrutura normativa daquilo que designamos por ciclo regulatório tradicional. Recorre-se à ideia de que a liberdade de radiodifusão é uma *liberdade instrumental*, em ordem à formação da opinião pública e da vontade política, encontrando-se, por esse motivo, intensamente dependente da mediação político-legislativa de conformação normativa. Uma das mais importantes justificações para esta

diferença de disciplina jurídica parece relacionar-se com as características estruturais dos meios de comunicação social em presença, sublinhando-se a escassez do espectro (*scarcity rationale*) de frequências radioelétricas e os elevados investimentos financeiros necessários ao exercício da actividade. Isto, apesar de a escassez ser uma característica de todos os bens económicos, não justificando por si só a existência de uma situação especial de regulação e controlo públicos. Outros argumentos têm sido mobilizados para justificar o quadro regulatório tradicional.

III – CONVERGÊNCIA E DIGITALIZAÇÃO

A relativa tranquilidade regulatória do quadro tradicional começou a ser posta em causa com a introdução dos sistemas duais de televisão pública e privada, e, posteriormente, trials, assentes no acesso livre e no acesso condicional.

No entanto, a mesma tem vindo a ser sido decisivamente abalada pela *convergência de tecnologias*, descrita como uma alteração das trajectórias tecnológicas específicas de diferentes sectores (v.g. telecomunicações, software, electrónica de bens de consumo, media). Particularmente importante é a tecnologia digital de codificação, armazenamento, processamento e transmissão de informações de acordo com uma lógica binária (0,1:on,off), que permite o reforço da capacidade de circulação da informação, por via terrestre, cabo ou satélite, bem como a inserção numa única rede dos vários tipos de comunicação como o telefone, a rádio e a televisão, até agora separados pela tecnologia analógica. Esta tecnologia, associada aos desenvolvimentos em domínios como os cabos de fibra óptica e a banda larga, propicia a tramissão de uma maior quantidade e qualidade de informação. Surgem assim os serviços de informação e as redes inteligentes de banda larga, jundamente co as redes digitais de serviços integrados, antecipando a conectividade global através de redes ricas de processamento de telecomunicações e informação. Os senhores saberão isto melhor do que eu.

Do ponto de vista da radiodifusão terrestre, a tecnologia digital representa uma alteração substancial no modo como as frequências radioelétricas são utilizadas, na medida em que permite dissociar cada uma delas de um canal determinado. Através de um processo de “multiplexing”, uma mesma frequência pode ser utilizada para transmitir códigos binários respeitantes a diferentes programas, os quais serão posteriormente decifrados de forma a que a informação neles contida possa ser encaminhada para o programa correcto. A própria imprensa escrita se aproxima, cada vez mais, do domínio mais regulamentado das comunicações electrónicas. Na verdade, a tecnologia digital possibilita a combinação de informação contida em texto, fotografia, áudio e vídeo, propiciando a erosão, senão mesmo o colapso, das antigas

fronteiras tecnológicas e regulamentares e incentivando as empresas de telecomunicações, audiovisual e informática, a diversificarem as suas áreas de actividade e a colaborarem umas com as outras.

A tecnologia da digitalização permite a transmissão de quantidades muito maiores de informação, possibilitando o aumento da oferta de conteúdos seguido protocolos de alta velocidade de transmissão, juntamente serviços avançados interactivos (Directiva 95/47), dando um relevo decisivo às escolhas e acções iniciadas pelos subscritores, em domínios como a activação de guias de programas electrónicos, a iniciação de correntes de vídeo personalizadas, o acesso a sinais de vídeo alternativos mas relacionados, a utilização de salas de conversação e correio electrónico relacionados com os sinais de vídeo, o acesso a interfaces gráficos dotados de informações complementares ao sinal de vídeo recebido, a possibilidade de adquirir bens e serviços relacionados com a emissão a que se assiste.

A *regie* estará situada no sofá do telespectador ou em qualquer outro local à sua escolha. Na transmissão de um jogo de futebol, por exemplo, os telespectadores poderão participar na configuração da transmissão, seleccionando a perspectiva dada por diferentes câmaras ou as imagens que querem ver repetidas em câmara lenta. Do mesmo modo, ser-lhes-à possível ter acesso à composição das equipas, a dados biográficos sobre os jogadores, a estatísticas, etc. O mesmo poderá ainda adquirir a camisola do seu jogador preferido e trocar impressões sobre o penalti que ficou por assinalar. As profundas implicações da convergência de tecnologias, o já anteriormente referido *Livro Verde relativo à Convergência dos Sectores das Telecomunicações, dos Meios de Comunicação Social e das Tecnologias da Informação e às suas Implicações na Regulamentação*, Comissão Europeia, 3 de Dezembro de 1997

As consequências deste fenómeno fazem sentir-se no âmbito em análise dando lugar à *multifuncionalidade* dos meios, dos canais e dos aparelhos de comunicação, traduzindo-se numa alteração estrutural da maior importância, na consolidação de um novo *paradigma multimedia*. Este assenta no estabelecimento de uma ligação em rede entre os tradicionais fornecedores e consumidores da informação, tendo como consequência a possibilidade de interacção. Do mesmo modo, elas produzem-se nos domínios económico e jurídico com eles directamente relacionados.

O aumento exponencial das possibilidades comunicativas, com custos marginais cada vez mais baixos, a possibilidade de dividir e individualizar a oferta audiovisual, através de sistemas como o *pay per view* ou o *video-on-demand*, e a possibilidade alargada de prestação de um leque cada vez mais vasto de serviços *online* resultam numa significativa ampliação das oportunidades de utilização comercial lucrativa, pondo fim à qualidade de *monopólio natural* que

vinha caracterizando as diversas tecnologias da comunicação, aspecto que também abordaremos a seguir.

Os mesmos serviços podem ser agora fornecidos por diferentes vias e de forma segmentada (i.e. separadamente e não em bloco), indo ao encontro das preferências e das necessidades dos particulares. Um dos mais significativos desenvolvimentos no domínio dos meios de comunicação. Para além do impacto económico, tudo isto resulta na alteração dos comportamentos e das representações culturais, desenvolvidos à sombra do monopólio. Entre outros aspectos, o receptor passa a poder ser também emissor. Mas para além de questões técnicas e de política de comunicação, relacionadas com a interoperabilidade dos diferentes sistemas e a flexibilidade da prestação de serviços, está em causa a possibilidade de transformação profunda do *status quo*, susceptível de pôr em causa os equilíbrios políticos, económicos, sociais e culturais existentes.

IV – UM NOVO CICLO REGULATÓRIO?

4.1. Do ponto de vista jurídico, está-se perante uma substancial alteração dos pressupostos de facto em que assentavam as soluções regulatórias adoptadas no domínio das comunicações, verificando-se uma pressão cada vez maior no sentido do substancial esbatimento das diferenças de regime regulatório tradicionalmente existentes entre as várias tecnologias de imprensa escrita, radiodifusão e *common carriers* de telecomunicações, facto que pode inutilizar a breve prazo um bom número das disposições normativas que regulam o sector e obrigar à sua reconfiguração normativa. Esta tendência sai reforçada pelo desenvolvimento ocorrido no seio da ciência jurídica, onde as limitações do Direito, enquanto meio de intervenção e direcção político-regulatória, têm vindo a ser evidenciadas, enfatizando-se hoje uma regulação orientada para o mercado, embora com mecanismos adequados a correcção das respectivas falhas, nomeadamente em domínios como os custos de transação e de informação, e a protecção da concorrência.

Desde logo, a ligação em rede dos fornecedores e dos consumidores da informação, ao abrir as portas para a individualização dos serviços e para a respectiva interactividade, propicia o reforço das dimensões subjectivas e intersubjectivas da comunicação e da correspondente disciplina jurídica, reforçando o papel dos direitos negativos e do mercado livre das ideias. Em todo o caso, os benefícios que daí podem

resultar do ponto de vista da autonomia individual, da participação cívica democrática e da dinamização do sistema social, devem ser equacionados à luz do problema da igualdade de oportunidades comunicativas e do risco da livre circulação de conteúdos considerados nocivos e ilegais. O resultado final pode nunca vir a ser o equilíbrio e a estabilidade, existindo até o perigo de o Direito não acompanhar a rapidez destes desenvolvimentos, podendo mesmo servir-lhe de obstáculo.

4.2. Os desenvolvimentos jurídicos, estruturais, tecnológicos e económicos que presentemente se verificam no sector do audiovisual são particularmente favoráveis a este novo paradigma regulatório, orientado para o mercado. As considerações expostas apontam claramente para a emergência de um novo ciclo regulatório assente nalguns aspectos fundamentais, com imediatas implicações na necessária redefinição do quadro constitucional e legal.

4.2.1. O primeiro assenta na afirmação, clara e inequívoca, da existência de um direito fundamental de radiodifusão, por parte dos indivíduos e das pessoas colectivas, reconduzível à própria liberdade de expressão em sentido amplo. Em nosso entender, o mesmo já pode ser deduzido do quadro constitucional em vigor, embora não de uma forma expressa e inequívoca, e, por isso, não o tenha ainda sido unanimemente pela doutrina. Para nós é significativo o facto de a Constituição ter afastado do exercício privado das actividades de rádio e de televisão a figura da *concessão*, reservando-a exclusivamente para os operadores do serviço público. Subjacente a esta solução encontra-se uma afirmação da natureza subjectiva e privada dos procedimentos comunicativos, localizando-se os correspondentes direitos fundamentais originariamente na esfera jurídica do particular e não na esfera estadual. Em nosso entender, a garantia da liberdade de radiodifusão pode ser justificada a partir dos valores constitucionais da edificação de uma sociedade democrática aberta, da difusão pluralística do poder e da protecção de um perímetro de livre iniciativa individual e colectiva, publicística e económica, em ordem à dinamização autónoma dos vários subsistemas de acção social. Este entendimento obriga a que se considere pouco menos que arbitrária a ideia segundo a qual a radiodifusão não está ao serviço da autonomia e da expressão individual e colectiva.

Por conseguinte, parece defensável a localização da actividade de radiodifusão, em primeira linha, na esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos e das pessoas colectivas, numa área em que se cruzam as *liberdades publicísticas* e as *liberdades económicas*. Os meios de comunicação audiovisual encontram-se, à semelhança do que sucede com os demais, ao serviço da autodeterminação publicística dos indivíduos e dos grupos, dos seus direitos de informação e de expressão acerca do mundo que os rodeia.

Para além das funções de interesse público que desempenham, a rádio e a televisão constituem mecanismos essenciais na dinamização dos subsistemas de acção social e espaços de mediação comunicativa da diversidade e da confrontação de valores, concepções, opiniões e interesses, individuais e colectivos, que neles se digladiam. Elas são, além do mais, instrumentos da sociedade civil ao serviço da liberdade de expressão em sentido amplo.

Deve reconhecer-se que, mesmo nas democracias liberais (América do Norte, Europa, etc.), a televisão foi desde o início considerada um meio de comunicação materialmente diferente da imprensa escrita (com um regime caracterizado pela proibição de autorização, caução ou habilitação prévias), podendo justificar (superada a fase europeia de monopólio público da televisão) um regime jurídico diferenciado (assente na existência de um serviço público, no licenciamento dos operadores privados e na regulação dos conteúdos programáticos), a partir daquilo que alguma doutrina considera ser uma sobre-valorização de ideias como as de *missão pública da televisão* ou de *serviço público de televisão*.

Contudo, tanto razões de princípio, como considerações de natureza tecnológica e económica, têm levado a doutrina e a jurisprudência constitucionais, contrariamente ao sustentado pelo paradigma até há pouco dominante, a considerar que existe um *verdadeiro direito subjectivo individual* ao exercício da actividade de radiodifusão em sentido amplo, sendo necessário examinar se os fundamentos tradicionalmente invocados para justificar a regulação e limitação do seu exercício verdadeiramente se justificam, do ponto de vista constitucional.

Na verdade, a actividade televisiva é considerada hoje, no âmbito da União Europeia e do Conselho da Europa, um direito subjectivo fundamental, originariamente radicado na esfera jurídica do particular, tendo o modelo de monopólio público da radiodifusão (esse sim baseado numa grande desconfiança relativamente à televisão) sido há muito considerado, pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, incompatível com a

liberdade de expressão em sentido amplo tal como consagrada no art. 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Este entendimento, não impede necessariamente a utilização da figura do licenciamento e da autorização, à semelhança do que sucede com outras actividades protegidas pelos direitos fundamentais, embora funcione como *limite dos limites* à mesma. Ainda assim, o facto de a regulação dos audiovisuais ser tendencialmente mais restritiva do que a da imprensa, longe de ser considerada inteiramente justificado pelos factos, é visto como parte de uma tendência mais geral no sentido de, historicamente, a censura ser a filha bastarda da tecnologia.

4.2.2. O segundo elemento do novo ciclo regulatório consiste na convergência normativa entre a imprensa e os meios de comunicação audiovisual, devendo considerar-se superados os argumentos que justificavam a situação especial destes últimos.

Na verdade, um dos argumentos tradicionalmente invocados para regular a radiodifusão dizia respeito à *escassez do espectro radioeléctrico*. Ora, o mesmo deixou há muito de ser plenamente convincente, tanto por razões económicas (os bens económicos são por definição bens escassos, não sendo isso suficiente para justificar a regulação estadual), como por razões tecnológicas (aproveitamento mais eficiente do espectro radioeléctrico; convergência de tecnologias; digitalização e compressão de dados; aumento exponencial dos canais disponíveis por cabo e por satélite). Isto, mesmo concedendo que, superada a escassez do lado da oferta (*supply scarcity*), a mesma ainda perdura do lado da procura (*demand scarcity, allocational scarcity*), na medida em que continuam a existir muito menos frequências disponíveis do que utilizadores potenciais. Além disso, também a imprensa escrita é escassa, havendo mais possibilidades técnicas de corrigir esse problema a nível da radiodifusão do que no âmbito da imprensa escrita, onde os custos de entrada no mercado chegam a ser maiores do que na radiodifusão.

Do mesmo modo, o argumento segundo o qual a televisão é um meio poderoso e um factor eminente (*Macht faktor*) de comunicação e de formação da opinião, também utilizado para fundamentar as diferenças de tratamento jurídico entre a imprensa e o audiovisual, também há muito deixou de justificar todos os aspectos dos tradicionais regimes jurídicos de diferenciação da radiodifusão relativamente ao da imprensa escrita.

Em primeiro lugar, esse argumento não é estruturalmente diferente dos argumentos utilizados pelos regimes absolutistas e autoritários para justificar a censura da imprensa escrita

e, um pouco por toda a parte, a censura do próprio cinema, nos alvares deste meio de comunicação. Também aí se entendia (e ainda se entende em certos quadrantes) que os referidos meios de comunicação contribuem de forma eficaz para a formação da opinião pública, sendo por isso mesmo fortemente condicionado o seu exercício. A sina das novas tecnologias da comunicação parece ser, historicamente, a de causarem grandes medos relativamente ao seu impacto junto do público.

Em segundo lugar, num contexto de pluralidade de publicações (v.g. jornais, livros, revistas, vídeos, filmes, CD-Rom's, livros electrónicos, etc., nacionais e estrangeiros) sobre os mais diversos temas (v.g. política, cultura, religião, arte, desporto, automóveis, decoração, sexo) e de uma enorme variedade de formas de televisão (hertziana, cabo, satélite, generalista, temática, nacional, regional, *Free - TV*, *Pay-TV*, interactiva, personalizada, etc.), qualquer juízo genérico e globalizante sobre o impacto publicístico junto da opinião pública da televisão relativamente à rádio ou à imprensa é pouco menos do que pura especulação. Acresce ainda que o argumento em análise não entra em linha de conta com o poder que os anunciantes têm sobre os operadores de radiodifusão e que o público tem sobre uns e outros. Além disso, o mesmo não pondera adequada a mediação das circunstâncias políticas, económicas, sociais e culturais, no processo de formação da opinião pública e da vontade política. Finalmente, nem sempre se confere o devido peso à ideia de que o reconhecimento de um direito subjectivo ao exercício da actividade de radiodifusão não implica a total inexistência de restrições, na medida em que as mesmas se justifiquem para a salvaguarda de direitos e interesses constitucionalmente protegidos.

Por outro lado, o argumento de que um regime de licenciamento para a radiodifusão se justifica para assegurar a utilidade social dos elevados investimentos a realizar também não procede, na medida em que está hoje demonstrado que é mais fácil e barato pôr a funcionar um canal de televisão por cabo (*originating cablecasting*) do que estabelecer e distribuir um jornal nacional.

No seu conjunto, estes argumentos apontam para o robustecimento da radiodifusão privada como meio de ampliação das oportunidades de comunicação e do pluralismo de expressão, com consequências práticas nos domínios da eliminação das exigências de autorização e caução prévias e alargamento do leque dos emissores e de conteúdos, na flexibilização das restrições negativas e positivas à programação, na ampliação das possibilidades de encaminhamento de programação para audiências minoritárias e inconvencionais (nomeadamente através dos sistemas de TV Paga) na adequação da

protecção da concorrência económica e publicística a uma visão realista da globalização do sector. Igualmente importante é a exploração das redes de cabo e plataformas digitais com base num princípio de acessibilidade plena, embora sujeita a uma regulação

e de protecção da concorrência na linha da *essential facilities doctrine*.

Num contexto como o dos meios de comunicação em que o progresso tecnológico coexiste com um acentuado congelamento doutrinal, parece-nos incontornável a consideração do direito à liberdade de radiodifusão como uma posição jurídica subjectiva alicerçada no direito à liberdade de expressão em sentido amplo.

As considerações acima avançadas não excluem a intervenção do Estado, no sector, da comunicação. A existência de um serviço público continua a justificar-se com base nos consistem na universalidade e na igualdade da provisão de bens comunicativos, podendo os mesmos ser mobilizados para restringir as liberdades da comunicação e combater os excessos do mercado. É perfeitamente pensável uma relação de complementaridade entre serviço público e operadores privados, com incidências quer no plano da diversidade de conteúdos quer na articulação de tecnologias e estruturas. Na verdade, quando adequadamente estruturado, o serviço público pode e deve promover, nalguma medida, os interesses das minorias e dos produtores independentes de conteúdos, bem como valores nacionais, regionais e locais. Paralelamente, os operadores privados podem, por exemplo, difundir conteúdos de acesso livre dirigidos a vastas audiências, ao mesmo tempo que procedem ao encaminhamento de programas, nomeadamente por TV-Paga, a determinados segmentos minoritários da população, e à contratação de tempo de emissão com grupos, de mais diversa natureza, que estejam dispostos a pagar por ele.

Assim, são perfeitamente admissíveis e desejáveis *must carry rules* para o serviço público e para programação de natureza cultural, social e educativa nas plataformas de cabo e de televisão digital. Embora o Estado possa restringir a liberdade de radiodifusão, colocando o seu exercício sob reserva de licença ou de autorização prévias, nomeadamente na televisão terrestre, e impondo algumas obrigações programáticas e organizatórias básicas em ordem à garantia do interesse público e do pluralismo, tais restrições devem limitar-se ao estritamente necessário para a salvaguarda dos bens constitucionais pertinentes, não podendo transformar os operadores privados, contra a sua vontade, em *quase-*

concessionários do serviço público. É certo que são pensáveis modelos mistos, em que, em concorrência, ou não, com o operador público, todos ou alguns operadores privados exerceriam iguais ou diferentes missões de serviço público, sendo devidamente compensados por isso. Contudo, e apesar de alguns destes factores poderem ser objecto de quantificação e compensação económico-financeira, parece ser verdade que os custos financeiros da prestação de um serviço universal e estável, compreendendo uma programação diversificada, contextualizada e de qualidade, associados, por um lado, à desadequação da *lógica económica* para o fornecimento de *bens não económicos* e, por outro, às restrições à autonomia e iniciativa privadas que a prestação de um serviço público por particulares necessariamente acarretaria, levam uma parte significativa da doutrina a insistir na afirmação de uma natural afinidade entre o serviço público e uma estrutura organizatória jurídico-pública.

Na verdade, apesar de as finalidades da radiodifusão privada serem formuladas a partir de um vocabulário importado das doutrinas do serviço público, facto a que não será alheia a necessidade de ilidir a suspeição que tradicionalmente sobre ela impendia, nomeadamente entre 1976 e 1989, uma interpretação constitucionalmente adequada das mesmas parece apontar para progressiva flexibilização.

Ferrari Careto

Senhores e Senhoras

Saúdo a iniciativa que considero muito oportuna

Tive um abstract para comentar:

O mercado móvel não é passível de concorrência perfeita (pelo menos em todas as fases da cadeia de valor):

Não há lugar para quatro operadores (em todas as fases da cadeia de valor);

Temos um oligopólio, tendencialmente não concorrencial.

Porque se trata de Jornadas de Regulação, existe uma questão prévia que importa discutir: qual o papel do regulador na definição do número de operadores existentes no mercado e em particular no mercado dos móveis? Qual o tipo de intervenção que deve o regulador ter?

Parecem universais as missões definidas por alguns dos reguladores europeus. Oftel, Reino Unido: "Promover os interesses dos consumidores e manter e promover uma concorrência efectiva". CMT, Espanha: "Salvaguardar, em benefício dos cidadãos, as condições de concorrência efectiva no mercado das comunicações"; ART, França: "garantir o exercício, em benefício dos utilizadores, de uma concorrência efectiva e leal".

Tais missões estão aliás alinhadas com os objectivos previstos para as autoridades reguladoras nacionais na nova Directiva Quadro da Revisão 99: "As autoridades reguladoras devem promover a concorrência na oferta de redes de comunicações (...) assegurando que os utilizadores (...) obtenham o máximo benefício em termos de escolha, preço e qualidade (...) assegurando que a concorrência no sector (...) não seja distorcida nem travada.

Ou seja, dois aspectos centrais. Sujeito principal: os consumidores (e não os operadores). Ferramenta essencial: a concorrência.

Dito isto, importa também afirmar que, em telecomunicações, retirando situações de excepção, a lógica é que tudo está liberalizado e que o acesso ao mercado é pleno. Aliás esta é a norma que vigora no direito comunitário, desde 1996¹, onde é claramente referido que: "Os Estados-membros apenas podem limitar o número de licenças a emitir no caso de insuficiência do espectro de frequências e quando tal se justificar à luz do princípio da proporcionalidade."

A conclusão parece assim evidente:

Cabe ao regulador, na defesa dos interesses dos consumidores, promover a concorrência no mercado das comunicações, garantindo que não existem barreiras à entrada, para além das decorrentes da insuficiência do espectro radioelétrico.

É assim contrário aos interesses do regulador e ao próprio enquadramento legal qualquer iniciativa no sentido de limitar o número de operadores no mercado das comunicações.

Antes pelo contrário, o regulador deve a cada momento verificar da própria necessidade de incrementar o nível de concorrência, sempre que, de uma análise atenta ao mercado, verifique

¹ Directiva 96/19/CE da Comissão, de 13 de Março de 1996, que altera a Directiva 90/388/CEE no que diz respeito à introdução da plena concorrência nos mercados das telecomunicações

haver sinais indiciadores de diminuição do nível de competitividade. A título de exemplo refiro dois sinais (por acaso presentes no mercado português): a) estagnação ou mesmo diminuição do nível de investimento no mercado (associado a baixa inovação) e b) manutenção dos níveis de quota de mercado (indiciador de uma acomodação do nível de concorrência registada).

Ainda em relação à eventual regulação do número de operadores, existe aqui uma questão, que julgava ultrapassada, mas que importa abordar, tendo em conta algumas declarações públicas de alguns responsáveis por empresas de telecomunicações: deverá esta abordagem, liberal, ser preterida por forma a evitar o impacte que a entrada de novos operadores possa ter nas empresas já existentes?

A este respeito, acho que importa referir o seguinte (3):

- a) Essas empresas sabem (pelo menos desde 1996!) que a regra é a de que “só não há mais concorrência se não houver espectro”, o que já parece ser felicidade suficiente para quem opera nesse mercado; também sabem que em concreto já beneficiam de um atraso de 1 ano na entrada de um novo concorrente, o que parece tempo necessário para se prepararem.
- b) Se o mercado, com as empresas existentes, se comportar perto das condições de concorrência perfeita, nomeadamente em termos de partilha de excedentes, por mais espectro que exista, não haverá atractividade para o estabelecimento de operações alternativas. Caso diferente é apostar nas barreiras à entrada como arma desincentivadora de mais concorrência;
- c) Apesar de ser difícil reconhecê-lo, a concorrência é o sistema mais eficaz para induzir ganhos de eficiência no mercado, mesmo no caso dos operadores já instalados. É estranho estarmos a discutir este argumento em 2002: manter que acréscimos de concorrência podem ser negativos para os consumidores é regressar a posições da década de 80 do século passado.

Tratadas que estão as questões relativas à regulação do número de operadores, importa então ver a questão central lançada em debate: Há lugar para 4 operadores? Vejamos alguns elementos para a resposta (5):

- a) Dificilmente encontraremos uma resposta isenta da parte de quem já está no mercado. É simples aritmética: as quotas de mercado somam sempre 100 e à entrada de alguém corresponde sempre perda de quota dos que já lá e estão. E esta posição é coerente no

tempo: foi assim quando entrou a Telecel, foi assim quando entrou a Optimus e foi assim quando se liberalizaram as telecomunicações fixas. Mas a coerência é apenas nos enredos, porque já no que diz respeito aos actores a coerência é nula. É como as praxes nos colégios: parece que os mais praxados são aqueles que mais vêm a praxar no futuro.

- b) A resposta deve ser encontrada junto dos investidores e a decisão só a estes deve caber. Já vimos que do lado de um regulador independente, é óbvio que é atraente um cenário com mais operadores. Também já vimos que do lado dos operadores incumbentes (e aqui o termo é utilizado com toda a propriedade) não podemos ter avaliações isentas. É claro que é quem toma a decisão de investir, que está em melhor situação para ver se a relação rendibilidade-risco é suficiente para avançar ou não. E deve poder fazê-lo, a cada momento com a informação que tem e dada a envolvente que enfrenta.
- c) A viabilidade de um quarto operador no entanto não é uma equação, mas antes um sistema de equações. Quer isto dizer que a análise da entrada de um quarto operador não pode ser feita de forma isolada, sem olhar para as características do próprio mercado. Veja-se por exemplo o caso de Hong Kong, em que há 6 operadores, dos quais 4 com licenças UMTS, para uma população de 7,5 Milhões e habitantes, com um rendimento per capita e com um ARPU próximos dos registados em Portugal e onde todos os operadores apresentam EBITDA positiva.

Afligem-me contas de merceeiro que dizem que não pode haver mais do que xxx clientes por operador, fazendo parecer irrelevantes considerações como sejam a eficiência de cada operador, o nível de partilha de infraestruturas, ou o grau de desenvolvimento do mercado. Na maior parte dos casos, parecem ser aproximações apenas destinadas a justificar conclusões retiradas ex-ante, muitas das vezes adaptadas a um número de operadores à medida da estratégia de cada um. Para o terceiro operador, o número ideal são três. Para o segundo, o número ideal são 2 ... e por aí fora.

- d) A pergunta em si mesma encerra uma certa imaturidade do sector, em termos de convivência com a liberalização. Não tenho ideia que tenha havido debates na indústria financeira em que se tenha colocado em discussão a seguinte afirmação: "não há lugar para o 45º banco em Portugal"².
- e) O que nos coloca também a seguinte questão: à semelhança de outros sectores que convivam há mais tempo com a liberalização, não deve haver dramas no que respeita a

² Segundo o BP há actualmente 44 Bancos registados em Portugal.

fusões, consolidações ou aquisições de empresas de telecomunicações. Desde que se mantenham níveis adequados de concorrência, nomeadamente nos sectores com maiores barreiras à entrada, estes movimentos devem ser vistos como saudáveis, caso fomentem maiores ganhos de eficiência. Isto é ser liberal.

Finalmente, comento a afirmação de que “temos (nos móveis) um oligopólio, tendencialmente não concorrencial”.

Oligopólio é apenas o nome que se dá a um monopólio com mais do que um player. Fui ver a alguns dicionários e retenho a definição do Glossário da Bloomberg, que me pareceu representativa das outras que encontrei: *“A Market characterized by a small number of producers who often act together to control the supply of a particular good and its market price”*. Assim, retirando o “tendencialmente não concorrencial” que me parece redundante, não posso deixar de concordar com a afirmação: que melhor forma de controlar a oferta do que impedir a entrada de um novo operador?

O papel do regulador reside na dinamização do mercado através de:

Reconhecer a evidência;

Alterar a perspectiva de que o óptimo é um mercado com muitas empresas;

Focar no benefício ao consumidor;

Promover o desenvolvimento pelos serviços e não pelas tecnologias ou plataformas.

Tentando não perceber as indirectas, apenas acrescentaria as seguintes reflexões:

- a) É difícil promover o desenvolvimento completamente alheado das tecnologias ou plataformas, quando se trata de serviços dependentes do espectro radioelétrico, em que no mínimo têm que ser feitas opções sobre as frequências a colocar a concurso. Já concordo no que é adicional. Ou seja, havendo espectro e vontade de investir, não devem ser colocadas restrições à tecnologia a usar, seja ela UMTS, CDMA2000 ou ... GPRS.
- b) O papel do regulador também passa por não se deixar cair na armadilha do “empresarialmente correcto”. Já vimos quais os objectivos que interessa ao regulador prosseguir. Balanceá-los com os impactes económicos ao nível das empresas que regula,

parece elementar regra de bom senso. Preteri-los de forma sistemática a tais impactes económicos resulta claramente no contrário.

Finalmente, certamente que por pudor, apesar de se tratar de um painel sobre UMTS não foi abordada no *abstract* a questão da recusa de interligação entre as redes da Oni Way e da Vodafone e da Optimus. Em relação a isso, não posso deixar de referir os seguintes aspectos:

- a) A Oni Way celebrou em 7 de Novembro de 2001 (faz depois de amanhã um ano) um contrato de *roaming* com a TMN, como forma de fazer face ao atraso da tecnologia UMTS.
- b) Tal acordo teria que ser obviamente avaliado pela entidade reguladora, como única forma de saber se um contrato livremente celebrado entre duas partes, estaria de acordo com o enquadramento regulatório vigente. Essa avaliação foi positiva e ocorreu em 6 de Março de 2002, ou seja há 8 meses.
- c) Ciente da conformidade da sua estratégia com o enquadramento regulamentar, a Oni Way investiu centenas de euros e contratou uma força de trabalho directa de 350 pessoas e deu emprego, de forma indirecta a mais 300. Estes activos, em conjunto com os consumidores portugueses, aguardam que um conjunto de deliberações da ANACOM – entidade cuja independência e poderes foram reforçados em 7 de Dezembro de 2001 – sejam cumpridas pelos seus destinatários. O que teimosamente não acontece, nomeadamente em relação à última, que continua abertamente por cumprir por parte dos seus dois destinatários.

Confesso que o assunto é tão sério que não consigo sequer ter a perspectiva de quão caricato é. Mas mesmo assim, vale a pena retirar algumas ilações e tentar agir de forma a que situações destas não se venham a repetir no futuro, dado que em nada abonam a favor do mercado português de telecomunicações:

- a) É inaceitável que dois operadores se substituam ao regulador na determinação de quem pode e quando pode entrar no mercado das comunicações móveis, passados que estão 13 anos de separação de funções de regulação e de operação no nosso país. Para além de inaceitável é inacreditável que operadores que no passado (e no presente, noutros contextos) pugnam pelo maior liberalismo e concorrência, venham neste caso concreto ter este tipo de comportamento. Parece afinal ser essencialmente um “liberalismo de opinião”.
- b) É inaceitável que dois operadores se recusem a cumprir uma obrigação fundamental que decorre das suas licenças, do enquadramento legislativo nacional e comunitário, reforçada

com decisões claras da entidade reguladora, ainda mais considerando que um deles tem poder de mercado significativo, logo responsabilidade acrescidas.

- c) É inaceitável que sobre um determinado assunto, ao fim de 5 deliberações – 5, todas no mesmo sentido, não se tenha ainda alcançado o objectivo do regulador.
- d) É inadequado o regime sancionatório à disposição do regulador, que se encontra “armado” com uma coima de 47.500 euros ou com ... a suspensão ou cassação da licença GSM dos faltosos.

Olhe-se para Espanha e veja-se quais são as armas utilizadas pela CMT em situações de menor importância do que a que vivemos: verificou-se no ano passado um conflito de interligação entre a Airtel Móvel (empresa do grupo Vodafone) e um pequeno operador de comunicações fixas, a RSLCOM, no qual não havia entendimento relativamente aos termos do acordo, nomeadamente em relação aos preço a pagar. A CMT, a entidade reguladora das telecomunicações espanhola, resolveu o diferendo, obrigando aquele operador móvel a pagar uma sanção de 4,2 milhões de euros, a serem directamente depositados numa conta do BBVA. Há duas semanas, a mesma CMT decidiu aplicar uma sanção de 13,5 milhões de euros à Telefónica, dado que esta empresa incumpriu várias decisões do regulador no sentido de dar interligação a operadores seus concorrentes.

Qual é o país que dá maiores garantias regulatórias, nomeadamente para efeitos de decisões de investimento estrangeiro, p.e.?

(Aliás este é um problema bem português. As pessoas incorporam no seu processo de decisão o valor esperado da coima a pagar)

- e) É impensável que uma decisão deste alcance (que recorde-se justifica o investimento de centenas de milhões de euros) tomada por um regulador independente e preocupado em zelar pelo interesse público, não seja inequivocamente de implementação imediata (obviamente sujeita a mecanismos de recurso), dispendo-se antes a malabarismos jurídicos que apenas se destinam, nas barbas do regulador, a evitar o cumprimento da decisão.
- f) É aberto um precedente gravíssimo de desrespeito pelas decisões do regulador, o que pode certamente ser utilizado de novo no futuro noutras situações, mesmo contra aqueles que agora a ele recorrem.
- g) Parece assim fundamental que a legislação esteja preparada para as piores eventualidades, pois que esperar que “magistraturas de influência” possam vir a produzir resultados, é, infelizmente, uma posição ultrapassada nos tempos que correm em Portugal.

A regulação de telecomunicações celebra este mês 13, em Portugal, o seu 13º aniversário. (Foi em Novembro que decorreu a implementação do então ICP, nos idos de 1989).

Não me lembro de crise idêntica ocorrida neste período, porque mais do que a viabilidade de um operador, está em causa um modelo de regulação.

Triste presente de aniversário.