

O REGIME DE TRANSPORTE E DIFUSÃO DO SINAL DE TELEVISÃO

*Pelos Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral
e Dr.^a Maria João Estorninho*

CONSULTA

Tendo em consideração que a «TVIndependente» possui uma licença para o exercício da actividade de televisão e optou por uma rede própria de transporte e difusão do sinal de televisão, pede-se o nosso parecer sobre as seguintes questões:

- a) Saber qual o sentido e alcance da determinação legal de intransmissibilidade da licença de actividade de televisão;
- b) Saber se a referida rede de transporte e difusão do sinal de televisão pode ser detida e gerida por uma nova sociedade e em que condições;
- c) Saber se essa nova empresa pode prestar outros serviços para além da mera difusão do sinal de televisão.

PARECER

I

1. Para resolver as questões que nos são formuladas na consulta, importa partir de uma clara distinção entre «actividade de

televisão» e «actividade de transporte e difusão do sinal de televisão», e começar por qualificar a situação jurídica da TV Independente relativamente a cada uma dessas duas actividades.

A análise da própria noção legal de «televisão» permite-nos, desde logo, concluir pela diferente natureza da «actividade de televisão» e da «actividade de transporte e difusão do sinal de televisão». Assim, a Lei n.º 58/90, de 7 de Setembro, a qual «tem por objecto regular o exercício da actividade de televisão no território nacional» (art. 1.º, n.º 1), define, no n.º 2 desse mesmo artigo 1.º, a «televisão» como:

«(...) a transmissão ou retransmissão de imagens não permanentes e sons (...).»

Simultaneamente, tal diploma limita-se a remeter para decreto-lei o tratamento da questão técnica dos sistemas de transporte e difusão de sinais televisivos, distinguindo claramente este problema das questões relacionadas com o exercício da «actividade de televisão» propriamente dita.

Assim, no artigo 7.º da referida Lei n.º 58/90, de 7 de Setembro, afirma-se que:

«Compete ao Governo, mediante decreto-lei, aprovar um plano técnico de frequências de televisão que regule as condições técnicas necessárias para garantir o adequado exercício da actividade de televisão e, nomeadamente:

- a) Sistemas de transporte e difusão de sinais televisivos, bem como a titularidade, formas de gestão e utilização dos mesmos; (...).»

Tal regime jurídico veio a ser definido pelo Decreto-Lei n.º 401/90, de 20 de Dezembro, o qual «(...) aprova o plano técnico de frequências e as condições técnicas necessárias para o exercício da actividade de televisão (...)» (art. 1.º). No seu artigo 3.º, n.º 1, este diploma distingue claramente as duas actividades, ao referir-se a:

«(...) titularidade, a gestão e a exploração dos sistemas de transporte e difusão de sinal televisivo necessários à reali-

zação das redes de cobertura dos canais referidos nos artigos anteriores, (...)».

Ou seja, é indubitável que o legislador parte de uma clara contraposição entre, por um lado, a «actividade de transporte e difusão de sinais televisivos» e, por outro, os «canais através dos quais se exerce a actividade de televisão».

Tal contraposição assenta, desde logo, no carácter instrumental da actividade de transporte e difusão do sinal de televisão. De facto, trata-se das infraestruturas técnicas e materiais necessárias à realização da actividade de televisão propriamente dita.

Mas há outras diferenças, e muito relevantes, que cumpre assinalar. Destacaremos as seguintes:

- a) *Quanto ao objecto*: a actividade de televisão consiste em emitir programas informativos, recreativos e educativos do público, enquanto a outra actividade consiste apenas no transporte e difusão de um sinal técnico;
- b) *Quanto à função*: a primeira é uma actividade principal, a segunda é meramente instrumental;
- c) *Quanto à qualificação*: a primeira é uma actividade cultural exercida no sector da comunicação social, ao passo que a segunda é uma actividade técnica exercida no sector das telecomunicações;
- d) *Quanto ao fim*: a primeira é uma actividade de utilidade pública directa e imediata, enquanto a segunda é uma actividade meramente de interesse privado e comercial, ainda que acessória da primeira;
- e) E finalmente *quanto aos sujeitos*: a primeira é exercida por uma sociedade de capitais exclusivamente públicos e por duas entidades privadas licenciadas para o efeito, enquanto a segunda é exercida por uma sociedade de capitais maioritariamente públicos criada pelo Estado e por uma ou mais sociedades inteiramente privadas criadas por particulares.

Vê-se, assim, que há realmente uma profunda *diferença de natureza* entre a actividade de televisão e a actividade de transporte e difusão do sinal.

Esta diferente natureza das duas actividades em causa justifica, com razão, um tratamento diferenciado por parte do legislador. Começaremos precisamente por analisar o regime jurídico relativo ao momento e à forma de constituição dos direitos de exercício quer da actividade de televisão, quer da actividade de transporte e difusão do respectivo sinal. Em função desse regime jurídico, procuraremos depois, ainda nesta primeira parte do parecer, qualificar a posição da TV Independente relativamente ao exercício de cada uma dessas actividades.

2. Em relação à actividade de televisão, propriamente dita, importa ter presente, em primeiro lugar, o artigo 38.º, n.º 7, da C.R.P., o qual estabelece que tal actividade só pode ter lugar «mediante licença a conferir, por concurso público, nos termos da lei».

Tal regime jurídico do licenciamento da actividade de televisão está previsto, desde logo, na Lei n.º 58/90, de 7 de Setembro, a qual, no seu artigo 3.º, n.º 3, dispõe, em conformidade com a norma constitucional analisada, que:

«O exercício da actividade de televisão, com excepção do serviço público, carece de licença, a conferir por concurso público.»

Cumpra também ter presentes os números 1 e 3 do artigo 8.º deste mesmo diploma, nos quais se determinam os termos em que os novos canais podem ser objecto de licenciamento.

Assim, de acordo com essa última disposição referida, o Governo deve elaborar um regulamento do qual constem:

- a) Valor da caução;
- b) «As quantias a pagar, a título de taxa, pelo licenciamento e pela utilização dos meios técnicos necessários à emissão e postos à disposição das sociedades licenciadas..., bem como outros direitos e deveres dos operadores de televisão»;
- c) Fases de cobertura;
- d) Prazo de apresentação de candidaturas;
- e) Prazo de início de emissões;
- f) Outros.

Por outro lado, o artigo 9.º, n.º 1, do mesmo diploma determina que:

«As candidaturas à exploração da actividade de televisão devem ser apresentadas por entidades que revistam a forma jurídica de sociedades anónimas, que prossigam como objecto exclusivo o exercício de actividade no âmbito da televisão...»

Fundamental é o artigo 11.º, n.º 1, no qual se enumeram os factores em função dos quais se faria a atribuição da licença:

- a) «Qualidade técnica e viabilidade económica do projecto;
- b) Tempo e horário de emissão com programas culturais, de ficção e informativos;
- c) Tempo de emissão destinado à produção própria, nacional e europeia;
- d) Capacidade do candidato para satisfazer a diversidade de interesses do público.»

Finalmente, interessa ter presente o n.º 11.4 da Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/90, de 31-12-90, no qual se determina que:

«A licença é atribuída por resolução do Conselho de Ministros, pelo prazo de 15 anos, renovável por iguais períodos, a requerimento do interessado e desde que se mantenham as condições e requisitos de que dependeu a sua atribuição.»

3. Importa agora determinar os traços gerais do regime jurídico da constituição e início de actividade das redes de difusão do sinal de televisão. Para isso, interessa considerar o Decreto-Lei n.º 401/90, de 20 de Dezembro, o qual, logo no seu artigo 1.º, afirma que:

«O presente diploma aprova o plano técnico de frequências e as condições técnicas necessárias para o exercício da actividade de televisão (...).»

Uma das normas fundamentais nesta matéria é a que está contida no artigo 3.º do diploma que estamos a analisar:

«A titularidade, a gestão e a exploração dos sistemas de transporte e difusão de sinal televisivo necessários à realização das redes de cobertura dos canais referidos nos artigos anteriores, através de meios próprios ou alheios, são atribuídas a uma sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos, adiante designada por sociedade, a criar expressamente para o efeito, sem prejuízo do disposto no número seguinte (n.º 1).

As entidades licenciadas para exploração dos 3.º e 4.º canais podem, em alternativa, usar meios próprios ou alheios de transporte e difusão de sinal, autónomos dos referidos no número anterior, nos termos do presente diploma e da demais legislação aplicável» (n.º 2).

Para completar este regime, interessa a Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/90, de 31-12-90, que estabelece o Regulamento do concurso público para o licenciamento dos 3.º e 4.º canais de televisão. Assim, na sequência das disposições atrás referidas, determina-se que:

«Se os candidatos pretenderem utilizar rede própria de transmissão e difusão de sinal, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 401/90, de 20 de Dezembro, deverão juntar declaração expressa nesse sentido e ainda os seguintes documentos: (...) (5.2).

Os candidatos (...) poderão apresentar declaração no sentido de virem a utilizar, em alternativa, os meios de transporte e difusão postos à sua disposição pela sociedade referida (...) ou utilizar rede própria, devendo, em caso de atribuição da licença, optar por uma destas formas, nos 30 dias posteriores à data prevista no 11.5.» (5.4)

4. Tendo presente esta descrição do regime jurídico do exercício da actividade de televisão e do da actividade de transporte e difusão do respectivo sinal, é preciso agora compará-los e verificar

exactamente em que medida existe o tal «tratamento legal diferenciado», anteriormente referido.

Estamos neste momento em condições de afirmar, sem qualquer dúvida, que a diferente natureza das duas actividades em causa, a qual tivemos anteriormente a oportunidade de verificar, justifica a existência de um regime jurídico claramente diferenciado.

O primeiro elemento de diferenciação desse regime jurídico verifica-se, desde logo, no próprio momento originário da constituição do direito de exercício de cada uma das referidas actividades. Como tivemos oportunidade de referir, o direito de exercício da actividade de televisão, em si mesma, adquire-se mediante um *acto administrativo* de licença, ao passo que o direito de exercício da actividade de transporte e difusão do sinal de televisão é atribuído directamente pela *lei*, desde logo no artigo 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 401/90, de 20 de Dezembro, que tivemos ocasião de analisar. Contudo, a relação estreita que existe entre os dois direitos referidos justifica que a lei atribua o direito de exercício da actividade de transporte e difusão do sinal de televisão às entidades licenciadas para o exercício da actividade de televisão. Ou seja, a licença é, originariamente, uma «*conditio sine qua non*» do direito de exercício da actividade de transporte e difusão do sinal de televisão, embora não seja a sua causa, nem a sua fonte, uma vez que ele resulta directamente da lei.

Isto significa que, na situação jurídica da TVIndependente sobre a qual nos debruçamos neste parecer, importa distinguir claramente, por um lado, o direito de exercício da actividade de televisão, atribuído mediante um acto administrativo de licença e, por outro lado, o direito relativo à actividade de transporte e difusão do sinal de televisão, o qual, sendo atribuído directamente pela lei, vê o seu exercício condicionado por uma comunicação prévia do particular à Administração.

Neste momento, torna-se útil enquadrar as duas situações jurídicas referidas no âmbito da «actividade de polícia» da Administração pública.

Por «polícia administrativa» entende-se «o conjunto das intervenções da Administração que tendem a impor à livre acção dos

particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade, no quadro traçado pelo legislador» (1).

Trata-se, assim, por outras palavras, do «modo de actuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das actividades, individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objecto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir» (2).

Esta actividade de polícia pode ter carácter preventivo ou represivo. Para compreender exactamente o alcance da «comunicação» anteriormente referida, convém agora aprofundar o sentido da actividade de polícia de natureza preventiva, na qual é possível distinguir uma actividade de vigilância geral e uma de vigilância especial. Assim, a vigilância geral «traduz-se na observação constante da conduta dos indivíduos nos lugares públicos e de todas as actividades que nestes decorrem. A vigilância especial é a que segue o desenrolar de certa forma de actividade (...), o modo de existência de certa classe de indivíduos (...), ou o que se passa em certos locais (...), podendo ainda exercer-se especialmente sobre certos indivíduos» (3).

É fundamental ter presente que o fim desta actividade de vigilância é «a informação destinada a habilitar as autoridades de polícia a prevenir quaisquer possíveis perturbações e a adoptar as necessárias providências para atalhá-las quando se produzam, ou para identificar os seus autores» (4).

Neste momento, cumpre recordar alguns conceitos, úteis para caracterizar as situações jurídicas de que nos ocupamos:

- a) «autorização» — «acto pelo qual um órgão da Administração permite a alguém o exercício de um direito ou de uma competência pré-existente» (5).

(1) JEAN RIVERO, «Droit Administratif», 13.^a ed., Dalloz, Paris, 1990, p. 538.

(2) MARCELO CAETANO «Manual de Direito Administrativo», vol. II, 10.^a ed., (reimp.), Almedina, Coimbra, 1980, p. 1150.

(3) MARCELLO CAETANO, ob. cit., p. 1165.

(4) MARCELLO CAETANO, ob. cit., p. 1166.

(5) FREITAS DO AMARAL, «Direito Administrativo», vol. III, (polic.), Lisboa, 1989, p. 129.

- b) «licença» — «acto pelo qual um órgão da Administração atribui a alguém o direito de exercer uma actividade que é por lei relativamente proibida» (6).

Assim, a licença «distingue-se da autorização na medida em que, no caso da autorização, o particular já é titular do direito e apenas o exercício desse direito está dependente da autorização administrativa. Na licença, o particular não é titular de nenhum direito face à Administração: a actividade que ele se propõe desenvolver é até, em princípio, proibida pela lei; mas a própria lei admite que, em certos casos e a título excepcional, a Administração Pública possa permitir o exercício dessa actividade; o acto que a título excepcional permite o exercício de uma actividade em princípio proibida chama-se licença» (7).

Ou seja, «numa terminologia rigorosa, a autorização equivaleria a verificar que do exercício de um direito ou de uma actividade lícita não resulta prejuízo para o interesse público, enquanto a licença permitiria o exercício de uma actividade relativamente proibida» (8).

No entanto, enquanto limitações ao exercício de direitos, há ainda que distinguir a necessidade de *autorização* prévia da necessidade de *comunicação* prévia. Assim, em certos casos, o particular «não tem que pedir à Administração que autorize (...), mas tão só que comunicar a sua intenção» (9).

Este dever de comunicação prévia tem como objectivo fornecer à Administração as informações necessárias que lhe permitam, se assim o entender, opor-se à conduta que o particular pretende adoptar.

Indiscutível é o facto de a comunicação pelo particular da intenção de adoptar determinado comportamento não equivaler a um pedido de autorização. De facto, «uma coisa é um pedido de autorização à Administração, outra, uma comunicação de uma

(6) FREITAS DO AMARAL, ob. cit., p. 130.

(7) FREITAS DO AMARAL, ob. cit., p. 130.

(8) MARCELLO CAETANO, ob. cit., p. 1167.

(9) FREITAS DO AMARAL/VASCO PEREIRA DA SILVA, Parecer (inédito), 1989.

intenção por parte do particular, que pode, eventualmente, dar origem a uma proibição (...)» (10).

Aliás, «as limitações policiais à autonomia privada não podem criar restrições não previstas na lei, nem ser desproporcionadas aos objectivos que visam prosseguir. Assim, quando a lei diz que um determinado poder da vontade privada está sujeito a comunicação prévia, não é possível entender que esse mesmo poder está sujeito a autorização prévia, porque são figuras diferentes e porque o regime jurídico da segunda é mais gravoso para o particular» (11).

A este propósito, parece-nos útil ter presentes os quatro tipos de medidas de polícia referidos pela doutrina francesa (12):

- a) «Interdiction», ou seja, proibição;
- b) «Autorisation préalable», a qual «é uma medida menos enérgica do que a interdição absoluta, uma vez que permite exercer a actividade, sob reserva de obter a autorização. Mas é preciso notar que é um regime severo (...)» (13);
- c) «Déclaration préalable», que «permite à autoridade de polícia, não o opor-se à actividade, mas o ser posta ao corrente desta actividade e dos perigos que ela pode comportar» (14);
- d) «Organization de l'activité», que se limita a fixar um regime e a permitir e regular o exercício da actividade (15).

Também a doutrina alemã costuma distinguir duas situações que podem dar origem a «permissões» («Erlaubnis») diferentes:

- a) «Proibição salvo existência de autorização» («Verbot mit Erlaubnisvorbehalt»), na qual «o legislador proíbe determinadas actividades (ou determinadas intenções), não porque elas não se devam realizar em geral, mas antes porque, em vez disso, deve a Administração verificar pre-

(10) Idem.

(11) Idem.

(12) VEDEL/DELVOLVÉ, «Droit Administratif», vol. II, 11.ª ed., P.U.F., Paris, 1990, p. 692 e segs..

(13) VEDEL/DELVOLVÉ, ob. cit., p. 694.

(14) VEDEL/DEVOLVÉ, ob. cit., p. 695.

(15) Idem.

viamente no caso concreto se elas não violam determinadas normas jurídico-materiais». Ou seja, «a proibição encontra-se desde o início sob reserva da concessão da permissão, no caso de do procedimento de autorização não resultarem nenhuma razão legais que conduzam à sua negação» (16);

- b) «Proibição salvo existência de comunicação» («Verbot mit Anzeigevorbehalt»), na qual «uma actividade projectada apenas é permitida quando for previamente comunicada à Administração, que tem a possibilidade de verificar a legalidade dessa intenção e de emitir uma proibição no caso de ela não ser legal» (17).

Ou seja, no primeiro caso «a intenção sujeita a autorização não é permitida, a menos que seja autorizada», ao passo que no segundo caso «a intenção sujeita a comunicação é permitida quando não for proibida» (18).

Estas considerações permitem-nos agora, no final desta primeira parte, confirmar que a diferente natureza da actividade de televisão e da actividade de transporte e difusão do respectivo sinal justificou, por parte do legislador, um tratamento jurídico diferenciado.

Tal diferenciação evidencia-se, desde logo, pelo facto de o exercício da primeira estar dependente da outorga de uma licença por parte da Administração, ao passo que o direito de exercer a segunda é atribuído à TV Independente directamente pela lei, estando apenas o seu exercício efectivo sujeito à necessidade de uma comunicação prévia à Administração. Como tivemos oportunidade de verificar, esta comunicação destina-se a dar conhecimento à Administração do facto de que o particular vai começar a exercer uma determinada actividade para que, informada da situação, a Administração possa, no âmbito da sua actividade de polícia, exercer as suas competências de fiscalização e controlo.

(16) HARTMUT MAURER, «Allgemeines Verwaltungsrecht», 7.ª ed., C. H. Beck, Munique, 1990, p. 180.

(17) HARTMUT MAURER, ob. cit., p. 182.

(18) HARTMUT MAURER, ob. cit., p. 182.

Verifica-se assim, sem margem para dúvidas, que o legislador pretendeu intencionalmente criar um regime mais flexível e favorável ao particular no caso da actividade de difusão do sinal do que no da própria actividade de televisão em si mesma. E, obviamente, esta diferente natureza das duas actividades em causa reflecte-se, não apenas no momento originário do início do seu exercício, mas ao longo de todo o seu regime jurídico. É o que procuraremos demonstrar na segunda parte deste parecer.

II

5. Importa agora analisar a questão da interpretação do artigo 12.º, n.º 3, da Lei n.º 58/90, de 7 de Setembro, que afirma que «os direitos da sociedade concessionária são intransmissíveis».

Esta questão é tanto mais delicada quanto é certo que o desrespeito a essa disposição pode implicar a própria revogação da licença de exercício da actividade de televisão. Assim, o artigo 13.º, n.º 1, do referido diploma dispõe que:

«As licenças podem ser revogadas nos casos de:

- a) Violação do disposto (...) no n.º 3 do artigo 12.º da presente lei (...).

Antes de mais, torna-se indispensável delimitar exactamente o âmbito de aplicação da referida norma do artigo 12.º. Para isso cumpre ter presente, desde já, o artigo 1.º da mesma Lei n.º 58/90, de 7 de Setembro, o qual, no seu n.º 1, afirma que:

«A presente lei tem por objecto regular o exercício da actividade de televisão no território nacional.»

Isto permite-nos afirmar, com toda a segurança, que na Lei n.º 58/90 está, de facto, apenas em causa o regime jurídico do exercício da actividade de televisão em sentido restrito («transmissão ou retransmissão de imagens não permanentes e sons»). Na realidade, o objecto deste diploma é sempre, e exclusivamente, a actividade de televisão propriamente dita. Assim, todas as suas disposições se referem, obviamente, e mesmo quando cada uma delas

não o especifique, à referida actividade de televisão, e não a qualquer outra.

São precisamente os direitos relativos ao exercício dessa «actividade de televisão» que estão em causa neste diploma e que por ele são considerados «intransmissíveis». O referido artigo 12.º, n.º 3, da Lei n.º 58/90, de 7 de Setembro, tem necessariamente de ser interpretado de forma restritiva, à luz do contexto geral do regime que esse diploma estabelece. Ou seja, os «direitos da sociedade licenciada» que aqui estão em causa são apenas os que decorrem da própria licença de actividade de televisão, cujo regime jurídico este diploma estabelece.

Qualquer outra interpretação desta disposição legal seria manifestamente inaceitável. De facto, não faz sentido retirar desta norma a conclusão da intransmissibilidade de todo e qualquer direito que exista na esfera jurídica das entidades às quais é atribuída uma licença de actividade de televisão. Um tal entendimento seria, obviamente, absurdo, o que permite demonstrar com clareza que no referido artigo 12.º só podem estar em causa os direitos que são atribuídos pelo próprio acto administrativo de licença, e nunca quaisquer outros de que a entidade licenciada eventualmente seja titular, por lei ou contrato, nomeadamente direitos sobre as próprias instalações ou materiais ou ainda quaisquer direitos de crédito ou laborais.

Este raciocínio é, aliás, confirmado pela norma da Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/90, de 31-12-90, a qual enumera os deveres das sociedades licenciadas. Assim, no seu n.º 12.1, al. d), afirma-se ser dever dessas entidades:

«Explorar directamente os canais objecto do licenciamento e não proceder à transmissão dos respectivos direitos».

Ou seja, a ideia da intransmissibilidade é associada, única e exclusivamente, à ideia da exploração directa do canal que é objecto de licenciamento. De facto, só os direitos inerentes à «exploração directa do canal» são considerados pelo legislador como intransmissíveis.

Finalmente, para completar esta delimitação dos contornos legais da «intransmissibilidade» da licença de actividade de tele-

visão, importa relembrar a própria noção legal de «actividade de televisão», para apurar com precisão aquilo que aqui está exactamente em causa. Segundo o artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 58/90, de 7 de Setembro:

«Considera-se televisão a transmissão ou retransmissão de imagens não permanentes e sons (...).»

Em conclusão, é possível afirmar claramente que é apenas este núcleo essencial constituído pelo direito de «exploração do canal», através da correspondente «transmissão ou retransmissão de imagens ou sons», que é abrangido pela imposição legal de intransmissibilidade. Isto permite-nos também declarar que este problema é completamente independente da questão da possível existência de empresas produtoras de programas televisivos, ou ainda da questão das eventuais formas de colaboração entre essas empresas produtoras e a TVIndependente, para efeitos de transmissão dos respectivos programas. É óbvio que a «intransmissibilidade» da licença de exploração do canal de televisão em nada colide com a existência das referidas empresas produtoras, ou com a possibilidade do estabelecimento de formas de colaboração entre elas e a TVIndependente, sendo certo que a esta cabe, em última instância, a responsabilidade pela actividade de «transmissão das imagens e sons».

6. Vamos agora ocupar-nos da questão de saber se o direito de exercício da actividade de transporte e difusão do sinal de televisão é susceptível de ser transmitido.

Em primeiro lugar, há que salientar que a própria lei admite a existência de *três tipos de empresas* a prestar este serviço de transporte e difusão do sinal de televisão. Assim, o Decreto-Lei n.º 401/90, de 20 de Dezembro, que «aprova o plano técnico de frequência e as condições técnicas necessárias para o exercício da actividade de televisão (...)» (art. 1.º), dispõe no seu artigo 3.º:

n.º 1 — «A titularidade, a gestão e a exploração dos sistemas de transporte e difusão de sinal televisivo necessários à realização das redes de cobertura dos canais referidos nos artigos anteriores, através de meios próprios ou alheios, são atri-

buídas a uma sociedade anónima de capitais maioritariamente públicos, adiante designada por sociedade, a criar expressamente para o efeito, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

n.º 2 — As entidades licenciadas para exploração dos 3.º e 4.º canais podem, em alternativa, usar meios próprios ou alheios de transporte e difusão de sinal, autónomos dos referidos no número anterior, nos termos do presente diploma e da demais legislação aplicável».

Ou seja, a primeira conclusão relevante nesta matéria é a de que é a própria lei a admitir expressamente a existência de empresas de difusão de sinal, «autónomas» em relação quer à referida sociedade de capitais públicos, quer às entidades licenciadas.

Em segundo lugar, interessa demonstrar que defender a intransmissibilidade do direito de difusão do sinal de televisão é uma atitude inteiramente desrazoável, que não se justifica em face da própria natureza da actividade que está em causa e dos fins que ela prossegue.

De facto, ao contrário do que se passa em relação à actividade de televisão em si mesma, no caso da actividade de transmissão e difusão do sinal de televisão não se justifica qualquer entrave à possibilidade de transmissão do direito ao seu exercício. É verdade que os fins de interesse público que estão em causa na actividade de televisão tornam relevante a própria identidade pessoal e idoneidade moral do ente licenciado. Pelo contrário, no caso da actividade meramente técnica de emissão de um sinal de televisão, só deve interessar a aptidão técnica para desempenhar tal tarefa.

Tenha-se agora presente, a este propósito, a Lei n.º 58/90, de 7 de Setembro, a qual, no seu artigo 6.º, n.º 1, enumera como fins genéricos da actividade de televisão:

- a) «Contribuir para a informação e formação do público e para a promoção e defesa dos valores culturais que exprimem a identidade nacional, bem como para a modernização do País;
- b) Contribuir para a formação de uma consciência crítica, estimulando a criatividade e a livre expressão do pensamento;

- c) Contribuir para a recreação e a promoção educacional do público, atendendo à sua diversidade em idades, ocupações, interesses e origens;
- d) Favorecer o conhecimento mútuo e o intercâmbio de ideias entre cidadãos portugueses e estrangeiros, particularmente com aqueles que utilizam a língua portuguesa e outros que têm com Portugal especiais laços de cooperação e comunidade de interesses».

Por outro lado, nos termos do n.º 2, são fins específicos da actividade de televisão os seguintes:

- a) «Assegurar a independência, o pluralismo, o rigor e a objectividade da informação e da programação, de modo a salvaguardar a sua independência perante o Governo, a Administração Pública e os demais poderes públicos;
- b) Contribuir para a informação, a recreação e a promoção educacional e cultural do público em geral, atendendo à sua diversidade de idades, interesses e origens;
- c) Favorecer um melhor conhecimento mútuo, bem como a aproximação entre cidadãos portugueses e estrangeiros, em especial com aqueles que utilizam a língua portuguesa e com outros que têm com Portugal especiais laços de cooperação;
- d) Promover a criação de programas educativos ou formativos, designadamente os dirigidos a crianças e jovens e a minorias culturais;
- e) Contribuir para o esclarecimento, a formação e a participação cívica e política da população».

Trata-se, como se vê, de fins de carácter cultural, educativo e de afirmação nacional, que estão completamente ausentes da actividade meramente técnica de transporte e difusão do sinal.

A preocupação do legislador em assegurar a prossecução de uns e outros fins manifesta-se, nomeadamente, nos requisitos exigidos para o licenciamento da actividade de televisão propriamente dita. É significativo, neste momento, marcar bem a diferença entre esses requisitos e os documentos que devem ser apresentados para a constituição da rede própria de difusão do sinal.

Assim, o n.º 5.2 do regulamento do concurso, na Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/90, de 31-12-1990, estabelece que os documentos a apresentar em conjunto com a declaração da intenção de utilização de rede própria serão:

- «a) Memória descritiva da instalação da rede de transporte e difusão de sinal e características técnicas dos emissores, retransmissores e demais equipamentos;
- b) Indicação do tipo, altura equivalente e diagrama de radiação das antenas de emissão, bem como das coordenadas geográficas da localização de cada uma delas;
- c) Plano para o cumprimento das fases de cobertura e respectivos prazos, de acordo com o referido na alínea b) do n.º 2.1, e volume de investimento a realizar em cada uma daquelas fases».

Também a análise destes documentos exigidos para efeitos de início de funcionamento das redes próprias de transmissão e difusão do sinal mostra bem que o legislador tem consciência de que se trata de uma actividade de natureza técnica, em que o que interessa é, não a identidade pessoal e a idoneidade moral da entidade que a pretende desenvolver, mas apenas a sua aptidão técnica para o fazer.

Em terceiro lugar, a transmissibilidade das redes de difusão do sinal de televisão é o corolário lógico da própria natureza do direito que está em causa. Interessa aqui ter presente aquilo que anteriormente dissemos acerca de se tratar de um direito atribuído directamente pela lei, ao contrário do que se passa no caso do exercício da actividade de televisão, cujo direito é atribuído por um acto administrativo de licença.

A propósito das licenças, cumpre lembrar que elas «são pessoais quando, para a sua concessão, se atende às qualidades ou requisitos individuais do beneficiário. São impessoais quando as circunstâncias a atender são independentes das qualidades e comportamento de uma pessoa determinada, como sejam as condições da instalação de uma indústria, as da situação de um prédio, etc. As licenças pessoais caducam quando algum dos requisitos exigidos para a sua concessão deixe de existir ou por morte do titular, sua interdição ou perda de direitos políticos; as licenças impes-

soais vigoram independentemente da pessoa que possui ou explora o objecto a que respeitam, são de carácter patrimonial, transmissíveis mediante autorização e averbamento administrativo, isto é, como que se tornam acessórias das coisas a que respeitam» (19).

Ora, neste caso, não estamos perante qualquer licença, seja ela de natureza pessoal ou impessoal, pelo que o seu regime jurídico não se aplica. Trata-se, sim, como vimos, de um direito atribuído directamente pela lei, sem que esta, ao contrário do que se passa relativamente à licença de actividade de televisão, estabeleça quaisquer entraves à sua livre transmissibilidade. Só esta solução é, aliás, compatível com o facto de se tratar de um direito de natureza patrimonial e com expressão económica, susceptível de ser transmitido pelo seu titular originário. Nem a lei, nem a natureza da actividade em causa, a qual, como tivemos oportunidade de verificar, é puramente técnica, impedem tal solução (20).

Finalmente, a transmissibilidade do direito de transporte do sinal de televisão e a possibilidade de a TVI promover a criação de uma nova sociedade para a exploração da correspondente rede impõem-se também à luz dos princípios da concorrência e da igualdade, consagrados na nossa ordem jurídica. Na verdade, uma vez que o legislador autonomizou, no Decreto-Lei n.º 138/91, de 8 de Abril, a Teledifusora de Portugal, em relação à R.T.P., não é possível impedir a TVI de, uma atitude idêntica, procurar otimizar as condições técnicas e económicas de transmissão do sinal de

(19) MARCELLO CAETANO, ob. cit., p. 1168.

(20) Se o direito de exploração da rede de difusão do sinal de televisão fosse atribuído por licença, tratar-se-ia, sem dúvida, de uma «licença impessoal» e, assim, independente da identidade pessoal do seu titular. Por maioria de razão, tratando-se, neste caso, de um direito que resulta directamente da lei e que tem a ver com o exercício de uma actividade de carácter técnico, impõe-se necessariamente afirmar o seu carácter impessoal e transmissível. Por outro lado, não estando aqui sequer em causa qualquer espécie de licença, não faz sentido sujeitar a transmissão deste direito ao regime de autorização e averbamento administrativo previsto na lei para as licenças impessoais. Esta solução reflecte, aliás, a opção do legislador de intencionalmente afastar qualquer intervenção da Administração, quer no momento da atribuição do direito de exploração da rede de difusão do sinal de televisão, quer no momento da sua transmissão.

televisão, autonomizando também tal actividade, através da constituição de uma nova sociedade.

Partindo desta natureza transmissível do direito de exercício da actividade de transporte e difusão do sinal de televisão, segue-se agora afirmar a possibilidade que a TV Independente tem de participar no capital social da nova sociedade. Embora se trate de uma questão de Direito Comercial e, por isso, não seja objecto de tratamento aprofundado neste parecer, parece-nos, salvo melhor opinião, que nada impede a TVI de participar no capital social da nova sociedade, com o próprio valor que vier a ser atribuído ao direito de transporte e difusão do sinal de televisão, do qual ela é originariamente titular. De facto, verificam-se os requisitos exigidos nos artigos 20.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente o de se tratar de um bem com expressão patrimonial e o de se tratar de um bem penhorável, uma vez que, como vimos, está em causa o direito ao exercício de uma actividade de carácter técnico, que não está de forma alguma indissociavelmente ligado à própria personalidade do seu titular.

Finalmente, é indiscutível que existe na lei uma relação muito estreita entre a licença de exploração da actividade de televisão e o direito de exercício da actividade de transporte e difusão do respectivo sinal, o que nos leva a entender que, sendo perfeitamente admissível a transmissão desse direito de difusão do sinal de televisão, a TVI deverá sempre, em todo o caso, deter pelo menos 51% do capital social da sociedade que vier a explorar a referida rede de difusão. De facto, só assim, tendo a possibilidade de controlar o próprio funcionamento da referida empresa, a TVI poderá assegurar que essa actividade técnica, de carácter instrumental, será prosseguida da forma mais conveniente à realização dos fins da actividade de televisão propriamente dita, à qual a referida actividade de transporte do sinal está indissociavelmente ligada.

Por último, resolvida a questão da transmissibilidade do direito de exercício da actividade de transporte e difusão do sinal de televisão, impõe-se ainda acrescentar que a referida nova empresa não tem de sujeitar-se ao regime previsto na legislação geral, para efeitos de início da sua actividade.

Houve já ocasião de verificar que o legislador teve o cuidado de criar um regime jurídico específico para toda a actividade de

televisão. De facto, a lei especial constrói um regime específico para o próprio início das actividades de televisão, o qual assenta, como pudemos demonstrar, na dicotomia licença de actividade de televisão / regime de comunicação para a actividade de transmissão e difusão do sinal, o que claramente se afasta do regime de licenciamento previsto em geral para as actividades de telecomunicações.

Aliás, é nítido que o legislador pretendeu, no caso da actividade de televisão, afastar intencionalmente o regime geral das telecomunicações, o qual se pauta por valores diferentes e diz respeito a situações também diferentes. Essa intenção é clara e manifesta-se, nomeadamente, no facto de o Decreto-Lei n.º 401/90, de 20 de Dezembro, ter o cuidado de fazer remissões expressas para a legislação geral, e nomeadamente, para o Decreto-Lei n.º 147/87, de 24 de Março, apenas quanto a determinados aspectos concretos e perfeitamente individualizáveis. (Veja-se, a este propósito, os artigos 2.º, n.º 4, e 8.º, n.º 1, deste diploma).

Todo este regime se afasta, na realidade, do referido regime geral, estando inclusivamente previsto no artigo 9.º do Decreto-Lei que temos vindo a analisar um regime especial de fiscalização do exercício das actividades de televisão. Isto significa, desde logo, que, em qualquer altura, e independentemente da identidade de quem exerce a actividade de difusão do sinal, pode haver fiscalização técnica para verificar se as condições técnicas continuam a estar de acordo com as exigências legais para o exercício de tal actividade.

Podemos, assim, concluir que não faz sentido exigir a sujeição de nova sociedade que pretenda explorar a rede de difusão do sinal de televisão aos requisitos gerais previstos na lei para a criação de redes de telecomunicações em geral. Como vimos, o direito de exercício da actividade de transporte do sinal de televisão é atribuído directamente por lei especial, tendo em conta os valores específicos que estão em causa e segundo um processo que se afasta claramente das exigências legais gerais do licenciamento das actividades de telecomunicações. Vimos também que essa mesma lei especial não proíbe a transmissibilidade desse direito de exercício da actividade de difusão do sinal de televisão o que, aliás, é a única solução compatível com a natureza técnica e instrumen-

tal da actividade que está em causa, sendo indiferente a identidade de quem a leva a cabo. Mostra-se, assim, como seria totalmente desrazoável vir agora exigir que a entidade a quem é transmitido o direito de exercício da actividade de transporte do sinal de televisão tivesse de sujeitar-se aos requisitos legais gerais que a legislação especial claramente quis afastar, quando permitiu o exercício de tal actividade.

7. Passamos agora a analisar a terceira questão que nos foi colocada e que é a de saber se a nova sociedade referida, para além de transmitir o sinal de televisão, pode prestar outro tipo de serviços, no âmbito das telecomunicações.

Em primeiro lugar, convém chamar a atenção para o facto de, obviamente, quando a lei fala na possibilidade de as entidades licenciadas serem titulares de «meios próprios» de difusão do sinal de televisão, não estar a pensar em meios destinados a uso exclusivo do canal em causa. Na realidade, tal expressão tem apenas a ver com a titularidade, própria ou alheia, das referidas redes de difusão do sinal de televisão. Saber se esses meios podem ser utilizados para outros fins é, sem dúvida, questão diversa.

Na nossa opinião, não é aceitável nem lógico, desde logo, pensar que a lei admita a existência de uma rede de difusão de um determinado sinal e não permita que a entidade a quem dá a possibilidade de explorar tal rede dela retire todas as potencialidades.

Por outro lado, aliás, os interesses públicos que estão em jogo, e na prossecução dos quais a entidade em causa colabora, serão tanto melhor satisfeitos, quanto mais tal entidade puder otimizar as condições de exploração económica e rentabilizar os investimentos avultados que tiver realizado.

Outro entendimento não é, aliás, admissível, à luz dos próprios Estatutos da Teledifusora de Portugal, S.A., publicados em anexo ao Decreto-Lei n.º 138/91, de 8 de Abril. Veja-se, por exemplo, o artigo 3.º desse diploma, no qual se afirma que a Teledifusora de Portugal:

«(...) tem por objecto a gestão e exploração da rede de telecomunicações que constitui o suporte dos serviços de

difusão de sinais de rádio e de televisão e o desenvolvimento de actividades anexas ou complementares».

Ou seja, a lei admite expressamente que a Teledifusora de Portugal, para além de assegurar a transmissão do sinal de televisão, possa também efectuar o transporte do sinal de rádio, e possa ainda prestar outros serviços de natureza anexa ou complementar.

Ora, pode concluir-se com segurança que o princípio da concorrência, consagrado na nossa ordem jurídica (vd., por exemplo, os artigos 81.º, al. e), e 102.º, al. a), da C.R.P.), não se compadece com qualquer tratamento discriminatório das entidades privadas licenciadas em face da sociedade de capitais maioritariamente públicos. De facto, como já anteriormente tivemos ocasião de referir, aquilo que a lei permite expressamente a esta tem de considerar-se, por força do princípio da igualdade, automaticamente permitido nos mesmos termos às suas concorrentes privadas.

III

9. Em conclusão, e à luz de tudo o que antecede, somos de parecer que:

- a) A TVIndependente é titular de dois direitos de natureza jurídica distinta, sujeitos a diferentes regimes:
 - Por um lado, um direito de exercício da actividade de televisão, o qual lhe é atribuído através de um acto administrativo de licença, na sequência de um concurso público;
 - Por outro lado, um direito de exercício da actividade de transporte e difusão do sinal de televisão, o qual lhe é atribuído directamente pela lei, no pressuposto de haver recebido o primeiro direito mediante licença;
- b) No artigo 12.º, n.º 2, da Lei n.º 58/90, de 7 de Setembro, está apenas em causa a «intransmissibilidade» dos direitos que são conferidos à entidade licenciada quanto ao exercício da «actividade de televisão», entendida esta no sen-

tido legal de exploração de um canal de televisão, através da «transmissão ou retransmissão de imagens ou sons», o que não abrange, nomeadamente, a actividade de produção de programas televisivos, nem impede quaisquer formas de colaboração entre empresas produtoras de programas televisivos e a TVIndependente, nem tão-pouco abrange outros direitos de que a TVI seja ou venha a ser titular, por lei ou contrato;

- c) A TVI pode transmitir a uma terceira entidade o seu direito de criação e exploração de uma rede de transporte e difusão do sinal de televisão. Tal transmissibilidade, não só não é contrariada pela lei, como é absolutamente justificada pela própria natureza instrumental e técnica da actividade que está em causa;
- d) A Lei n.º 58/90, de 7 de Setembro, e os diplomas legais que a complementam, pretenderam criar um regime jurídico próprio, específico e abrangente para a actividade televisiva, o qual afasta a generalidade das regras em vigor em matéria de telecomunicações. Um dos aspectos em que esse regime geral é afastado pela legislação especial da televisão é, precisamente, o da criação e início de funcionamento das redes de transmissão e difusão do sinal de televisão, pelo que a eventual nova sociedade, que venha a adquirir o direito de exploração da rede de teledifusão, não está sujeita aos requisitos previstos na lei, em geral, para o início das actividades de telecomunicações;
- e) Ao admitir a criação de uma rede de transmissão e difusão do sinal de televisão, o legislador lógica e necessariamente permite que o seu titular a explore nas melhores condições de eficácia e rentabilidade, dela retirando todas as potencialidades económicas, pelo que se tem de concluir que a referida sociedade de teledifusão deve poder, não só transmitir o sinal de televisão, como também o de rádio e ainda prestar outros serviços complementares, como aliás a própria lei expressamente prevê para a sua concorrente «pública», a «Teledifusora de Portugal», sem o que esta

seria injustificadamente privilegiada, com ofensa dos princípios da igualdade e da liberdade de concorrência.

Tal é, salvo melhor opinião, o parecer de

DIOGO FREITAS DO AMARAL

(Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa
e da Universidade Católica Portuguesa)

MARIA JOÃO ESTORNINHO

(Mestre em Direito e Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa
e da Universidade Católica Portuguesa)

Lisboa, 31 de Julho de 1992.