Obrigações de transporte por operadores de redes de comunicações electrónicas – implicações para a Televisão Digital Terrestre

Nuno Miguel Almeida Conde
Jurista

Resumo
A assunção do pluralismo e da diversidade como objectivos de interesse geral legitima a imposição de obrigações de transporte, abreviadamente designadas por «must carry», aos operadores de redes de comunicações electrónicas. Todavia, e atendendo ao princípio de não discriminação entre empresas que disponibilizem redes e serviços de comunicações electrónicas dever-se-á assegurar que o futuro modelo de desenvolvimento da televisão digital terrestre (tdt) não imponha um regime de «must carry» penalizante para a rede tdt se comparado com as obrigações impostas e exigidas às redes de distribuição de serviços de televisão por cabo e satélite.

Introdução

O presente artigo versa sobre a imposição por via legal de obrigações de transporte de serviços de programas por operadores de redes de comunicações electrónicas, em particular os operadores de distribuição de televisão por cabo e futuramente os operadores de televisão digital terrestre.

A par do enquadramento legal das obrigações referidas nos planos nacional e comunitário, procede-se ainda ao levantamento do estado da arte no plano comunitário.

A título conclusivo são apontadas algumas linhas de reflexão para a definição do futuro quadro de obrigações de transporte na plataforma de televisão digital terrestre.

Enquadramento legal

A Lei da Televisão (Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto), doravante abreviadamente designada por LTV, prevê genericamente que a «transmissão de serviços de programas televisivos por operadores de redes de telecomunicações deve processar-se com respeito pelos princípios da igualdade, da transparência e da não discriminação, nomeadamente quanto a acesso e condições de remuneração», remetendo para decreto-lei a densificação das obrigações de transporte de serviços de programas, ouvidas as entidades reguladoras da comunicação social e das telecomunicações [artigo 4º Nos. 5 e 6 do diploma legal citado]. Até ao momento o decreto-lei referido na última parte do n.º 6 do artigo 4.º da LTV, relativo às obrigações de «must carry», não foi objecto de publicação.

No domínio das redes e serviços de comunicações electrónicas, a Lei das Comunicações Electrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro) prevê como um dos objectivos de regulação a prosseguir pela Autoridade Nacional de Comunicações (ICP-ANACOM) a possibilidade desta entidade contribuir para a «implementação de políticas destinadas a promover a diversidade cultural e linguística e o pluralismo, nomeadamente dos meios de comunicação social» [artigo 5.º, n.º 9 do diploma legal citado].

Neste particular, afigura-se indiscutível o carácter instrumental, em relação àquele objectivo, da obrigação de transporte de serviços de programas de rádio e televisão prevista no artigo 43.º do diploma legal em apreço, como se demonstrará nos parágrafos seguintes.

Ao ICP-ANACOM é atribuída competência para «impor às empresas que oferecem redes de comunicações electrónicas utilizadas para a distribuição de emissões de rádio e televisão ao público obrigações de transporte de canais e serviços de rádio e televisão, especificados nos termos da lei pelas autoridades competentes, quando um número significativo de utilizadores finais dessas redes as utilize como meio principal de recepção de emissões de rádio e televisão» [artigo 43º nº1 do diploma legal citado].

Será certamente o caso das redes de distribuição de televisão por cabo - no final do primeiro trimestre de 2005, cerca de 29 por cento do total dos alojamentos portugueses subscreviam o serviço de distribuição de televisão por cabo, sendo que os alojamentos cablados representavam cerca de 73 por cento do total de alojamentos portugueses [ICP-ANACOM, Redes de Distribuição por Cabo - 1º trimestre de 2005] – e, no futuro próximo, a(s) rede(s) de televisão digital terrestre.

No nosso entendimento o exercício dessa competência impõe uma correcta avaliação e ponderação dos diversos interesses em causa, porquanto as obrigações de transporte dos serviços de programas «apenas podem ser impostas quando tal seja necessário para a realização de objectivos de interesse geral claramente definidos e devem ser razoáveis, proporcionadas, transparentes e sujeitas a uma revisão periódica» [artigo 43º nº2 do diploma legal referido], nos quais se incluirão certamente a promoção da diversidade cultural e linguística, bem como a salvaguarda do pluralismo nos meios de comunicação social, objectivos que são centrais na regulação da comunicação social e com os quais, face à lei das Comunicações Electrónicas, o ICP-ANACOM está igualmente comprometido.

Relativamente aos custos subjacentes à obrigação referida, o ICP-ANACOM tem a possibilidade de «determinar uma remuneração adequada como contrapartida das obrigações de transporte impostas, a qual deve ser aplicada de modo proporcionado e transparente (…)» [artigo 43º nº3 do diploma legal referido], em sintonia com a obrigação genérica prevista no n.º5 do artigo 5.º da mesma Lei, no sentido de que todas as decisões e medidas adoptadas pela entidade reguladora devem ser razoáveis e proporcionais aos objectivos de regulação enunciados no diploma legal citado.

Por último, compete ainda ao ICP-ANACOM actuar de forma a «garantir que, em circunstâncias análogas, não haja discriminação no tratamento das empresas que oferecem redes de comunicações electrónicas» [artigo 43º nº3 do diploma legal referido], reafirmando um objectivo central de regulação previsto no artigo 5.º, nº3, alínea c), do diploma legal referido.

Todavia, e à semelhança do regime previsto na Lei da Televisão, a Lei das Comunicações Electrónicas remete para diploma legal ulterior a identificação dos serviços de programas abrangidos pela obrigação de transporte - «especificados nos termos da lei pelas autoridades competentes» [Artigo 43.º n.º1 do diploma legal referido], o que, até ao momento, não se verificou.

Acresce a este facto a circunstância da Lei das Comunicações Electrónicas ter revogado expressamente o Decreto-Lei n.º 241/97, de 18 de Setembro, que definia o regime de acesso e de exercício da actividade de operador de rede de distribuição por cabo, para uso público, no território nacional, no qual se garantia a distribuição dos serviços de programas de serviço público de rádio e televisão.

Cabe concluir, assim, pela inexistência de regulamentação específica das obrigações de transporte de serviços de programas de televisão e de rádio previstas genericamente na Lei da Televisão e na Lei das Comunicações Electrónicas. Esta omissão legislativa, a par da revogação expressa do Decreto-Lei n.º 241/97, de 18 de Setembro, retira efectividade à obrigação de transporte de serviços de programas que impende sobre as empresas que disponibilizam no mercado redes de comunicações electrónicas utilizadas para a distribuição desses serviços. O preenchimento dessa omissão legal afigura-se urgente se tivermos em consideração que o regime previsto no artigo 43º da Lei das Comunicações Electrónicas corresponde à transposição do artigo 31.º da Directiva Serviço Universal.

Em abono da pertinência de uma iniciativa legislativa no sentido de colmatar o actual vazio jurídico, refira-se que o Considerando (43) da Directiva Serviço Universal prevê que as «obrigações de transporte («must carry») possam incluir a transmissão de serviços especificamente concebidos para permitir um acesso adequado por parte dos utilizadores com deficiência», circunstância que assume um particular relevo dado incumbir ao ICP-ANACOM «assegurar que os utilizadores, incluindo os utilizadores com deficiência, obtenham o máximo benefício em termos de escolha, preço e qualidade» [artigo 5.º nº2 alínea a) da Lei das Comunicações Electrónicas].

Da análise de um documento de trabalho da Comissão Europeia atinente às obrigações de transporte (European Commission, 2002), e na esteira do Considerando (43) da Directiva Serviço Universal, infere-se que a imposição de obrigações de «must carry» não está per se restringida aos operadores de serviço público de televisão e de rádio podendo ser estendida aos operadores de natureza comercial. Extrai-se igualmente o entendimento que tais obrigações de transporte apenas deverão ser impostas quando forem necessárias para realizar objectivos de interesse geral claramente definidos pelos Estados-Membros, em conformidade com o direito comunitário, incluindo-se aí preocupações atinentes à salvaguarda do pluralismo e a promoção da diversidade cultural e linguística.

A assunção do pluralismo e da diversidade como objectivos de interesse geral, justificando-se por essa via a imposição de restrições à liberdade de prestação de serviços – por exemplo, a imposição de obrigações de transporte de serviços de programas a um operador de rede de comunicações electrónicas – foi confirmada na Decisão proferida pelo Tribunal Europeu de Justiça no Caso C-288/89, *Stichting Collective Antennevoorziening Gouda v. Commissariaat voor de Media*, a 25 de Julho de 1991. Nessa Decisão reconhece-se explicitamente que uma política cultural que tenha por objectivo salvaguardar a liberdade de expressão das várias tendências sociais, culturais, religiosas e filosóficas de um País poderá ser considerada como sendo um objectivo de interesse geral que justifique a imposição de restrições à liberdade de prestação de serviços.

A Directiva Autorização (Directiva 2002/20/CE), em particular o disposto no artigo 6.º nº1 e Anexo I, parte A, veio estabelecer que as obrigações de transporte especificadas em conformidade com o artigo 31.º da Directiva Serviço Universal podem ser associadas à autorização geral para a oferta de redes de comunicações electrónicas.

No plano do direito português, o artigo 27.º nº1 alínea o) da Lei das Comunicações Electrónicas prevê a obrigação de transporte dos serviços de programas de rádio e televisão, por remissão para o artigo 43.º da Lei referida, adiantando que compete ao ICP-ANACOM especificar as condições aplicáveis às redes e serviços de comunicações

electrónicas. Essas condições devem ser objectivamente justificadas em relação à rede ou serviço em causa, nomeadamente quanto à sua acessibilidade ao público, não discriminatórias, proporcionadas e transparentes [artigo 27.º Nos. 2 e 3, do diploma legal referido]. Prevê ainda que o processo de especificação das condições a aplicar às redes e serviços de comunicações electrónicas seja precedido de parecer obrigatório dos reguladores sectoriais, nas matérias da sua competência, a emitir no prazo máximo de 15 dias [artigo 27.º nº 4 do diploma legal referido].

Relativamente ao procedimento previsto nos números 2, 3 e 4 do artigo 27º da Lei das Comunicações Electrónicas, importa salientar que o ICP-ANACOM não poderá desencadear unilateralmente o processo de especificação dos serviços de programas abrangidos pela obrigação de «must carry», dado que o artigo 43.º nº1 da Lei referida remete expressamente tal especificação para diploma legal a aprovar pelas autoridades competentes.

Assim e em face do disposto no n.º 6 do artigo 4.º da Lei da Televisão, competirá ao Governo estabelecer por decreto-lei as obrigações de transporte de serviços de programas, devendo para o efeito ouvir «as entidades reguladoras da comunicação social e das telecomunicações» e observando os condicionamentos expressos nas normas legais que acima indicámos.

Estado da arte

No plano comunitário, e reportando-nos ao ano de 2002, a maioria dos então 15 Estados-Membros previam obrigações de «must carry» para certos serviços de programas de radio e televisão com excepção da Itália, Grécia e Luxemburgo (EUROSTRATEGIES, 2003).

Apesar do predomínio dos serviços de programas (nacionais ou regionais) com natureza de serviço público, constatou-se a existência de situações de «must carry» para

canais de natureza comercial, tendo ainda sido identificadas diferentes abordagens de regulamentação das obrigações de «must carry»:

– Nalguns países e/ou regiões, os serviços de programas que beneficiavam do direito de transporte eram explicitamente identificados no quadro legal;

– Noutros, o quadro legal limitava-se a especificar a tipologia de serviços programas cobertos pela obrigação de transporte, competindo à entidade reguladora determinar quais os serviços que, em concreto, dela beneficiavam;

– E por fim, uma terceira categoria de países e/ou regiões em que as entidades reguladoras, ou conselhos de índole regional ou local não só definiam os critérios segundo os quais eram seleccionados os serviços de programas que beneficiariam da obrigação de transporte, como definiam, em concreto, quais os serviços que deviam ser transportados.

A Comissão Europeia, na comunicação sobre a regulamentação e o estado dos mercados europeus das comunicações electrónicas no ano de 2004 (Comissão das Comunidades Europeias, 2004), e relembrando que os Estados-Membros apenas podem impor obrigações de transporte quando tal for necessário para cumprir objectivos de interesse geral claramente definidos referiu que está a examinar o modo como essas obrigações são impostas em alguns países.

A Comissão Europeia procurou verificar se foi estabelecida, ou não, uma relação clara entre as obrigações de transporte e os objectivos de interesse geral definidos pelos Estados-Membros com o objectivo de assegurar que os poderes discricionários das autoridades públicas na atribuição do estatuto de operador com obrigações de transporte não dêem origem a decisões arbitrárias.

A Comissão constatou uma coincidência relativamente à generalidade dos objectivos de interesse geral invocados pelos Estados-Membros: o pluralismo, a diversidade cultural e a liberdade de expressão.

Extraem-se, assim, três grandes conclusões da análise da experiência comunitária no que respeita a imposição de obrigações de «must carry»:

– A existência de obrigações de «must-carry» para serviços de programas comerciais, para além do predomínio dos serviços de programas (nacionais ou regionais) com natureza de serviço público;

– A possibilidade dos Estados-Membros preverem diversos modelos de definição de obrigações de transporte: desde a identificação por via legal dos serviços de programas beneficiados, à mera apresentação de tipologias de serviços de programas susceptíveis de serem contemplados por tal obrigação, até à intervenção de entidades reguladoras e/ou entidades de outra natureza de índole regional e/ou local na definição de critérios de selecção e subsequente identificação de beneficiários;

– A constatação de que a generalidade dos objectivos de interesse geral invocados pelos Estados-Membros, de modo a justificarem a imposição de obrigações de transporte, subsumem-se à protecção do pluralismo, diversidade cultural e liberdade de expressão.

Conclusão

Como se referiu em momento anterior, o quadro normativo comunitário para o sector das comunicações electrónicas prevê a existência de obrigações de transporte (abreviadamente designadas por «must carry») de serviços de programas de televisão e de rádio.

No plano do direito nacional, as obrigações de «must carry» estão previstas genericamente na Lei da Televisão e na Lei das Comunicações Electrónicas e incidem sobre as empresas que disponibilizam no mercado redes de comunicações electrónicas utilizadas para a distribuição dos serviços de rádio e televisão.

No plano comunitário, a imposição de obrigações de «must carry» não está *per se* restringida aos operadores de serviço público de televisão e de rádio podendo ser estendida aos operadores de natureza comercial.

Todavia, tais obrigações de transporte apenas deverão ser impostas quando forem necessárias para realizar objectivos de interesse geral claramente definidos pelos Estados-Membros, em conformidade com o direito comunitário, incluindo-se aí preocupações atinentes à salvaguarda do pluralismo e a promoção da diversidade cultural e linguística.

A assunção do pluralismo e da diversidade como objectivos de interesse geral, e a consequente legitimação da imposição de obrigações de «must carry» aos operadores de redes de comunicações electrónicas, foi confirmada pelo Tribunal Europeu de Justiça [*Caso C-288/89, Stichting Collective Antennevoorziening Gouda v. Commissariaat voor de Media, a 25 de Julho de 1991*].

Em Portugal, e atendendo ao princípio de não discriminação entre as empresas que oferecem redes de comunicações electrónicas, dever-se-á assegurar que o futuro modelo de desenvolvimento para a televisão digital terrestre (TDT) não imponha um regime de "must carry" penalizante para a rede TDT se comparado com as obrigações impostas e exigidas à rede de distribuição de serviços de televisão por cabo e satélite.

Consequentemente, afigura-se-nos essencial a avaliação do comportamento dos operadores de redes de cabo e satélite em sede de cumprimento das obrigações de cobertura do país e das condições legais de acesso às suas redes.

Cumulativamente, e atendendo ao resultado da avaliação referida, importará identificar as obrigações que dum modo proporcional deverão ser impostas ao(s) operador(es) da futura rede TDT atendendo ao histórico das redes concorrentes de cabo e satélite.

Recomendamos, assim, que a definição de obrigações de «must carry» seja efectuada de forma objectiva, transparente e proporcional para os diversos operadores de redes de comunicações electrónicas que distribuam serviços de rádio e televisão. Só assim se poderão estabelecer condições efectivas para o desenvolvimento sustentado da plataforma de televisão digital terrestre, um dos factores críticos no planeamento do processo de migração das emissões hertzianas analógicas para a era digital.

Referências bibliográficas

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões : a regulamentação e os mercados europeus das comunicações electrónicas em 2004, Bruxelas, 2004

EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General Information Society, Must-carry obligations under the 2003 framework for electronic communications networks and services: Working Document, Brussels, 2002.

EUROSTRATEGIES, Study on assessment of the Member States measures aimed at fulfilling certain general interest objectives linked to broadcasting, imposed on providers of electronic communications networks and services in the context of the new regulatory framework : Executive Summary : Final Report - Part 1 : Country Profile, Paris, Eurostrategies/BIPE, 2003.